



COSTANTINI AVVOCATI

WEBINAR GRATUITO

Comunicazione obbligatoria al Registro delle imprese del titolare effettivo di società di capitali: *quali riflessi sulla disciplina degli appalti pubblici?*

ROMA 5 DICEMBRE 2023 ORE 15:00

Ne discutiamo con:

Avv. **Alberto COSTANTINI** TITOLARE COSTANTINI AVVOCATI

Dott. **Giuseppe FAILLA** GIÀ DIRIGENTE ANAC. ESPERTO IN APPALTI PUBBLICI



WWW.COSTANTINIAVVOCATI.IT



LINKEDIN



FACEBOOK



INSTAGRAM

www.costantiniavvocati.it

LA NOZIONE DI TITOLARE EFFETTIVO

art. 1, comma 1, lett. pp), del decreto antiriciclaggio
(d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231)

“la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell’interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è istaurato, la prestazione professionale è resa o l’operazione è eseguita”

TITOLARE EFFETTIVO DI SOCIETA' DI CAPITALI

- a) *costituisce indicazione di **proprietà diretta** la titolarità di una **partecipazione superiore al 25 per cento** del capitale del cliente, **detenuta da una persona fisica**;*
- b) *costituisce indicazione di **proprietà indiretta** la titolarità di una **percentuale di partecipazioni superiore al 25 per cento** del capitale del cliente, **posseduto per il tramite di società controllate, società fiduciarie o per interposta persona***

TITOLARE EFFETTIVO DI SOCIETA' DI CAPITALI

Nei casi di assetto proprietario diffuso il **titolare effettivo** coincide con la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile il **controllo** (*cf. art. 2359 c.c.*) del medesimo in forza: a) del controllo della **maggioranza dei voti** esercitabili in assemblea ordinaria; b) del controllo di voti sufficienti per esercitare **un'influenza dominante** in assemblea ordinaria; c) dell'esistenza di particolari **vincoli contrattuali** che consentano di esercitare un'influenza dominante.

TITOLARE EFFETTIVO DI SOCIETA' DI CAPITALI

Se l'applicazione dei criteri sopra ricordati non consenta di individuare univocamente uno o più titolari effettivi, il **titolare effettivo** coincide con la **persona fisica o le persone fisiche titolari**, conformemente ai rispettivi assetti organizzativi o statutari, di **poteri di rappresentanza legale, amministrazione o direzione della società** o del cliente comunque diverso dalla persona fisica

ANTIRICICLAGGIO E APPALTI PUBBLICI

il decreto antiriciclaggio e la normativa da esso derivata **non si applicano**, se non in minima parte, alle **pubbliche amministrazioni**, nel senso che le stesse **pubbliche amministrazioni non rientrano tra i soggetti obbligati ad identificare la titolarità effettiva delle loro controparti contrattuali** (*cfr. art. 3 del d.lgs. n. 231/2007*).

ANTIRICICLAGGIO E PNRR

L'art. 22 del reg. (UE) 2021/241 - che ha istituito il “Dispositivo per la ripresa e la resilienza” - comporta **l'obbligo per gli Stati membri di raccogliere, tra l'altro, le generalità complete del titolare effettivo del destinatario dei fondi o dell'appaltatore**, così come definito dall'art. 3, punto 6, della direttiva (UE) 2015/849, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

LINEE GUIDA PER LO SVOLGIMENTO DELLE ATTIVITÀ DI CONTROLLO E RENDICONTAZIONE DEGLI INTERVENTI PNRR

adottate con Circolare del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato – Servizio Centrale per il PNRR n. 30 dell'11 agosto 2022.

Prevedono che il soggetto attuatore si accerti che il **bando di gara** «preveda esplicitamente l'obbligo, da parte dei soggetti partecipanti, di fornire i dati necessari per l'identificazione del titolare effettivo»

«Nel caso si faccia ricorso al **subappalto** (...) la comunicazione dei dati relativi al titolare effettivo e le relative attività di verifica dovranno essere svolte anche sul soggetto terzo (subappaltatore) ...»

PNA ANAC

il PNA “raccomanda di inserire nei PTPCT o nella sezione anticorruzione e trasparenza dei PIAO quale misura di prevenzione della corruzione la richiesta alle SSAA di dichiarare il titolare effettivo e la previsione di una verifica a campione che la dichiarazione sia stata resa”.

Le attività amministrative rilevanti e sensibili

Si ricavano dalla Legge n. 190/2012 («Legge Severino») in tema di prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione per effetto del combinato disposto del comma 9 con i commi 15 e 16 dell'art. 1 della legge n. 190

Art. 1, comma 9: ai fini della predisposizione del P.T.P.C.T., le P.A. individuano le attività amministrative con più alto rischio corruttivo, tra quelle di cui al comma 16, e le ulteriori

.....
Art. 1, comma 15: la trasparenza costituisce livello minimo essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ex art. 117, co. 2, lett. m della Cost. (legislazione esclusiva dello Stato)

Art. 1, comma 16. Fermo restando quanto stabilito nell'[art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 \(T.U.P.I.\)](#)...., nell'[art. 54 del codice dell'amministrazione digitale \(C.A.D.\)](#), di cui al [d.lgs. n. 82/2005](#) e ss.mm., nell'[art. 21 della legge n. 69/2009](#), e ss.mm., e nell'art. 11 del d.lgs. n. 150/2009, le pubbliche amministrazioni assicurano i livelli essenziali di cui al comma 15 (**trasparenza**) del presente articolo con particolare riferimento ai procedimenti di:

- a) **autorizzazione** o **concessione** (in particolare, gestione del territorio e delle attività commerciali);
- b) **scelta del contraente** per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. n. 163/2006 (*rectius*: d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.);
- c) concessione ed erogazione di **sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari**, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati (cfr. art. 12 legge 241/90);
- d) **concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera** di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 150 del 2009 (decreto Brunetta) e successive modificazioni.

Rapporti R.P. con il Responsabile prevenzione corruzione e trasparenza (RPCT)

- Ogni attività amministrativa deve essere: 1) mappata; 2) «pesata» ai fini del rischio corruttivo, 3) individuando tutte le misure anche organizzative per prevenire quel rischio.
- Le regole normative di carattere generale sulla **prevenzione della corruzione** sono stabilite nei primi 16 commi dell'art. 1 della legge 190/2012
- L'Anac predispone il Piano nazionale anticorruzione (**PNA, a partire dal 2013**) i cui contenuti costituiscono linee di indirizzo generale verso ogni P.A.
- Ogni Amministrazione deve adottare un Piano triennale per la prevenzione della corruzione e della trasparenza (**PTPCT**), suddiviso in varie sezioni o una sezione del PIAO (piano integrato di attività e organizzazione).
- È obbligatoria la nomina di un Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (**RPCT**) scelto tra i dirigenti apicali
- Il Responsabile di ogni attività amministrativa inserita nel PTPCT e il RPTC interloquiscono, segnalando criticità, anche ai fini della revisione del PTPCT

..... segue; in particolare il PTPCT e i suoi contenuti fondamentali

- Il PTPC deve rispondere alle seguenti esigenze:
 1. individuare le attività maggiormente a rischio corruzione (**risk assessment**);
 2. prevedere **formazione, rotazione e meccanismi di controllo delle decisioni** idonei a prevenire il rischio di corruzione;
 3. prevedere **obblighi d'informazione** del Responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza;
 4. monitorare il **rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti**;
 5. monitorare i **rapporti tra l'Amministrazione e i soggetti che con essa stipulano contratti o che sono beneficiari di vantaggi economici di qualunque genere**, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti fra i titolari (**EFFETTIVI**), gli amministratori, i soci ed i dipendenti di tali soggetti e gli amministratori e i dipendenti dell'Amministrazione;
 6. rispettare gli **obblighi di trasparenza**, individuando **specifici ed ulteriori obblighi di trasparenza**.
- N.B. L'attività di elaborazione ed approvazione del PTPC e delle misure di prevenzione della corruzione **non può essere affidata a soggetti estranei all'Amministrazione** (art. 1, comma 8 della Legge n. 190/2012).

... segue; in particolare il PTPCT e i suoi contenuti fondamentali

Per ridurre il rischio di corruzione devono essere implementate le seguenti azioni:

- adozione di un **“Codice etico e di comportamento”** per i dipendenti;
- adozione di un **“Regolamento per gli acquisti di lavori, beni e servizi”**;
- adozione di un documento per la **registrazione e la formalizzazione delle attività di monitoraggio**;
- adozione di una disciplina per il conferimento degli **incarichi esterni** da sottoporre ad apposita autorizzazione;
- adozione di criteri oggettivi per la **rotazione**;
- adozione del piano triennale della **formazione permanente** del personale;
- sottoscrizione di eventuali **protocolli in materia di legalità**;
- attuazione di procedimenti del **controllo di gestione** e determinazione di **indicatori di misurazione dell'efficacia ed efficienza** (economicità e produttività);
- **pubblicazione e aggiornamento sul sito internet istituzionale («Amministrazione trasparente»; profilo di committente per le S.A.) delle informazioni previste dal d.lgs. 33/2013, modificato dal d.lgs. 97/2016** (la pubblicazione di tali informazioni costituisce il metodo fondamentale per il controllo da parte del cittadino e/o utente, delle decisioni nelle materie a rischio di corruzione)

*Indagine Anac su affidamenti diretti e gestione del conflitto di interesse negli Enti locali
(cfr. Comunicato Presidente Anac dell'11 gennaio 2023)*

- **Oggetto indagine:** mediante la BDNCP è emerso che, nel 2021, 2.921 enti locali hanno assegnato almeno un servizio tecnico professionale, per un totale di 6.686 affidamenti diretti per verificare il rispetto degli obblighi dichiarativi del RUP previsti dall'art. 42 d.lgs. 50/2016.
- **Sintesi delle criticità emerse**
- In alcuni casi, la dichiarazione è stata completamente omessa oppure è stata rilasciata “postuma”, solamente al fine di riscontrare la richiesta istruttoria dell’Autorità.
- In altri casi, è emerso che le dichiarazioni sono state rilasciate da soggetti diversi da quelli obbligati (es. dal segretario comunale per conto del RUP oppure, addirittura, solo dall’affidatario, in luogo del personale della stazione appaltante).
- Nella maggior parte dei casi, le dichiarazioni trasmesse all’Autorità sono firmate in analogico, anziché con firma digitale, e/o risultano non protocollate. Tale adempimento - espressamente richiesto dalle Linee Guida n. 15 e la cui importanza è stata recentemente messa in evidenza dalla delibera ANAC 377/2022 - è essenziale per la corretta conservazione della dichiarazione ed è funzionale alla successiva verifica delle dichiarazioni stesse da parte della stazione appaltante.
- In nessun caso è stata dichiarata una situazione di potenziale conflitto di interesse, ancorchè la dichiarazione fosse presente, seppure con modalità non adeguate.

DICHIARAZIONE DEL TITOLARE EFFETTIVO NELLE GARE DI APPALTO: È LEGITTIMO CHIEDERLA?

SI per gli **appalti finanziati con i fondi PNRR** (cfr. *art. 22 del reg. (UE) 2021/241 che comporta l'obbligo per gli Stati membri di raccogliere le generalità complete del titolare effettivo del destinatario dei fondi o dell'appaltatore*)

SI per gli **appalti estranei al PNRR**, *in forza del combinato disposto degli artt. 16 e 95, comma 1, lett. b), del d.lgs. 36/2023)*

E' SUFFICIENTE LA DICHIARAZIONE DEL TITOLARE EFFETTIVO DEL CONCORRENTE ?

NO, perché va iscritta nel quadro più ampio delle misure di prevenzione del **conflitto di interessi** (cfr. *artt. 16 e 95, comma 1, lett. b), del d.lgs. 36/2023*).

Esiti ed effetti della dichiarazione sulla titolarità effettiva

Ipotesi a): il titolare effettivo ha commesso reati o incorre in altra causa di esclusione automatica.

Posso escludere impresa ? SI se titolare effettivo è amministratore di diritto, direttore tecnico o amministratore di fatto (cfr. risposta MIT al quesito 1747/2023)

*In questa prospettiva la dichiarazione del titolare effettivo non aggiunge né toglie nulla, se non sotto il profilo di rappresentare un **possibile** indizio della ~~esistenza di un **amministratore di fatto**~~*

L'amministratore di fatto

A large, stylized, gold-colored letter 'A' logo is centered behind the main text. The 'A' is composed of thick, rounded strokes and has a slight shadow effect, giving it a three-dimensional appearance. It is positioned behind the words 'L'amministratore' and 'di fatto'.

COSTANTINI AVVOCATI

Art. 2639 c.c.

Al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi **esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.**

Art. 5 d.lgs. 231/2001 *Responsabilità dell'ente*

L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:

a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale **nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;**

b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

TITOLARE EFFETTIVO E AMMINISTRATORE DI FATTO

La titolarità effettiva (intesa, approssimativamente, come **partecipazione rilevante** al capitale sociale) anche qualora si traduca nella **formulazione di linee di indirizzo e/o di obiettivi imprenditoriali e/o di risultato** agli organi di governo della società, **NON VALE** ad attribuire al titolare effettivo la qualifica di amministratore di fatto.

L'amministratore di fatto è colui che **si sostituisce** in tutto - o per settori rilevanti - agli amministratori di diritto.

CHI ACCERTA L'ESISTENZA DI UN AMMINISTRATORE DI FATTO

Premesso che dottrina e giurisprudenza attribuiscono rilevanza e fanno applicazione della nozione di amministratore di fatto anche al di fuori dell'ambito dei reati societari indicati nel Titolo XI° del Libro V° del c.c. (ad esempio reati fallimentari, reati in materia di rifiuti, reati urbanistici), la **veste di amministratore di fatto viene accertata dal Giudice penale in relazione a reati che presuppongono o comunque sono commessi in occasione dell'attività di impresa.**

Resta da capire **chi accerti tale veste nel caso di reati che prescindono dall'attività di impresa: ad esempio l'associazione mafiosa (art. 416 bis c.p.)**

Esiti ed effetti della dichiarazione sulla titolarità effettiva

Ipotesi b): dalla dichiarazione di titolarità effettiva emerge un **possibile conflitto di interessi** di taluno dei soggetti coinvolti nel procedimento di gara (o nella fase esecutiva).

Posso escludere impresa ? SOLO se il conflitto non è altrimenti risolvibile (*cfr.* art. 95, comma 1, lett. b) codice appalti)

Il conflitto di interessi



COSTANTINI AVVOCATI

IL CONFLITTO DI INTERESSI PER I DIPENDENTI PUBBLICI

Art. 323 c.p. (abuso di ufficio);

Art. 6-bis. l.241/1990 e s.m.i. (obbligo di astensione del RP e dei titolari degli uffici in caso di conflitto di interessi)

Art. 53 T.u. pubblico impiego (conflitto di interessi e divieto «porte girevoli»);

Artt. 6,7 e 14 del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (obbligo di informativa all'atto dell'assunzione e obbligo di astensione)

d.lgs. n. 39/2013 (Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni)

IL CONFLITTO DI INTERESSI NEI CONTRATTI PUBBLICI

Art. 16. (Conflitto di interessi) d.lgs. 36/2023

Sta in capo a chi **interviene** nell'aggiudicazione o nella esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può **influenzare, in qualsiasi modo, il risultato**, gli esiti e la gestione, ha **direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza.**

In coerenza con il **principio della fiducia** e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la **percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro.**

IL CONFLITTO DI INTERESSI NEI CONTRATTI PUBBLICI

Art. 16. (Conflitto di interessi) d.lgs. n. 36/2023

Il personale che versa nelle ipotesi di conflitto ne dà **comunicazione** alla stazione appaltante o all'ente concedente **e si astiene** dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione.

Le stazioni appaltanti **adottano misure adeguate** per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti e delle concessioni e vigilano comunicazioni di conflitto e astensioni siano effettivamente praticate

IL CONFLITTO DI INTERESSI NEI CONTRATTI PUBBLICI

Art. 93. (Commissione giudicatrice) d.lgs. 36/2023

Nelle procedure di aggiudicazione con il criterio per OEV, **dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte**, è nominata una commissione giudicatrice. Non possono essere nominati commissari coloro che si trovano in una situazione di **conflitto di interessi con uno degli operatori economici partecipanti alla procedura; costituiscono situazioni di conflitto di interessi quelle che determinano l'obbligo di astensione** previste dall'articolo 7 del d.P.R.

16 aprile 2013, n. 62.

IL CONFLITTO DI INTERESSI NEI CONTRATTI PUBBLICI

Art. 7 codice di comportamento dei dipendenti pubblici

Il dipendente – e quindi anche il commissario nominato - si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere **interessi propri**, ovvero di suoi **parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi**, oppure di persone con le quali abbia rapporti di **frequentazione abituale**, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia **causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito** significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia **tutore, curatore, procuratore o agente**, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, **società** o stabilimenti di cui sia **amministratore o gerente o dirigente**. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano **gravi ragioni di convenienza**. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza.

IL CONFLITTO DI INTERESSI NELLA GIURISPRUDENZA

CdS, V[^] sez., 20 luglio 2022, n. 6389: un rapporto di frequentazione professionale e personale, anche risalente nel tempo, tra RUP e esponenti di una impresa concorrente rappresenta una minaccia all'imparzialità e all'indipendenza del RUP; va esclusa dalla gara l'impresa che non ha dichiarato l'esistenza di tali rapporti.

CdS, V[^] sez., 27 novembre 2020, n. 7462: il conflitto non può sussistere in via astratta basandosi su un pregresso rapporto di colleganza ma deve fondarsi su indizi concreti che dimostrino la sussistenza di un interesse comune tra concorrenti e commissari.

CdS, III[^] sez., 7 novembre 2018, n. 6299: «l'oggettiva confusione» tra valutatore e concorrente è di per sé idonea ad appannare l'immagine di imparzialità della P.A.

ESITI ED EFFETTI DELLA DICHIARAZIONE SULLA TITOLARITÀ EFFETTIVA

Ipotesi b): dalla dichiarazione di titolarità effettiva emerge un **possibile conflitto di interessi** di taluno dei soggetti coinvolti nel procedimento di gara (o nella fase esecutiva).

Posso escludere impresa ? SOLO se il conflitto non è altrimenti risolvibile (*cfr.* art. 95, comma 1, lett. b) codice appalti)

COME «RISOLVERE» IL CONFLITTO DI INTERESSI

- 1. ASTENSIONE** DEL SOGGETTO CHE INTERVIENE NEL PROCEDIMENTO DI GARA (INTESO IN SENSO AMPIO)
- 2. CESSIONE** QUOTE DA PARTE DEL TITOLARE EFFETTIVO (?)
- 3. DIMISSIONI** CARICA DEL TITOLARE EFFETTIVO O DELL'AMMINISTRATORE DELL'OPERATORE ECONOMICO (?)
- 4. ESCLUSIONE** OPERATORE ECONOMICO
- 5. ANNULLAMENTO** IN VIA DI AUTOTUTELA DELLA PROCEDURA

CONFLITTO DI INTERESSI NELLA GARE IN CUI VIGE IL PRINCIPIO DELL'ANONIMATO: CONCORSI DI PROGETTAZIONE

Art. 82 DIRETTIVA 2014/24/UE: La commissione giudicatrice esamina i piani e i progetti presentati dai candidati **in forma anonima**.

L'anonimato dev'essere rispettato sino al parere o alla decisione della commissione giudicatrice.

Anonimato non significa non conoscere il nominativo dei concorrenti (Delibera ANAC n. 358 del 20 luglio 2023) ai fini della dichiarazione dei commissari circa l'assenza di conflitto di interessi.

CONFLITTO DI INTERESSI E INVERSIONE PROCEDIMENTALE

art. 107, comma 3, d.lgs. n. 36/2023

La posposizione dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa comporta il rischio che eventuali situazioni di conflitto emergano solo a graduatoria formata.

Qualora emergesse un conflitto di interessi dopo la formazione della graduatoria il comma 12 dell'art. 108 del Codice (invarianza sulle medie e sulla soglia di anomalia) trova applicazione?

CONFLITTO DI INTERESSI NELLA FASE DI ESECUZIONE

Le figure coinvolte:

RUP (che nei servizi e forniture di regola svolge anche funzioni di DE)

Direttore lavori/esecuzione: appena nominato (prima dell'avvio della procedura di affidamento) deve rendere la dichiarazione su assenza di conflitto di interessi;

Coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione: appena nominato (prima della stipula del contratto) deve rendere la dichiarazione su assenza di conflitto di interessi;

Collaudatore: appena nominato (al termine dei lavori) deve rendere la dichiarazione su assenza di conflitto di interessi.