



STUDIO AMICA

VERIFICHE REQUISITI E SOGGETTI EX ART. 94, CO.4, LETT.F), DEL D. LGS. 36/2023

Il Caso Specifico: L'Organo di Vigilanza e controllo - persona giuridica.

I **requisiti di ordine generale** concernenti l'affidabilità morale e professionale del concorrente ai fini della partecipazione ad una gara pubblica, la cui accertata insussistenza determina l'esclusione dell'operatore economico dalle gare pubbliche, sono disciplinati dalle disposizioni di cui agli **artt. da 94 a 98 del D.lgs. 36 /2023** (di seguito, il Codice).

Il legislatore nel Codice vigente – in continuità con la previgente disciplina di cui all'art. 80 del D.lgs. 50/2016 – enuclea tali requisiti generali “in negativo”, ossia quali circostanze che non devono sussistere ai fini della partecipazione alla gara e della stipula del contratto di appalto o concessione, secondo un “principio di continuità” che sottrae a vincoli temporali i relativi controlli, dovendo il possesso dei requisiti sussistere al momento della partecipazione alla gara e permanere per tutta la specifica sequenza procedurale.

In specie, (i) la prima disposizione (art. 94) individua le cause di esclusione “automatica”, con ciò mutuandosi un aggettivo che si rinviene in numerose decisioni della Corte di Giustizia e della giurisprudenza nazionale, che vale ad evidenziare che sulla sussistenza delle stesse non v'è spazio per alcun margine valutativo della stazione appaltante, nonché individua i soggetti destinatari di provvedimenti preclusivi idonei a determinare, “per contagio”, l'esclusione dell'operatore economico; (ii) la seconda disposizione (art. 95) individua le cause di esclusione “non automatica” tra le quali rientra il c.d. “illecito professionale”, che, tuttavia, è stato disciplinato autonomamente nell'ultimo articolo del Capo II (art. 98), armonicamente con la espressa prescrizione della lett. n) della Legge-delega n. 78/2022; (iii) nel terzo articolo (art. 96) è contenuta la disciplina procedimentale comune agli “eventi” che conducono alla esclusione dell'operatore economico; (iv) il quarto articolo (art. 97) contiene la disciplina specifica che



STUDIO AMICA

riguarda i raggruppamenti di imprese; (v) il quinto ed ultimo articolo (art. 98) disciplina partitamente la fattispecie del c.d. illecito professionale, recependo, nella parte dedicata alla elencazione dei reati, l'indicazione già contenuta nelle Linee Guida ANAC n. 6 approvate dal Consiglio dell'Autorità con la delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con la deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017.

Con riferimento alla questione specifica, vengono in rilievo le disposizioni di cui ai commi tre e quattro del prefato art. 94 che individuano i soggetti nei cui confronti operano le cause di esclusione previste dai precedenti commi 1 e 2 e sui quali devono essere effettuate le verifiche ai sensi dell'art. 17 comma 5 del Codice, norma che prevede che l'aggiudicazione viene disposta dall'organo competente della stazione appaltante o ente concedente dopo aver effettuato positivamente il controllo dei requisiti in capo all'aggiudicatario, successivamente al quale il contratto potrà essere stipulato o ne potrà essere iniziata l'esecuzione in via di urgenza.

Il precitato art. 94, ai commi tre e quattro, dispone: *"3. L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 è disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva ivi indicati sono stati emessi nei confronti:*

a) dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231;

b) del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;

c) di un socio amministratore o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;

d) dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;

e) dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali;

f) dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;

g) del direttore tecnico o del socio unico;



STUDIO AMICA

h) dell'amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti.

4. Nel caso in cui il socio sia una persona giuridica l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti degli amministratori di quest'ultima.".

In merito alla corretta interpretazione e applicazione delle disposizioni da ultimo indicate, in via di sintesi, si segnala quanto segue.

- Ai sensi dell'art. 98 comma 1 del Codice, l'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico tranne che nei casi di cui al comma 3, lettere g) ed h) della medesima disposizione in cui rileva anche se compiuto dai soggetti di cui al comma 3 dell'art. 94 (trattasi dei casi di contestata commissione di taluno dei reati di cui al comma 1 dell'art.94 – lett. g) – o di contestata e accertata commissione di taluno dei reati elencati nei punti da 1 a 5 della lett. h del comma 3 del prefato art. 98).
- La lett. a) del comma 3 del prefato art. 94 prevede l'esclusione dell'operatore economico laddove il destinatario della causa di esclusione sia l'operatore in sé e per sé considerato, ai sensi del D.lgs. n. 231/2001. La disposizione in esame precisa, pertanto, che costituisce causa di esclusione automatica la condanna dell'operatore economico per responsabilità amministrativa dell'ente ex D.lgs. n. 231/2001 in relazione a un reato presupposto compreso nell'elenco di cui all'art. 94 comma 1 del D.lgs. n. 36/2023. Si tratta di una rilevante novità rispetto al previgente D.lgs. n. 50/2016, che prevedeva l'esclusione automatica dell'operatore economico in caso di condanna ex D.lgs. n. 231/2001, esclusivamente ove fosse stata comminata anche la sanzione interdittiva del divieto di contrarre con la p.a. Pertanto, nell'attuale assetto normativo, le condanne ex D.lgs. n. 231/2001 risulterebbero, stando al tenore letterale, assumere una duplice valenza ai fini dell'esclusione automatica dalle gare: infatti, costituiscono causa obbligatoria di esclusione (i) tutte le condanne ex D.lgs. n. 231/2001 per i reati di cui all'art. 94 comma 1, a prescindere dall'irrogazione della sanzione interdittiva; e (ii) anche le condanne ex D.lgs. n. 231/2001 per reati diversi da



STUDIO AMICA

quelli elencati dal citato art. 94 comma 1, laddove accompagnate dalla citata sanzione interdittiva.

- Le lett. da b) a d) del comma 3 del prefato art. 94 individuano i soggetti rilevanti all'interno delle imprese individuali e delle società di persone.
- Le lett. da e) a g) del medesimo comma 3 dell'art. 94 individuano, invece, i soggetti rilevanti all'interno delle tipologie di società di capitali. Rilevano: (i) i membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, con esclusione dunque dei membri del consiglio di amministrazione non muniti di poteri di rappresentanza (al dichiarato fine, come si legge nella Relazione Illustrativa al Codice, di rendere la disposizione in commento meno gravosa per gli operatori); (ii) gli institori e i procuratori generali (a cui si aggiungono - quantomeno secondo la giurisprudenza formatasi in relazione al D.lgs. n. 50/2016 - i procuratori speciali, ove muniti di poteri decisionali e di gestione particolarmente ampi (cfr. Consiglio di Stato 29.1.2020, n.728); (iii) i componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o i soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo; (iv) il direttore tecnico, ove previsto; (v) il socio unico, con la precisazione, al comma 4, che nel caso in cui il socio unico sia una persona giuridica rilevano solo gli amministratori (la *ratio* di tale ultima disposizione è spiegata dalla Relazione al Codice in ragione del fatto che “*la gestione delle partecipazioni nelle società altrui non rientra nel potere dell’assemblea ai sensi dell’art. 2364 e ss. c.c. mentre rientra nel potere di gestione degli amministratori ai sensi dell’art. 2380 bis c.c., a meno che non sia attribuito dallo statuto ad altro organo*”).

Da ultimo si segnala, per esaustività, che con Delibera n. 262 del 20 giugno 2023 il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, ai sensi dell’art. 24 comma 4 del Codice, ha disciplinato il funzionamento del FVOE (il fascicolo virtuale dell'operatore economico che consente la verifica dell'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 e dei requisiti di cui all'articolo 103 per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché dei dati e dei documenti relativi ai requisiti di cui all'articolo 100 che l'operatore economico inserisce), in



vigore dal 1° gennaio 2024, con l'indicazione della documentazione a comprova dei requisiti generali (art. 6 e All. I e II).

Per avere un quadro completo della tematica *de quo*, è necessario analizzare e trattare le **seguenti questioni**:

- 1) l'esatta individuazione dei soggetti indicati dalla lett. f) del prefato art. 94 in correlazione con le previsioni di cui alla precedente lett. e);
- 2) i casi in cui un organo con poteri di vigilanza e controllo annoverato nella prefata lett. f) possa essere costituito da una persona giuridica;
- 3) l'indicazione dei soggetti dell'organo di vigilanza e controllo /persona giuridica nei confronti dei quali andrebbero effettuate le verifiche.

Con riferimento alla prima questione, l'individuazione dei soggetti rilevanti all'interno delle società di capitali rende, anzitutto, necessario un coordinamento della disciplina in esame con quella prevista dal Codice civile, specie in relazione ai diversi modelli di *governance* societaria (introdotti a partire dalla riforma del diritto societario ex D.lgs. n. 6/2003), e segnatamente al:

- (i) c.d. sistema tradizionale, che si caratterizza per la centralità del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale (cfr. artt. 2380-bis e ss. c.c.);
- (ii) c.d. sistema dualistico, incentrato attorno alla figura del consiglio di gestione e al consiglio di sorveglianza (cfr. artt. 2409-octies e ss. c.c.);
- (iii) c.d. sistema monistico, che si contraddistingue per la presenza di un consiglio di amministrazione comprensivo, al suo interno, di un comitato per il controllo sulla gestione (cfr. art. 2409-sexiesdecies, co.1, c.c.).

Con riferimento al previgente D.lgs. n. 50/2016, l'ANAC [comunicato del Presidente dell'ANAC 8.11.2017] ha chiarito che le cause di esclusione automatica in materia penale e antimafia debbano essere verificate in capo:

- (i) ai membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e monistico (Presidente del Consiglio di Amministrazione, Amministratore Unico, amministratori delegati anche se titolari



STUDIO AMICA

di una delega limitata a determinate attività ma che per tali attività conferisca poteri di rappresentanza);

(ii) ai membri del collegio sindacale nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e ai membri del comitato per il controllo sulla gestione, nelle società con sistema di amministrazione monistico;

(iii) ai membri del consiglio di gestione e membri del consiglio di sorveglianza, nelle società con sistema di amministrazione dualistico.

Tale specificazione dell'ANAC assume ancora valenza interpretativa con riferimento all'esatta individuazione dei soggetti di cui alla lett. e) [*“membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali”*] e di cui alla lett. f) [*“componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo”*] del D.lgs. 36/2023 (Codice di contratti pubblici vigente), stante la sostanziale corrispondenza tra le discipline succedutesi nel tempo.

Parimenti, si ritiene potersi dare continuità all' indirizzo interpretativo formatosi, sempre in relazione al previgente Codice, secondo cui la collocazione degli institori e dei procuratori generali in un ambito diverso dai «soggetti muniti di poteri di rappresentanza» comporta la necessità di identificare soggetti diversi e ulteriori rispetto ai primi da collocare nella specifica categoria, ovvero gli institori e i procuratori generali, soggetti che non sono membri del consiglio di amministrazione, ma ausiliari dell'imprenditore cui sono conferiti particolari poteri: l'institore è preposto dall'imprenditore all'esercizio dell'impresa (art. 2203 c.c.); il procuratore, in base ad un rapporto continuativo, ha il potere di compiere per l'imprenditore gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa, pur non essendo preposto ad esso (art. 2209 c.c.).

Seguendo gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa, è possibile ritenere, peraltro, che tra i “soggetti muniti di poteri di rappresentanza” rientrino i procuratori dotati di poteri così ampi e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi se non di spessore superiore a quelli che lo statuto assegna agli amministratori.



STUDIO AMICA

Tra i soggetti muniti di poteri di direzione rientrano, invece, i dipendenti o i professionisti ai quali siano stati conferiti significativi poteri di direzione e gestione dell'impresa.

Tra i soggetti muniti di poteri di controllo rientrano il revisore contabile e l'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6 del D.lgs. n. 231/2001 cui sia affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati.

L'organo di vigilanza e controllo persona giuridica: la società di revisione

La revisione legale dei conti sulla società è esercitata da un revisore legale dei conti o da una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro (art. 2409 *bis* c.c.).

L'attività di revisione legale è finalizzata all'acquisizione di tutti gli elementi necessari per consentire al revisore di affermare, con ragionevole certezza, che il bilancio nel suo complesso è redatto, in tutti gli aspetti significativi, in conformità al quadro normativo di riferimento.

Si pone la questione se la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 94 e di cui all'98, comma 1, lettere g) ed h) del Codice debba essere condotta anche sui membri degli organi sociali della società di revisione.

Nel precitato comunicato 8.11.2017 il Presidente dell'ANAC sostiene: *“In caso di affidamento del controllo contabile a una società di revisione, la verifica del possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 1, non deve essere condotta sui membri degli organi sociali della società di revisione, trattandosi di soggetto giuridico distinto dall'operatore economico concorrente cui vanno riferite le cause di esclusione”*.

Con sentenza n. 6016 del 22.10.2018 il Consiglio di Stato, Sez. V, facendo riferimento anche alla società di revisione, ha statuito che la verifica dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del D.lgs. 50/2016 (oggi artt. 94 e 98 del D.lgs. 36/2023) debba essere effettuata anche nei confronti del soggetto che svolge la funzione di revisione legale per l'operatore economico che partecipa ad una gara pubblica.

La precitata pronuncia ritiene che il revisore – anche qualora sia una persona giuridica – si annoveri nell'ambito dei soggetti di cui al comma 3 del previgente art. 80 del D.lgs. 50/2016



STUDIO AMICA

(oggi comma 3, lett. f) dell'art 94 del D.lgs. 36/2023) “con poteri di vigilanza e di controllo” avendo il “*compito di garantire la serietà dell'impresa dal punto di vista contabile*”, “*senza che alcuna smentita a tale argomento possa trarsi dalla posizione di autonomia e indipendenza rispetto all'organizzazione societaria di cui gode il revisore, trattandosi di posizione meramente funzionale a garantire il miglior esercizio dei poteri attribuitigli*”.

Ulteriore argomento a sostegno della tesi prospettata dal Consiglio di Stato nella precitata sentenza potrebbe individuarsi nel dato letterale della norma di riferimento che, nel menzionare gli organi con poteri di vigilanza e i soggetti muniti di poteri di controllo, non distingue tra persone fisiche e persone giuridiche.

Qualora, pertanto, si ritenga di aderire all'orientamento interpretativo compendiato nella precitata sentenza del Consiglio di Stato (lo scrivente non rinviene ulteriori precedenti giurisprudenziali specifici) dovrebbe concludersi nel senso che la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale ex artt. 94 commi 1 e 2 e art. 98 comma 1, lettere g) ed h) del Codice, ai fini dell'aggiudicazione di una gara pubblica e della stipulazione del relativo contratto, debba essere condotta anche sui membri degli organi sociali della società di revisione.

Alle stesse conclusioni deve pervenirsi nel caso in cui la *lex specialis* di gara (bando, disciplinare e/o schemi di dichiarazioni allegate) richieda la dichiarazione dei requisiti di ordine generale anche nei confronti della società di revisione (l'ipotesi non è infrequente).

Ai fini dell'individuazione dei soggetti nei confronti dei quali vanno effettuate le verifiche di cui si tratta va chiarito che la struttura giuridica delle società di revisione è quella delle società di capitali con oggetto sociale esclusivo la prestazione di servizi di revisione e organizzazione contabile. Di norma, l'intero capitale è detenuto da persone fisiche (i soci o “partner”), che rientrano nella categoria dei c.d. “soci prestatori d'opera” e che, in larga maggioranza, sono abilitati all'esercizio della revisione legale in uno degli Stati membri dell'Unione europea o comunque in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento delle attività previste dall'oggetto sociale. Il sistema di *governance* di queste società è quello tradizionale tipico delle grandi società di capitali. Vi è, di norma, un consiglio di amministrazione al quale sono conferiti i poteri di gestione della società, inclusa la responsabilità dello sviluppo e



STUDIO AMICA

dell'implementazione delle direttive aziendali e della strategia. Il consiglio di amministrazione è anche responsabile ultimo del sistema di controllo interno della società e dei "controlli di qualità" nonché dell'attività periodica di monitoraggio degli stessi al fine di valutarne l'efficacia. Vi è poi, di regola, un collegio sindacale con le funzioni tipiche ad esso attribuite dalla legge, un revisore legale che revisiona il bilancio annuale della società e un Organismo di vigilanza ai sensi del D.lgs. 231/2001. La struttura del personale dipendente delle società di revisione è sempre caratterizzata da una forte connotazione "gerarchica", di norma, così formata: – Partner (il socio), – Manager (il dirigente o il quadro), – Senior (il revisore esperto), – Assistant (l'assistente).

Il *partner* è colui che firma la relazione di revisione e ne assume le relative responsabilità, dopo aver effettuato, con l'ausilio del manager e degli altri membri del team di revisione, l'analisi delle problematiche in tutte le aree significative del lavoro.

I soggetti/persone fisiche della Società di revisione nei confronti dei quali svolgere la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale ex artt. 94 commi 1 e 2 e art. 98 comma 1, lettere g) ed h) del Codice ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico, nel caso di società di revisione, qualora si aderisca all'orientamento prospettato dal Consiglio di Stato nella precitata sentenza n. 6016/2018 o sia previsto dalla *lex specialis* della specifica procedura di gara, in assenza di indicazioni nella disciplina legislativa o di diversa eventuale previsione negli atti di gara, sarebbero i componenti degli organi sociali e, in specie, i soggetti indicati alle lett. da e) ad h) del comma 3 dell'art. 94 del Codice, dovendosi inoltre ritenere che, tra i soggetti muniti di poteri di direzione e controllo, sia da annoverare anche il *partner* che firma la relazione di revisione.

Potrebbe anche accedersi ad un'interpretazione volta a criteri di semplificazione e non aggravio delle procedure ritenendo, in analogia a quanto previsto dal comma 4 del precitato art. 94 per il socio unico persona giuridica, che le verifiche per le società di revisione vadano condotte solo nei confronti degli amministratori; tuttavia, in assenza di specifiche previsioni nel dettato legislativo del Codice e in assenza di indicazioni contenute nella *lex specialis* di gara, si ritiene più rispondente a principi di prudenza aderire all'opzione più ampia che



STUDIO AMICA

annovera tra i soggetti rilevanti quelli indicati alle lett. da e) ad h) del comma 3 dell'art. 94 del Codice.

L'organo di vigilanza e controllo persona giuridica: l'organismo di vigilanza ex art. 6 del D.lgs. 231/2001

L'articolo 6 del D.lgs. n. 231 del 2001 ha introdotto e istituito un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo e ha inoltre previsto che l'ente possa essere esonerato dalla responsabilità conseguente alla commissione dei reati indicati nello stesso decreto se l'organo dirigente ha, tra l'altro, affidato a tale organismo il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello di organizzazione, di gestione e di controllo della Società e di curarne l'aggiornamento.

Nella prassi e nei modelli di organizzazione, di gestione e di controllo tale organismo viene denominato organismo di vigilanza e di controllo (per brevità, OdV).

La normativa sull'OdV è estremamente laconica: nessuna previsione nella legge riguardo alle modalità di nomina dell'organismo, alla sua composizione, alle sue concrete regole di azione, ai rapporti con l'organo gestorio e gli altri protagonisti del sistema di controllo interno dell'ente, alla eventuale responsabilità personale dei suoi membri in caso di mancata o insufficiente vigilanza. Il D.lgs. 231/2001 si limita ad affermare che l'organismo vigila sul funzionamento e l'osservanza del modello munito di "autonomi poteri di iniziativa e di controllo" (art. 6 comma 1 lett. b) e ne cura l'aggiornamento (art. 7 comma 4 lett. a), alla luce delle informazioni "sensibili" delle quali è destinatario (art. 6 comma 1 lett. d). Un'ulteriore indicazione, proveniente dalla Relazione governativa all'impianto del D. Lgs. 231/2001, sembra suggerire che l'organismo debba essere inteso quale "modalità organizzativa dell'ente attuata dall'imprenditore ex art. 2381 comma 3 c.c.".

L'OdV può essere costituito in composizione monocratica (solitamente negli enti di piccole dimensioni) o collegiale, ma - qualunque sia la scelta sul punto - esso è di solito formato da persone fisiche.



STUDIO AMICA

Ciononostante, in dottrina si dibatte in merito alla possibilità o meno di affidare il ruolo di Organismo di Vigilanza anche ad una persona giuridica, circostanza che potrebbe determinare per le società indubbi benefici in termini di funzionalità ed economicità dell'OdV.

In senso negativo sembrerebbe militare la previsione normativa che lo qualifica come "organismo dell'ente", previsione interpretata come vincolante alla creazione di un organo di vigilanza "interno" all'ente.

In tal senso, in assenza di una disposizione specifica che disciplini tale ipotesi, è opportuno svolgere un parallelismo con la disciplina legislativa relativa agli amministratori di società o enti, al fine di verificarne l'eventuale applicabilità in via analogica all'OdV.

Al riguardo, il contesto normativo di riferimento è stato delineato dalla motivazione della massima del Consiglio Notarile di Milano n. 100/2007, la quale, nell'affermare la legittimità della "clausola statutaria di s.p.a. o s.r.l. che preveda la possibilità di nominare alla carica di amministratore una o più persone giuridiche o enti diverse dalle persone fisiche", ha ipotizzato come, di fronte all'assenza di una espressa disciplina codicistica della fattispecie, le norme vigenti nel nostro ordinamento a cui fare riferimento in via analogica potrebbero individuarsi nell' art. 47.1 Regolamento UE 2157/2001 (in materia di Società Europea) e nell'art. 5 del D.lgs. 240/1991 (relativo al c.d. "Gruppo Europeo di Interesse Economico"), *"che disciplinano, con principi tra loro identici, l'amministratore persona giuridica in enti collettivi aventi ad oggetto l'esercizio di attività economiche"*.

In specie la norma da ultimo richiamata ammette la possibilità che sia una persona giuridica a rivestire la carica di amministratore di una società o ente, qualora siano rispettate determinate condizioni. Tale disposizione, rubricata "Persona giuridica amministratore", prevede che: *"1. Può essere nominato amministratore anche una persona giuridica, la quale esercita le relative funzioni attraverso un rappresentante da essa designato. [...] 3. Il rappresentante assume gli stessi obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previste a carico degli amministratori persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore"*.



STUDIO AMICA

Ne deriva che, se l'ordinamento consente che una persona giuridica sia amministratore di società o enti, potrebbe sostenersi che tale disciplina sia applicabile per analogia anche all'OdV, a condizione che siano rispettati - con gli adattamenti del caso - i medesimi requisiti dettati dalla legge in relazione agli amministratori (fatta eccezione per le formalità pubblicitarie di cui al comma 2 della medesima norma, irrilevanti ai fini di interesse).

In definitiva, pertanto, nel caso in cui una società (o ente), nel dotarsi del MOG 231, opti per la nomina di una persona giuridica quale OdV - aderendo all'orientamento interpretativo surriferito che, occorre chiarire, non trova allo stato un chiaro supporto giurisprudenziale - è necessario che essa conferisca l'incarico ad un'altra società (o ente), che a sua volta proceda ad individuare al proprio interno una o più figure - laddove la seconda pluralistica ipotesi appare di gran lunga preferibile al fine di garantire una reale vigilanza sulla "effettività" del Modello -, assoggettate ai medesimi requisiti di indipendenza, autonomia, professionalità, continuità di azione e onorabilità richiesti dalla legge all'OdV, alle quali affidare il potere di rappresentare la volontà di quest'ultimo.

Nell'ipotesi di persona giuridica che svolga il ruolo di OdV, per le medesime ragioni già illustrate con riferimento alla Società di revisione nel paragrafo che precede, la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale ex artt. 94 commi 1 e 2 e art. 98 comma 1, lettere g) ed h) del Codice, ai fini dell'aggiudicazione di una gara pubblica e della stipulazione del relativo contratto, dovrebbe essere condotta anche sui membri degli organi sociali della società di revisione.

Alle stesse conclusioni deve pervenirsi nel caso in cui la *lex specialis* di gara (bando, disciplinare e/o schemi di dichiarazioni allegato) richieda espressamente la dichiarazione dei requisiti di ordine generale anche all'OdV persona giuridica e/o, in generale, all'Organo di vigilanza e controllo/persona giuridica.

I soggetti/persone fisiche della Società di revisione nei confronti dei quali svolgere la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale ex artt. 94 commi 1 e 2 e art. 98 comma 1, lettere g) ed h) del Codice ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico, in aderenza all'orientamento prospettato dal Consiglio di Stato nella precitata sentenza n. 6016/2018 in relazione alla Società di revisione, dovrebbero essere individuati nei componenti degli organi



STUDIO AMICA

sociali della OdV persona giuridica e, in specie, nei soggetti indicati alle lett. da e) ad h) del comma 3 dell'art. 94 del Codice, dovendosi inoltre ritenere che, tra i soggetti muniti di poteri di direzione e controllo, sia da annoverare anche il soggetto (o i soggetti) alle quali affidare il potere di rappresentare la volontà dell'OdV (in analogia a quanto previsto dall'art. 5 del D.lgs. 240/1991).

Valga a tal fine quanto prospettato nella parte finale del paragrafo precedente.

In conclusione:

- **(a)** Ai sensi dell'art. 94, comma 3, lett. e) e f) del Codice, le verifiche dei requisiti di ordine generale di cui ai commi 1 e 2 dello stesso art. 94 e di cui all'art. 98, comma 1, lett. g) e h), ai fini dell'aggiudicazione di una gara pubblica e della stipula del relativo contratto, devono svolgersi nei confronti (i) dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e monistico (Presidente del Consiglio di Amministrazione, Amministratore Unico, amministratori delegati anche se titolari di una delega limitata a determinate attività ma che per tali attività conferisca poteri di rappresentanza); (ii) dei membri del collegio sindacale nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e dei membri del comitato per il controllo sulla gestione, nelle società con sistema di amministrazione monistico; (iii) dei membri del consiglio di gestione e dei membri del consiglio di sorveglianza, nelle società con sistema di amministrazione dualistico; (iv) degli istitori e dei procuratori generali; (v) dei procuratori *ad negotia* dotati di ampi poteri; (vi) dei dipendenti o dei professionisti ai quali siano stati conferiti significativi poteri di direzione e gestione dell'impresa; (vii) del revisore contabile; (viii) dell'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6 del D.lgs. n. 231/2001.



STUDIO AMICA

- **(b)** In assenza di espresse previsioni sul punto della *lex specialis* di gara, secondo un orientamento prevalente, qualora l'organo di vigilanza e controllo ex lett. f) del comma 3 del precitato art. 94 sia una persona giuridica (società di revisione ex art. 2409 *bis* c.c. e/o l'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6 del D.lgs. n. 231/2001 (OdV), ove si ritenga possibile affidare il ruolo di OdV anche ad una persona giuridica in analogia a quanto previsto dall'art. 5 del D.lgs n. 240/1991), la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale, ai fini dell'aggiudicazione di una gara pubblica e della stipulazione del relativo contratto, non deve essere condotta sui membri degli organi sociali della persona giuridica, trattandosi di soggetto giuridico distinto dall'operatore economico concorrente cui vanno riferite le cause di esclusione (cfr. comunicato 8.11.2017 del Presidente dell'ANAC).
- **(c)** In assenza di espresse previsioni sul punto della *lex specialis* di gara, secondo un diverso orientamento espresso da una pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. V, sent. n. 6016/2018) in merito alla società di revisione - i cui assunti per vero non trovano ulteriore conferma nella giurisprudenza successiva - la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale ex artt. 94 commi 1 e 2 e art. 98 comma 1, lettere g) ed h) del Codice, ai fini dell'aggiudicazione di una gara pubblica e della stipulazione del relativo contratto, dovrebbe essere condotta anche sui membri degli organi sociali dell'organo di vigilanza e controllo persona giuridica, individuabili (secondo un approccio prudenziale) nei soggetti indicati alle lett. da e) ad h) del comma 3 dell'art. 94 del Codice (oltre al *partner* che firma la relazione di revisione nelle società di revisione e al soggetto - o ai soggetti - a cui è affidato il potere di rappresentare la volontà dell'OdV).
- **(d)** Qualora la fattispecie esaminata non sia disciplinata dalla *lex specialis* della specifica gara pubblica – a cui gli operatori economici devono conformarsi – lo scrivente ritiene preferibile l'orientamento di cui al precedente p. b), in quanto più aderente ai principi di semplificazione, tipicità, tassatività e *favor* concorrenziale cui si



STUDIO AMICA

ispira il nuovo Codice nella disciplina delle cause di esclusione degli operatori economici dalle gare pubbliche.

A cura della Redazione di TuttoGare PA del 09/09/2024