

**Soggetti da sottoporre alle verifiche ex articolo 80:  
la questione si complica**

*di Massimo Gentile<sup>1</sup>*

La questione concernente l'individuazione dell'esatto ambito soggettivo di applicazione dell'articolo 80 del D.lgs. n. 50/2016, in tema di motivi di esclusione dagli appalti pubblici, inizia ad assumere contorni sempre più sfumati e di difficile comprensione.

In particolare, alla luce di alcune pronunce giurisprudenziali intervenute di recente sulla tematica, sono stati messi in seria crisi alcuni punti fermi correlati all'applicazione di detta previsione codicistica.

Ma andiamo per gradi.

Come noto, il richiamato articolo 80 del D.lgs. n. 50/2016 reca un contenuto percettibilmente differente rispetto a quello dell'articolo 38 del previgente Codice, atteso che il novero dei soggetti sottoposti al controllo in ordine all'assenza dei motivi di esclusione di cui ai commi 1 e 2 di detto articolo 80 – corrispondenti al comma 1, lett. b) e c), del “vecchio” articolo 38 - risulta sensibilmente ampliato.

Ciò aveva indotto l'ANAC ad intervenire, onde fornire alcuni chiarimenti applicativi, mediante il Comunicato del proprio Presidente del 26 ottobre 2016, successivamente sostituito dal Comunicato dell'8 novembre 2017, con il quale i predetti chiarimenti erano stati adeguati alle modifiche apportate all'articolo 80 da parte del decreto correttivo.

Senza entrare nel merito delle indicazioni impartite dall'ANAC per il tramite di detti Comunicati, si evidenzia come esse costituiscono un punto di riferimento per gli operatori del settore, atteso che il tenore dell'articolo 80 è tutt'altro che cristallino e non consente di individuare agevolmente l'elenco dei soggetti nei cui confronti operano le cause di esclusione previste dai commi 1 e 2 del medesimo articolo.

Ebbene, sul tema è intervenuta di recente una pronuncia giurisprudenziale (TAR Lombardia Brescia, sez. II 26 febbraio 2018 n. 218), la quale,

---

<sup>1</sup> In corso di pubblicazione sulla rivista Appalti & Contratti.

richiamando un precedente di analogo tenore<sup>2</sup>, ha precisato che i predetti Comunicati del Presidente dell'ANAC non hanno efficacia precettiva, in quanto rientranti nel *“novero di quegli atti, atipici e non vincolanti, con i quali l'Autorità si limita ad esprimere, in funzione collaborativa e di supporto alle stazioni appaltanti, il proprio orientamento in ordine all'applicazione ed interpretazione della normativa di settore”*<sup>3</sup>.

Sulla scorta di tale premessa, i giudici lombardi sono poi entrati nel merito dell'articolo 80, osservando che l'elencazione dei soggetti ivi riportata *“non è tassativa e contiene comunque il riferimento a categorie di soggetti non predefiniti”*, la cui individuazione *“nel complesso panorama delle possibili figure rilevanti nell'amministrazione delle imprese deve essere guidata dalla ratio della norma”* che è quella di *“evitare che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale”*<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> TAR Lazio, sezione II, 4 agosto 2017 n. 9195 e TAR Umbria, 20 luglio 2017, n. 428.

<sup>3</sup> Il TAR osserva, altresì, che *“se infatti le linee guida si distinguono in vincolanti (vedi ad es. art. 31 comma 5, D.lgs. 50/2016) e non vincolanti e quest'ultime, invero molto più frequenti, sarebbero assimilabili – secondo una tesi – alla categoria di stampo internazionalistico della c.d. “soft law”(Consiglio di Stato parere n. 1767 del 2 agosto 2016) oppure – seconda altra opzione – alle circolari intersoggettive interpretative con rilevanza esterna, operando il Codice appalti un rinvio formale alle linee guida (es. art. 36 comma 7, D.lgs. 50/2016), la non vincolatività del Comunicato del Presidente dell'ANAC è incontestata (cfr. sul punto la sentenza TAR Lazio, Roma, n. 9195/2017 e la sentenza del TAR Umbria, 428/2017)”*.

<sup>4</sup> Il TAR bresciano, con la sentenza in parola, ha quindi affermato che la dichiarazione deve provenire anche dai procuratori speciali, se essi hanno, in realtà, poteri incisivi di particolare ampiezza nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali e, dunque, sulla governance. Nella fattispecie in esame, la dichiarazione era stata omessa da un vicepresidente, dotato di rappresentanza e di poteri analoghi a quelli del Presidente, e da un revisore legale e cioè da due figure che – a detta del TAR - risultano entrambe riconducibili alla definizione della categoria così come rinvenibile, oltre che nel codice, anche nell'art. 45 della Direttiva U.E. 2014/24, che riconduce l'obbligo dichiarativo a *“qualsiasi persona”* che *“eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo”* dell'impresa, mirando, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura. In tale ottica – prosegue la sentenza – *“era dunque, senz'altro tenuto alla dichiarazione il Vicepresidente della società, in quanto dotato di ampi poteri di rappresentanza, ma anche il Revisore legale e cioè quel soggetto che, in attuazione del d. lgs. 39/2010 ha sostituito il collegio sindacale e può essere un libero professionista o una società di revisione, avente la funzione di esprimere il giudizio sul bilancio dell'impresa e di controllare la regolare tenuta della contabilità e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili”*. Trattasi, dunque, *“della figura il cui compito è quello di garantire la serietà dell'impresa dal punto di vista contabile e per questa ragione deve ritenersi rilevante, per l'amministrazione contraente, che esso sia un soggetto affidabile e dall'ineccepibile condotta, immune da condanne che possano revocare in dubbio tali qualità. Ne deriva che correttamente la stazione appaltante ha ritenuto che l'omessa dichiarazione della presenza, nella compagine societaria, di tali due figure, integrasse una violazione dell'obbligo di dichiarazione implicante l'effetto caducatorio dall'aggiudicazione”*.

Trattasi indubbiamente di una posizione che scardina le (poche) certezze maturate sul tema, determinando un margine di interpretabilità della norma che non aiuta certo gli operatori ad assumere valutazioni serene e scevre da fondati rischi di ricorso.

In buona sostanza, se l'elencazione dei soggetti contenuta all'articolo 80 deve ritenersi non tassativa e se i chiarimenti forniti dall'ANAC possono considerarsi sostanzialmente "trascurabili", l'individuazione dei soggetti nei confronti dei quali rilevano le cause di esclusione di ai commi 1 e 2 di detto articolo, diviene oggetto di una valutazione da compiersi caso per caso, con ogni conseguente rischio di disomogeneità di comportamenti da parte delle stazioni appaltanti e di aumento delle possibilità di ricorso da parte degli operatori economici interessati.

Peraltro, la richiamata posizione giurisprudenziale si inserisce in una di scia di recenti pronunce che avevano già contribuito a determinare una situazione di incertezza sulla materia.

Ci si riferisce ad alcuni arresti giurisprudenziali intervenuti sulla questione del "socio unico e socio di maggioranza" da sottoporre a verifica ex articolo 80, i quali avevano superato le interpretazioni fornite sul tema dall'ANAC e dalla giurisprudenza.

In particolare, secondo il Consiglio di Stato (Consiglio di Stato Sezione V, 8 giugno 2017 n. 3178) *"non è ragionevole ed anche priva di razionale giustificazioni la limitazione della verifica sui reati ex art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006"* – che, come già detto, oggi è confluito nel richiamato articolo 80 del "nuovo" Codice - solo con riguardo al socio unico persona fisica o al socio di maggioranza persona fisica per le società con meno di quattro soci, atteso che *"la garanzia di moralità del concorrente che partecipa a un appalto pubblico non può limitarsi al socio persona fisica, ma deve interessare anche il socio persona giuridica per il quale il controllo ha più ragione di essere, trattandosi di società collegate in cui potrebbero annidarsi fenomeni di irregolarità elusive degli obiettivi di trasparenza perseguiti"*.

Osservano, quindi i giudici di Palazzo Spada, che lo spirito del Codice dei contratti pubblici è improntato ad assicurare legalità e trasparenza nei procedimenti degli appalti pubblici e, pertanto, *"occorre garantire l'integrità"*

*morale del concorrente sia se persona fisica che persona giuridica*"; diversamente, verrebbe violato il principio della par condicio dei concorrenti.

Sulla scorta di siffatto assunto, il Consiglio di Stato addiviene, quindi, alla conclusione circa la necessità di verificare l'assenza di sentenze rilevanti, ai fini dell'esclusione di un concorrente dalla partecipazione agli appalti pubblici, anche nei confronti dei soci (unici o di maggioranza con meno di quattro soci) persone giuridiche.

La posizione desta perplessità, atteso che la previsione in commento, quantomeno in relazione al socio di maggioranza, appare chiara nel limitare la verifica al solo socio "persona fisica"<sup>5</sup>.

Non solo, ma a questo punto sorge l'interrogativo di comprendere fino a quale livello sia necessario procedere con la verifica del possesso dei requisiti in capo ad una persona giuridica.

In altre parole, nel caso in cui un socio persona giuridica da sottoporre a verifica abbia a propria volta un socio (unico o di maggioranza con meno di quattro soci) persona giuridica, si pone la questione se anche quest'ultimo debba o meno essere verificato.

E così via, in relazione a tutti gli eventuali ulteriori livelli.

E' evidente che l'applicazione rigorosa del principio dettato dal Consiglio di Stato imporrebbe di verificare ciascun livello, proprio allo scopo di evitare i paventati *"fenomeni di irregolarità elusive degli obiettivi di trasparenza perseguiti"*.

Peraltro, in ragione del dettato dell'articolo 80 – che, come già detto, ha ampliato il novero dei soggetti da sottoporre a verifica, rispetto all'articolo 38 del D.lgs. n. 163/2006 – le verifiche non potrebbero limitarsi, come evidenziato dal Consiglio di Stato, ai soggetti muniti di "poteri di rappresentanza e direzione tecnica", ma andrebbero necessariamente estese a tutte le altre figure ivi indicate, con ogni intuibile conseguenza a livello di appesantimento procedurale.

---

<sup>5</sup> La genesi stessa della norma contrasta con l'opzione ermeneutica del Consiglio di Stato, atteso che l'espressione "socio unico" contenuta nel D.L. n. 70/2011 era stata poi precisata in sede di conversione specificando che trattavasi di *"socio unico persona fisica"* (L. n. 106/2011).

Per completezza è utile rimarcare che la posizione del Consiglio di Stato ha trovato sponda anche nella giurisprudenza di merito<sup>6</sup>, riferita in questo caso all'articolo 80 del D.lgs. n. 50/2016.

Tale giurisprudenza, nell'affermare il medesimo principio espresso dal Consiglio di Stato, ha sottolineato che la posizione di che trattasi si appalesa, peraltro, l'unica esegesi compatibile con il diritto comunitario ed, in particolare, con l'art. 57, comma 1, della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 24 del 26 febbraio 2014, secondo cui *“l'obbligo di escludere un operatore economico si applica anche nel caso in cui la persona condannata definitivamente è un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale operatore economico o è una persona ivi avente poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo”*.

Pertanto, si legge nella pronuncia, il diritto comunitario non soltanto non osta alla verifica della sussistenza dei requisiti morali in capo alle persone giuridiche e non solo alle persone fisiche, *“ma, anzi, impone di effettuare il controllo nei confronti di ogni soggetto che, nella sostanza, eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente, quanto alla dimostrazione dei requisiti di moralità e della carenza di pregiudizi penali”*<sup>7</sup>. Alla luce del riportato quadro giurisprudenziale, è lecito concludere che si sta andando verso un sistema di controlli dei requisiti ex articolo 80 ampio e privo di una precisa delimitazione che, seppur, sotto il profilo sostanziale, potrebbe risultare condivisibile, determina indubbiamente margini di incertezza su un tema che, notoriamente, costituisce la maggiore fonte di alimentazione del contenzioso in materia di gare.

---

<sup>6</sup> TAR Lazio, sez. I bis, 25 maggio 2017, n. 6258.

<sup>7</sup> Nella specie, la carenza della dichiarazione con riferimento al socio unico di maggioranza persona giuridica aveva determinato l'avvio del procedimento di “soccorso istruttorio” e, in conseguenza della mancata integrazione documentale, l'esclusione del ricorrente.

Osserva il TAR che *“a fronte del chiaro dato testuale della lex specialis di gara, non può neanche giovare al ricorrente la diversa interpretazione - resa nella più risalente Determinazione A.V.C.P. n. 1 del 16 maggio 2012 in relazione al previgente art. 38, comma 1, lett. b), del D. Lgs. 163/2006 - tendente a circoscrivere l'accertamento della sussistenza della causa di esclusione, esclusivamente al socio persona fisica anche nell'ipotesi di società con meno di quattro soci”*.

Peraltro – prosegue la sentenza – *“una siffatta linea argomentativa trovava una qualche rispondenza nella circostanza che la legge di conversione della novella (l. 106/2011), introdotta sul D. L.gs. n. 163 del 2006, aveva espressamente emendato l'originaria formulazione del d.l. 70/2011, chiarendo il riferimento alla sola “persona fisica” quanto al socio unico. Tuttavia, nell'attuale mutato quadro normativo, al contrario, l'espressione “socio di maggioranza” depone per l'opzione ermeneutica che la rende riferibile sia alla persona fisica che alla persona giuridica, per tutte le evidenziate ragioni”*.