

**Le verifiche sul socio persona giuridica:
problema risolto? Anche no...**

di Massimo Gentile¹

Il Consiglio di Stato è tornato ad affrontare la questione concernente la rilevanza o meno delle cause di esclusione ex articolo 80, a carico del “socio unico persona giuridica” e degli eventuali correlati obblighi dichiarativi in capo a quest’ultimo. Prima di entrare nel merito della pronuncia vale la pena operare un sintetico riassunto dei termini della questione.

Tutto nasce (tanto per cambiare...) da una non particolarmente felice formulazione di una previsione di legge e, nello specifico, di quella contenuta all’articolo 80, comma 3, del D.lgs. n. 50/2016 – e prima all’articolo 38, comma 1, lett. b) e c) del D.lgs. n. 163/2006 - laddove è precisato che “l’esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi”, tra gli altri, nei confronti del “socio unico persona fisica”.

Qualche anno fa, il Consiglio di Stato, con due, invero sorprendenti, pronunce della sezione V (23 giugno 2016, n. 2813 e 30 giugno 2017, n. 3178), aveva affermato che “non è ragionevole ed anche priva di razionale giustificazione la limitazione della verifica sui reati ex art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 solo con riguardo al socio unico persona fisica”, 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”.

Secondo la posizione assunta in quel momento dai giudici di Palazzo Spada, la necessità di garantire “l’integrità morale del concorrente sia se persona fisica che persona giuridica” si pone in linea con lo spirito del Codice dei contratti pubblici improntato ad assicurare legalità e trasparenza nei procedimenti degli appalti pubblici.

¹ In corso di pubblicazione su www.appaltiecontratti.it.

Diversamente, “*verrebbe violato il principio della par condicio dei concorrenti in quanto una società concorrente con socio unico o socio di maggioranza che sia persona fisica sarebbe soggetto alla dichiarazione e non invece un concorrente che sia persona giuridica*”.

Poche settimane dopo, la sezione III del medesimo Consiglio di Stato (sentenza 21 luglio 2017, n. 3619), esprimeva un’opinione di segno radicalmente opposto, affermando di concordare - “*nonostante una recente contraria, ma isolata, pronuncia di questo Consiglio di Stato*” (per l’appunto la menzionata sentenza della sez. V, 30 giugno 2017, n. 3178) – con quella giurisprudenza secondo la quale, in considerazione della “*rigorosa e tassativa*” previsione di legge, non è possibile equiparare “*la posizione del socio unico persona fisica a quella del legale rappresentante di socio unico persona giuridica (Consiglio di Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4372)*”.

Qualche anno dopo, la sezione V, con un vero e proprio *revirement*, aderiva alla posizione interpretativa espressa dalla sezione III, condividendo sulla inapplicabilità delle cause di esclusione di cui all’articolo 80, ai commi 1 e 2, al socio unico persona giuridica (Cons. Stato, V, 20 novembre 2019, n. 7922).

Posizione successivamente confermata dalla medesima sezione, con la precisazione che il socio unico persona giuridica non è obbligato a rendere alcuna dichiarazione neppure ai fini di cui al comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 ritenendo che la presenza di eventuali “*gravi illeciti professionali*” possa assumere rilevanza ai fini dell’esclusione dalla gara “*solamente quando gli stessi siano riferiti direttamente all’operatore economico o ai soggetti individuati dall’art. 80, comma 3, del medesimo decreto*” (così testualmente Consiglio di Stato, sez. V, 2 ottobre 2020 n. 5782 che richiama il precedente della medesima sezione 8 aprile 2019, n. 2279).

In questo contesto è intervenuta la recentissima pronuncia, sempre della sezione V del Consiglio di Stato (sentenza 7 settembre 2022 n. 7795) che chiude (momentaneamente) la *querelle*.

Si legge nella sentenza che è “*orientamento consolidato*”, dal quale il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi, quello per cui la disposizione dell’art. 80, comma 3, d. lgs. n. 50/2016 non è riferita o riferibile al socio unico persona giuridica. Sebbene, infatti, “*parte della giurisprudenza, nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, avesse ritenuto di estendere l’obbligo dichiarativo al socio di maggioranza*

persona giuridica della società offerente (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; Id., sez. V, 23 giugno 2016, n. 2813), per il *“socio unico (tranne che nell’isolato precedente di Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2017, n. 3178) era prevalente l’orientamento che limitava l’obbligo dichiarativo al socio unico persona fisica (sin da Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4372, cui adde Consiglio di Stato, sez. III, 21 luglio 2017, n. 3619)”*.

Ciò, *“in coerenza con il principio di tassatività delle cause di esclusione”* e con *“l’inequivoca portata della disposizione dell’art. 80”*.

Nella sentenza è, altresì, confermato che nei confronti del socio unico persona giuridica non rileva nemmeno *“la presenza di eventuali gravi illeciti professionali”*, con conseguente insussistenza di qualsivoglia obbligo dichiarativo in capo allo stesso.

Il venire meno di una problematica interpretativa è sempre una buona notizia.

Tuttavia, pur senza voler fare i cavillosi, qualche dubbio di fondo permane.

Ci si chiede, in particolare, se abbia ancora senso mantenere il distinguo tra socio *“unico”* persona giuridica e socio *“di maggioranza”* persona giuridica.

Difatti, la posizione di quest’ultimo – secondo prevalente giurisprudenza - in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, rileva ai fini delle cause di esclusione di cui all’articolo 80 del Codice.

Tuttavia, non è agevolmente rinvenibile la ragione per la quale la posizione del socio *“unico”* persona giuridica sia meno rilevante di quella del socio *“di maggioranza”* persona giuridica, rivestendo il primo un ruolo decisionale e gestionale sulla società di carattere esclusivo e perciò sensibilmente più penetrante rispetto a quello del socio di maggioranza.

E’ evidente che, come peraltro da tempo sollecitato anche dall’ANAC (cfr. Atto di segnalazione n. 5 del 12 dicembre 2018), la questione meriti un intervento del legislatore che, valutando nel complesso il problema, lo risolva compiutamente. Anche se spesso non sono i problemi a preoccupare, ma proprio le soluzioni ...