

Brevi note in tema di divieto di interposizione fiduciaria negli appalti pubblici

di Consiglia Sadile

SOMMARIO: 1. *Ratio legis* ed inquadramento normativo. - 2. Evoluzione storica del divieto. - 3. Conclusioni.

1. *Ratio legis* ed inquadramento normativo

Il divieto in oggetto - introdotto nel nostro ordinamento giuridico dall'art. 17 - III comma - II periodo - della L.55 del 19/03/90 - si inquadra nella prospettiva della compatibilità dell'assetto proprietario dell'appaltatrice e della subappaltatrice con il principio dell'assoluta trasparenza degli affidatari e degli esecutori (appaltatori e subappaltatori) dei contratti pubblici. In altri termini, alla stazione appaltante deve essere chiaro chi sia il reale soggetto contraente/esecutore, anche allo scopo di contrastare il fenomeno delle infiltrazioni mafiose nell'esecuzione degli appalti pubblici¹.

La violazione di siffatto divieto rientra fra le cause di esclusione dall'affidamento degli appalti e dei subappalti di cui all'art. 38, comma 1, lett. d)² del D.Lgs. 163/06 (cd. Codice degli appalti): "*Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi³, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa*".⁴

- 1) La formulazione letterale della norma appena citata induce a ritenere ancora sussistente nel nostro ordinamento giuridico il divieto assoluto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 17⁵, genericamente richiamato dalla norma stessa.

¹ La *ratio legis* - che si desume già dalla collocazione sistematica dell'art.17 in esame nel contesto della cd. normativa antimafia di cui al capo secondo della L.55/90 citata- è chiaramente espressa dalla Corte dei Conti (Sez. Contr.) nella sentenza n.101 del 22/06/93, dal Consiglio di Stato nelle sentenze n. 264 del 18/01/11 (Sez.V) e n.373 del 19/01/11 (Sez. VI) e dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici nelle Determinazioni n.13/03 e n.1/10.

² Questa disposizione, recepisce il contenuto normativa dell'art.75 - lett. d- dell'abrogato D.P.R.554/99, che introdusse, per la prima volta, l'esclusione dalla partecipazione alle gare e agli affidamenti dei subappalti pubblici sulla base dell'effettivo assetto proprietario, che, non rileva quasi mai; infatti la gran parte delle cause di esclusione in materia di appalti pubblici sono dalla legge ricondotte alla società ed ai relativi organi di gestione. L'altra eccezione, è stata introdotta di recente dalla L.106 del 13/07/11 (di conversione del D.L. n. 70 del 13/05/11) che ha esteso le fattispecie preclusive di cui alle Lett. b) e c) dell'art. 38 del D. Lgs. 163/06 anche al socio unico persona fisica ovvero al socio di maggioranza, in caso di società con meno di quattro soci, in ogni altro tipo di società.

³ La norma in esame, per quanto riguarda gli appalti pubblici di lavori, si pone, come si è detto, in perfetta continuità normativa con l'art. 75 appena citato; mentre per gli appalti di servizi e forniture rappresenta, invece, una novità assoluta.

⁴ Quest'ultimo inciso è stato introdotto dalla legge 106/11 citata allo scopo di scongiurare l'operatività *sine die* della preclusione, paventata dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici da ultimo nel documento base dell'audizione datato 11/11/2009.

⁵ Attualmente, dell'art. 17 in esame è in vigore solo il III comma; i primi due, invece, sono stati abrogati dal D. Lgs. 163/06 citato (art.256).

2. Evoluzione storica del divieto

Così non è, come dimostra la ricostruzione storico-normativa del divieto in esame che, si evince, come si è detto, dal III comma - II periodo del suddetto art. 17, che si trascrive testualmente, sottolineandone l'inciso che ci riguarda:

Entro lo stesso termine di cui al comma 2, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro del tesoro, d'intesa con il Ministro dei lavori pubblici, sono altresì, definite disposizioni per il controllo sulle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche, ivi compresi i concessionari, e sui relativi mutamenti societari. Con lo stesso decreto sono comunque vietate intestazioni fiduciarie, di cui deve essere comunque prevista la cessazione entro un termine predeterminato; è prevista altresì in caso di inadempimento la sospensione dall'Albo nazionale dei costruttori o, nei casi di recidiva, alla cancellazione dall'Albo stesso.

Il divieto medesimo risulta, addirittura, rafforzato dal D.P.C.M. 11/05/91 n.187 (art.4 – IV comma), emanato con il titolo "Regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche" in attuazione del primo periodo della suddetta disposizione normativa. Per comodità espositiva se ne trascrive il testo, sottolineandone le parti rilevanti ai nostri fini.

Le società fiduciarie, autorizzate ad esercitare attività fiduciaria ai sensi dell'art. 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, dovranno, entro lo stesso termine di cui al comma 1, rinunciare ai mandati di intestazione fiduciaria eventualmente in essere e relativi ai titoli ed alle quote delle società di cui all'art. 1 del presente decreto, provvedendo contestualmente alla loro reintestazione a favore dei rispettivi aventi diritto.

L'art. 17 citato è stato successivamente modificato, nelle sole parti sottolineate da chi scrive, dall'articolo 9, comma 63, della legge n. 415 del 1998 (cd. Merloni ter):

Entro lo stesso termine di cui al comma 2, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro del tesoro, d'intesa con il Ministro dei lavori pubblici, sono altresì, definite disposizioni per il controllo sulle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche, ivi compresi i concessionari, e sui relativi mutamenti societari. Con lo stesso decreto sono comunque vietate intestazioni ad interposte persone, di cui deve essere comunque prevista la cessazione entro un termine predeterminato, salvo le intestazioni a società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, a condizione che queste ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti; in presenza di violazioni delle disposizioni del presente comma, si procede alla sospensione dall'Albo nazionale dei costruttori o, nei casi di recidiva, alla cancellazione dall'Albo stesso.

Le modifiche si sostanziano nella riformulazione del divieto in esame (che, nel testo attualmente in vigore, è circoscritto solo alle intestazioni ad interposte persone) e nell'inserimento della deroga al divieto stesso nel caso di intestazioni a società fiduciarie, alla duplice condizione che esse⁶:

- siano autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966;
- provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a

⁶ Perciò, come ha statuito il Consiglio di Stato nella sentenza n.373/11 citata " *ove una società concorrente, pur avendo come socio un ente fiduciario, partecipi ad una gara pubblica in totale trasparenza e in sede di presentazione dell'offerta presenti la documentazione relativa al socio che effettivamente detiene la partecipazione intestata fiduciarmente, non ci sono motivi per disporre l'esclusione, essendo stato raggiunto lo scopo perseguito dalla norma sul divieto di intestazione fiduciaria*".

comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti.

In altri termini, il divieto medesimo, a seguito dell'entrata in vigore dell'art.9 di cui si è appena detto, rimane assoluto limitatamente alle intestazioni ad interposte persone⁷, che stante la generica formulazione normativa possono essere intese tanto come persone fisiche quanto come persone giuridiche⁸, diventa invece relativo (quindi derogabile) nel caso di intestazioni a favore di società fiduciarie, sempre che ricorrano entrambe le condizioni di cui si è detto.

Ad oltre un decennio dalla riformulazione del divieto in trattazione, è accaduto che il codice degli appalti ha recepito dell'art. 17 della L.55/90 citata la versione antecedente alla riformulazione del 1998, come si evince dal tenore letterale (riferisce dell'intestazione fiduciaria e non invece dell'intestazione ad interposte persone) e dall'omesso richiamo alle successive modifiche ed integrazioni ed il D.P.C.M. 187/91 citato non è stato aggiornato alla nuova versione dell'art.17 citato, sebbene ne sia la diretta derivazione.

3. Conclusioni

Appare evidente l'imprecisione e lo scarso coordinamento normativo che, oltre ad ingenerare qualche dubbio nell'operatore del diritto (responsabile di un procedimento di gara o di autorizzazione di un subappalto), potrebbe effettivamente trarre in inganno i soggetti dichiaranti, nel caso di possesso di alcune quote azionarie da parte di società fiduciarie del tipo sopra descritto. Una volta chiarita l'effettiva portata del divieto in esame⁹, si ridimensiona, sul piano amministrativo, il problema trattato: le dichiarazioni rese, ai sensi del D.P.C.M. 187/91 più volte citato e verificate dalle committenze, sulla base del certificato camerale storico acquisito d'ufficio, consentono alle committenze medesime solo di riscontrare le intestazioni a favore di società fiduciarie e di disporre il supplemento istruttorio finalizzato all'accertamento dell'effettivo proprietario. E' evidente, invece, che, in mancanza di segnalazioni mirate da parte delle autorità preposte alla tutela dell'ordine pubblico, le amministrazioni appaltanti non potranno, a causa dei limiti della loro competenza, contrastare il fenomeno delle intestazioni fiduciarie realmente preclusive della partecipazione alle gare pubbliche e degli affidamenti dei subappalti.

⁷ Tenuto conto che le intestazioni ad interposte persone si inquadrano nel fenomeno simulatorio, la *ratio* del divieto assoluto delle stesse risiede nell'anonimato che ricopre il vero proprietario.

⁸ La portata del divieto in esame è stata chiarita, sotto altri profili, dall'Autorità di Vigilanza nella Det. n.13/03 citata nel senso che "non è necessario il trasferimento di beni dai fiducianti al soggetto fiduciario, essendo sufficiente che a quest'ultimo sia conferita, attraverso idonei strumenti negoziali, la legittimazione ad esercitare i diritti o le facoltà, necessari per la gestione dei beni, che possono rimanere formalmente in capo al fiduciante" e dal Consiglio di Stato nel senso che esso si configura con esclusivo riferimento alle società di capitali (s.p.a., s.a.p.a., s.r.l.), alle società cooperative per azioni o a responsabilità limitata, alle società consortili per azioni o a responsabilità limitata (sentenza del 23/11/10, che si segnala come particolarmente interessante anche sotto altri profili) ed in caso di possesso diretto di azioni o quote da parte di società fiduciarie (sentenza 264/11 citata).

⁹ Nei modelli di autocertificazione che le amministrazioni appaltanti hanno l'obbligo, ai sensi del D.P.R.445/00, di rendere disponibili ai partecipanti alle gare pubbliche e agli aspiranti agli affidamenti dei subappalti pubblici, appare opportuna la riformulazione dell'art. 38- lett. d) del D. Lgs.163/06 passato in rassegna nel senso di rendere subito chiara la sua effettiva portata precettiva; diversamente, in caso di accertamento di un'intestazione fiduciaria a favore delle società all'uopo autorizzate (I condizione ricostruita) e di acquisizione dell'identità dei fiducianti (II condizione ricostruita), è necessario argomentare circa l'insussistenza del falso eventualmente dichiarato e comunque della scusabilità dell'errore nel quale si è imbattuto il dichiarante stesso, a causa dell'imprecisione e dello scarso coordinamento normativo fra le disposizioni esaminate.