

# Il Codice dei contratti pubblici ad un anno dalla Riforma

4 - 6 marzo 2024. Consiglio di Stato, Palazzo Spada - Roma

## Le cause di esclusione automatiche e non automatiche degli operatori economici

*Francesco Fichera, Referendario TAR Sicilia - Sezione staccata di Catania*

*1. Il principio di tassatività delle clausole di esclusione nel nuovo Codice dei contratti pubblici. 2. Le cause di esclusione automatiche e non automatiche nel nuovo Codice. 3. Le principali novità in materia di cause di esclusione automatiche. 3.1. Le cause di esclusione di cui agli artt. 94, commi 1 e 2: il rilievo del controllo giudiziario. 3.2. L'estensione soggettiva delle cause di esclusione automatiche. 4. Le principali novità in materia di cause di esclusione non automatiche. 4.1. Il conflitto di interessi non altrimenti risolvibile. 4.2. L'esclusione per grave illecito professionale. 4.2.1. Le sanzioni esecutive delle Autorità indipendenti. 4.2.2. Le informazioni false o fuorvianti. 4.2.3. Le significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto. 4.2.4. Le altre fattispecie di grave illecito professionale. 4.2.5. La valutazione del grave illecito professionale da parte della stazione appaltante. 5. La disciplina dell'esclusione. 6. La "discrezionalità giudiziaria" in materia di cause di esclusione. Le prime applicazioni della giurisprudenza e il peso dei principi del nuovo Codice.*

### **1. Il principio di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo Codice dei contratti pubblici**

La giurisprudenza amministrativa sviluppatasi negli anni che hanno preceduto l'introduzione del d.lgs. 36 del 2023 (nuovo Codice dei contratti pubblici) affermava il principio secondo cui i requisiti che gli operatori economici dovessero possedere a pena di esclusione fossero non soltanto quelli di ordine generale previsti dall'art. 80 del d.lgs. 50 del 2016, ma anche quelli speciali previsti dalle stazioni appaltanti. Tali requisiti, come già affermato anteriormente dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2015, dovevano risultare presenti in capo al concorrente alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda e dovevano anche permanere per tutta la durata della procedura, ossia fino all'aggiudicazione e alla stipula del contratto nonché per tutti il periodo dell'esecuzione dello stesso.

Tale impostazione era peraltro coerente con quanto statuito dalla Corte di Giustizia UE, la quale - con sentenza del 16 dicembre 2008 (causa C-213/07) -, pur ribadendo la tendenziale tassatività delle cause di esclusione previste dal diritto europeo in tema di ordine morale o di sicurezza pubblica, precisava che non fosse impedito a ciascuno Stato membro di prevedere altre misure restrittive per garantire la trasparenza delle procedure, sempre che queste fossero compatibili con il principio di proporzionalità.

L'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50 del 2016, con il manifesto obiettivo di porre un argine alla "deriva escludente" cui avrebbero potuto esporsi le stazioni appaltanti con il proliferare di requisiti speciali non previsti direttamente dalla legge, stabiliva (in continuità con quanto già previsto dall'art. 46,

comma 1 bis del previgente d.lgs. 163 del 2006, introdotto dall'art. 4, co. 2, del d.l. n. 70 del 2011) che *“i bandi e lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*. Veniva così affermato il principio di tassatività delle cause di esclusione, riconoscendosi alle amministrazioni aggiudicatrici la *“sola”* facoltà di prevedere cause escludenti previste, oltre che nel Codice, in *“altre disposizioni di legge vigenti”*.

Chiamata ad esprimersi sulla portata intertemporale di tale principio, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014 ne evidenziava l'inidoneità a spiegare effetti retroattivi, chiarendo, altresì, che il principio di tassatività non circoscrive l'estromissione dalla gara ai casi di espressa comminatoria dell'esclusione, esigendo, piuttosto, che la medesima sia riservata alla violazione di *“adempimenti doverosi”* o *“norme di divieto”* fissate in via legislativa.

A distanza di alcuni anni, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22 del 2020 ha affermato che - in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, affermato dallo stesso art. 83, comma 8, del Codice del 2016 - *“la discrezionalità, comunque non illimitata né insindacabile, della pubblica amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione, integranti speciali requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnica che siano coerenti e proporzionati all'appalto, è potere ben diverso dalla facoltà, non ammessa dalla legge, di imporre adempimenti che in modo generalizzato ostacolano la partecipazione alla gara”*.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione è stato affermato anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici, il cui articolo 10 stabilisce che *“I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice”* (comma 1) e che *“Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte”* (comma 2).

Come precisato nella Relazione di accompagnamento, la nuova cristallizzazione del principio della tassatività delle cause di esclusione ha un duplice risvolto. Da un lato, in termini programmatici, esprime la preferenza a riordinare e codificare in un unico testo legislativo (il nuovo Codice, appunto) tutti i motivi di esclusione, pur nella consapevolezza che *“il legislatore in futuro possa giustapporre in ogni momento norme speciali e asistematiche alla disciplina codicistica”*; dall'altro, e questa volta con valenza precettiva, pone il divieto espresso di introdurre cause di esclusione con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando di gara.

È di tutta evidenza che, rispetto alla formulazione utilizzata nel Codice del 2016 - ove le cause di esclusione erano quelle *“previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti”* -, secondo il nuovo Codice le cause di esclusione possono essere soltanto quelle *“espressamente definite dal codice”*. Sebbene la delimitazione solo codicistica di tali cause sia un *“dichiarato”* obiettivo programmatico, non può tacersi che il mancato richiamo alle *“altre disposizioni di legge vigenti”* dia ulteriore forza al principio, favorendone - anche in termini interpretativi - un'applicazione ancor più rigorosa rispetto al passato.

Dal tenore letterale della norma emerge, in particolare, che:

a) la nullità, quale conseguenza della violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, colpisce le sole clausole con le quali la stazione appaltante impone ai concorrenti determinati

adempimenti o prescrizioni - ai fini della ammissione alla procedura di gara - che non trovano alcuna base giuridica nelle norme del solo Codice che prevedono cause di esclusione;

b) la sanzione della nullità viene riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici, rispetto alle quali si dovrà fare applicazione dei principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell'art. 1419, comma 2, c.c.;

c) la nullità della clausola rende illegittimi gli atti applicativi adottati autoritativamente dall'amministrazione appaltante che promanano da essa, i quali diventano pertanto annullabili secondo le regole ordinarie, con conseguenziale obbligo per la commissione di gara di disapplicarla.

I precipitati processuali di tale impostazione sono i seguenti:

a) le clausole escludenti *contra legem* si devono intendere come "non apposte" a tutti gli effetti di legge, non trovando applicazione la disciplina dei termini processuali prevista in materia di nullità dall'art. 31 c.p.a.;

b) i successivi atti del procedimento che si basano su tali clausole nulle, inclusi quelli di esclusione e di aggiudicazione, conservano il loro carattere autoritativo e, quindi, sono soggetti al termine di impugnazione previsto dall'art. 120 del c.p.a..

La dottrina e la giurisprudenza, tuttavia, cominciano a interrogarsi sulla rigidità del perimetro definito dalla norma, e, in particolare, sulla possibilità di considerare quali cause di esclusione "tassative" le sole cause sancite previste dagli articoli 94 e 95 dello stesso Codice - come sembrerebbe emergere dal dato letterale - o, piuttosto, anche quelle che, pur non prevedendo espressamente, quale conseguenza, l'esclusione dalla gara, impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto, in maggiore coerenza con l'indirizzo pretorio degli ultimi anni.

Anche sotto tale profilo può aiutare l'interprete il testo della Relazione di accompagnamento, ove si afferma che "*ove venga in rilievo, infatti, un precetto previsto da una norma imperativa che impone un determinato onere ai partecipanti alla gara, la sua violazione non può che determinare l'esclusione...*", in quanto la stessa ha "*...la funzione fondamentale di soddisfare l'interesse pubblico a che le prestazioni siano rese da soggetti adeguatamente qualificati*".

Se da un lato il legislatore del nuovo Codice enuncia il principio di tassatività delle clausole di esclusione, dall'altro, al comma 3 del predetto articolo 10 attribuisce alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti il potere procedere alla c.d. eterointegrazione del bando di gara, introducendo "*requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese*".

Sebbene, quindi, le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la discrezionalità di integrare i bandi di gara introducendo "requisiti speciali" che siano attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, dal combinato disposto dei commi 2 e 3 sembra debba farsi discendere che la sanzione dell'esclusione potrà avvenire solo in caso di violazione di disposizioni imperative del codice dei contratti, pur se non espressamente richiamate nel bando; il meccanismo di eterointegrazione della

documentazione di gara, pertanto, può condurre all'esclusione dell'operatore solo ove la norma violata abbia natura imperativa, anche tenendo conto del fatto che l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza.

Vi è però un'importante differenza: la violazione dell'art. 10, comma 3 non determina la medesima sanzione di nullità prevista espressamente, invece, per il comma 2. La disposizione deve infatti essere coordinata all'art. 100, comma 12, del Codice, il quale stabilisce che *“salvo quanto previsto dall'art. 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dai commi precedenti dal presente articolo”*.

La violazione di questa disposizione – e, dunque, la richiesta da parte delle stazioni appaltanti di requisiti speciali diversi da quelli espressamente elencati dal citato art. 100 – non è sanzionata a pena di nullità, come invece viene espressamente previsto dall'art. 10, comma 2, limitatamente alle clausole che istituiscono cause ulteriori di esclusione ulteriori e diverse da quelle previste ai successivi artt. 94 e 95.

Può quindi sostenersi che l'art. 10, comma 2 del nuovo Codice introduca una disciplina speciale e, in quanto tale, non suscettibile di interpretazione analogica. Ciò anche in considerazione di quanto disposto dall'art. 21 septies della L. 241/1990 e del principio, ivi enunciato, per cui i provvedimenti amministrativi sono nulli solo nei casi ivi espressamente elencati; ossia quando sono privi degli elementi essenziali, sono viziati da difetto assoluto di attribuzione, sono stati adottati in violazione o elusione del giudicato, nonché – ed è questo il caso previsto dall'art. 10, comma 2 del nuovo Codice – negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

Da quanto sopra consegue, pertanto, che ove siano previsti requisiti speciali di partecipazione diversi da quelli elencati dall'articolo 100, la relativa clausola non sarà nulla (in quanto tale sanzione opera solo ai sensi dell'art. 10, co. 2), ma si darà luogo a una illegittimità (parziale) del bando, che deve essere contestata entro il termine decadenziale di trenta giorni decorrente dalla sua pubblicazione ai sensi degli artt. 84 e 85 del Codice. Tanto in applicazione della regola per cui l'obbligo di impugnazione immediata sussiste solo per le clausole escludenti che determinano la radicale impossibilità di prendere parte alla procedura concorsuale.

## **2. Le cause di esclusione automatiche e non automatiche nel nuovo Codice**

Le cause di esclusione automatiche e non automatiche degli operatori economici sono disciplinate dagli artt. 94 e 95 del nuovo Codice.

Con una terminologia più esplicita rispetto a quanto previsto dal precedente Codice del 2016, il legislatore ha inteso differenziare in modo espresso le cause di esclusione al ricorrere delle quali non sussiste alcun margine valutativo in capo alla appaltante (art. 94) da quelle la cui rilevanza concreta sull'affidabilità dell'operatore economico viene invece sopposta alla sua valutazione discrezionale (art. 95).

Non si tratta di una novità dirompente, ma di una “ratifica” normativa di un lessico già utilizzato dalla giurisprudenza sviluppatasi prima dell'entrata in vigore del nuovo testo codicistico.

Deve tuttavia evidenziarsi che tale netta distinzione non figura nel diritto unionale di riferimento, che, oltre a non enucleare espressamente cause di esclusione obbligatoria e facoltativa, prevede

che anche al verificarsi delle cause di esclusione obbligatoria sia consentito all'operatore economico di fornire prova di aver adottato misure correttive (c.d. di *self-cleaning*) sufficienti a riacquisire propria affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Le direttive UE in materia di appalti, infatti, non impongono alcun automatismo espulsivo, consentendo agli operatori, anche in presenza di motivi di esclusione obbligatoria, di fornire alle stazioni appaltanti la prova di aver riacquisito il possesso dei requisiti di ordine morale con l'adozione di misure di *self-cleaning* e obbligando, per altro verso, le amministrazioni aggiudicatrici a valutare le misure correttive intraprese dall'operatore economico.

A tale possibilità di far operare il *self-cleaning* anche a fronte di cause di esclusione automatica non si sottrae, del resto, anche il legislatore italiano, che all'art. 96 ne disciplina il procedimento anche con riguardo alle cause di esclusione automatiche di cui all'art. 94.

Da ciò discende che la bipartizione delle cause di esclusione nelle due sopra menzionate categorie debba essere intesa "in senso relativo" e "non assoluto", in quanto la persistenza della cause di esclusione automatiche deve esser obbligatoriamente apprezzata, in termini di rilevanza a fini escludenti, dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'esercizio del proprio potere discrezionale ogni qual volta l'operatore economico si avvalga del diritto al c.d. *self-cleaning*.

La nuova denominazione nasce dall'esigenza di superare gli equivoci sorti a seguito del ricorso all'espressione "cause di esclusione facoltativa", da cui era sorto il convincimento che la stazione appaltante potesse decidere di non disporre l'esclusione dell'operatore economico in presenza di un motivo di esclusione rientrante tra quelli "facoltativi".

Il legislatore del 2016, nel recepimento dell'art. 57 della direttiva n. 2014/24, aveva in realtà correttamente tenuto conto dell'espressione ivi utilizzata, secondo cui "*gli Stati membri possono esigere che le amministrazioni aggiudicatrici escludano*" (cfr. la disposizione di cui al comma 6 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016).

Con la nuova dicotomia tra cause di esclusione "automatiche" e "non automatiche", il nuovo Codice vuole in definitiva evidenziare – come afferma la stessa Relazione di accompagnamento – che il "potere" demandato alla stazione appaltante non riposa in una volizione, ma in un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata. È stato pertanto considerato che l'aggettivo "non automatiche" (peraltro a più riprese utilizzato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale: cfr. Consiglio di Stato Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 9) meglio rendesse detto concetto, al contempo tracciando un confine chiaro rispetto alle cause di esclusione "automatica" annoverate nell'art. 94 (laddove nessun margine di apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante, che deve limitarsi a riscontrarne la sussistenza).

### **3. Le principali novità in materia di cause di esclusione automatiche**

#### **3.1. Le cause di esclusione di cui agli artt. 94, commi 1 e 2: il rilievo del controllo giudiziario**

L'art. 94, comma 1 del d.lgs. 36/2023 elenca una serie di reati il cui accertamento con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile costituisce causa di esclusione dell'operatore economico.

L'elenco dei reati è tassativo e comprende:

- a) delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 416, 416bis del codice penale oppure delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416bis oppure al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'art. 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, dall'art. 291quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'art. 452quaterdieces del codice penale, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'art. 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 24 ottobre 2008;
- b) delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 317, 318, 319, 319ter, 319quater, 320, 321, 322, 322bis, 346bis, 353, 353bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'art. 2635 del codice civile;
- c) false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 del codice civile;
- d) frode ai sensi dell'art. 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995;
- e) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;
- f) delitti di cui agli artt. 648bis, 648ter e 648ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'art. 1 del d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109;
- g) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24;
- h) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Rispetto a quanto previsto dall'art. 80, comma 1, del d.lgs. 50/2016 - ove era stata riportata la medesima elencazione di reati - nel nuovo Codice tali illeciti rilevano a fini escludenti solo se accertati con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile. Si tratta di un'importante novità, anche tenuto conto che la previgente disciplina assegnava rilevanza anche alla sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale.

Il successivo comma 2 dell'art. 94:

- a) attribuisce rilievo escludente automatico anche alla sussistenza di ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al del d.lgs. 159/2011 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, del medesimo codice;
- b) mantiene fermo quanto previsto dagli artt. 88, comma 4bis e 92, commi 2 e 3 del d.lgs. 159/2011, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia;

- c) prevede che la causa di esclusione di cui all'art. 84, comma 4, del medesimo codice di cui al del d.lgs. 159/2011 non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34bis del medesimo codice; stabilisce inoltre che in nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato.

L'art. 94, comma 2 del nuovo Codice, quindi, da un lato attribuisce rilevanza al provvedimento di interdittiva antimafia, confermando che lo stesso costituisce motivo di esclusione dalle procedure di gara; dall'altro - e innovando rispetto al passato - stabilisce che l'ammissione al controllo giudiziario sterilizza la rilevanza a fini escludenti del provvedimento interdittivo, a condizione che l'impresa vi si stata ammessa prima dell'aggiudicazione (quindi, anche durante lo svolgimento della procedura di gara).

Con specifico riguardo al rilievo attribuito al provvedimento di interdittiva antimafia, il nuovo Codice, ponendosi in linea di continuità con l'orientamento della giurisprudenza formatasi sull'art. 80, comma 2 del d.lgs. 50/2016, richiede, ai fini dell'esclusione, la sola presenza di un provvedimento interdittivo efficace, senza che rilevi l'eventualità che lo stesso sia sottoposto a sindacato del giudice amministrativo.

È evidente, sotto tale profilo, l'intento di attribuire all'informazione interdittiva il ruolo di strumento di immediata difesa del mercato e della società a fronte del pericolo dell'infiltrazione mafiosa, privando l'amministrazione appaltante di ogni potere discrezionale in ordine alla valutazione del contenuto e del merito del provvedimento prefettizio (della cui eventuale illegittimità, che pur fosse successivamente dichiarata in un giudizio dopo la mancata aggiudicazione, potrebbe rispondere - anche per gli eventuali profili risarcitori - il solo organo statale, il Prefetto, responsabile di averla adottata).

Con riferimento, invece, alla rilevanza attribuita all'ammissione alla procedura di controllo giudiziario prevista dall'art. 34 bis del d.lgs. 159/2011, il nuovo Codice supera l'orientamento giurisprudenziale che, fino ad un recente passato, aveva negato che l'ammissione al controllo giudiziario intervenuta in corso di gara fosse utile a sanare la partecipazione dell'operatore economico.

La giurisprudenza si era infatti chiesta se l'ammissione al controllo giudiziario intervenuta nel corso della procedura di gara costituisse un mero rimedio utile a consentire all'impresa che ne beneficiava di partecipare alle procedure d'appalto successivamente indette, oppure se la stessa consentisse all'operatore economico di ripristinare la regolarità della propria partecipazione alla gara, intervenendo con effetto sanante retroattivo, tale da porre nel nulla la causa di esclusione derivata dall'essere stato, tale operatore, destinatario di una interdittiva antimafia emessa in fase di gara.

Secondo la giurisprudenza, in particolare, il decreto di ammissione alla procedura di controllo giudiziario non modificava il giudizio, in ordine alla sussistenza dei pericoli di infiltrazione mafiosa, già espresso in sede d'emissione dell'interdittiva antimafia, atteso che non costituisce un superamento dell'interdittiva, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza, con la conseguenza che il controllo giudiziario, seppur idoneo a sospendere temporaneamente gli effetti della misura interdittiva, non elimina gli effetti *medio tempore* prodotti dall'interdittiva stessa nei rapporti in corso; da ciò il convincimento che l'ammissione (o anche la sola richiesta di ammissione) al controllo

giudiziario delle attività economiche e dell'azienda di cui all'art. 34 bis, d.lgs. 159/2011 non avesse conseguenze sui provvedimenti di esclusione, i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara interamente considerata, di modo che non vi è possibilità di un ritorno indietro per via della predetta ammissione.

Con sentenza n. 2847 del 2022 il Consiglio di Stato aveva affermato, nello specifico, che ove la procedura fosse in corso di svolgimento l'operatore economico dovesse essere escluso dalla procedura di gara; qualora, invece, si fosse in fase di esecuzione del contratto l'attività (esecutiva), quest'ultima avrebbe potuto proseguire nel caso in cui l'operatore fosse stato ammesso al controllo giudiziario. Si riteneva, in particolare, che l'ultimo periodo dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 – ove è fatto salvo *“quanto previsto dall'articolo 34 – bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159”* – dovesse essere riferito alla sola fase esecutiva del rapporto.

Tale orientamento deve ritenersi superato con l'art. 94, comma 2 del nuovo Codice, infatti, il quale ha assegnato rilevanza al procedimento di cui all'art. 34 bis d.lgs. 159/2011 fino al momento dell'aggiudicazione e, in questo modo, ha allargato lo spettro temporale di rilevanza dell'ammissione al controllo giudiziario anche alle procedure rispetto alle quali sia preventivamente intervenuta l'informativa antimafia.

### **3.2. L'estensione soggettiva delle cause di esclusione automatiche**

L'ambito soggettivo di applicazione delle cause di esclusione previste dall'art. 94, commi 1 e 2 del Codice, come risultante dall'elenco dei soggetti di cui ai commi 3 e 4, coincide parzialmente con quello che connotava il previgente art. 80, comma 5 del d.lgs. 50/2016.

L'art. 94, comma 3, del nuovo Codice prevede che l'esclusione di cui ai precedenti 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 d.lgs. 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;
- h) dell'amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti.

Il comma 4, a sua volta, specifica che 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.

Va evidenziato che, a differenza del previgente art. 80, comma 3 del d.lgs. 50/2016, il quale stabiliva che l'esclusione e il divieto operassero anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (qualora l'impresa non dimostrasse completa

ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata), il nuovo Codice “sceglie” di non riproporre tale importante estensione del perimetro soggettivo delle cause di esclusione.

Alla base di tale scelta vi è senz’altro, da un lato, la volontà di ravvedersi dalla violazione del divieto di *gold plating* in cui era “caduto” il precedente legislatore, la cui fuga in avanti (o meglio, all’indietro, considerando che l’esclusione colpiva l’impresa anche se la causa escludente riguardasse un soggetto cessato dalla sua carica prima della pubblicazione del bando) non trovava adeguata copertura legislativa nella normativa europea di riferimento.

Dall’altro lato, a determinare tale importante novità sono state anche ragioni di carattere “pratico”. Non può trascurarsi, infatti, che l’applicazione della disposizione avesse creato un significativo contenzioso correlato alle modalità di identificazione dei soggetti interessati, e, in particolare, al ruolo della stazione appaltante, la quale, a fronte di una compiuta identificazione di questi ultimi, poteva procedere essa stessa alle opportune verifiche, anche attraverso il casellario giudiziale e altri archivi pubblici ai quali la stessa, a differenza del dichiarante, avrebbe potuto avere ad accesso.

La norma, inoltre, anche qui innovando rispetto al precedente testo codicistico, contiene un esplicito riferimento agli amministratori di fatto, prevedendo anche in tal caso l’esclusione dell’operatore economico ove le cause di esclusione di cui ai commi 1 e 2 abbiano interessato chi non sia formalmente investito dei poteri di rappresentanza dell’impresa. Trattasi in questo caso, per il vero, del recepimento legislativo di taluni principi già elaborati dalla giurisprudenza in costanza di applicazione della disciplina previgente, la quale aveva avuto modo di chiarire che:

- a) in taluni casi i poteri decisionali di particolare ampiezza attribuiti a determinati soggetti possano essere considerati omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori;
- b) deve evitarsi che l’amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza;
- c) il procuratore speciale titolare di poteri non limitati a specifici affari ma di rappresentanza e gestione di particolare ampiezza finisce spesso per connotarsi come amministratore di fatto ai sensi dell’art. 2639, comma 1, cod. civ. e, assumendo in tal modo anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti.

#### **4. Le principali novità in materia di cause di esclusione non automatiche**

L’art. 95 del nuovo Codice elenca le cause di esclusione non automatiche e dispone, al primo comma, che la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti:

- a) sussistere gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell’allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;

- b) che la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse di cui all'art. 16 non diversamente risolvibile;
- c) sussistere una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto che non possa essere risolta con misure meno intrusive;
- d) sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara;
- e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tra quelli elencati al successivo art. 98, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati.

Ai sensi del comma 2, la stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali.

#### **4.1. Il conflitto di interessi non altrimenti risolvibile**

Una delle più importanti cause di esclusione non automatiche prevista dal nuovo Codice è indubbiamente quella costituita dal verificarsi di una situazione di conflitto di interesse rilevante ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 36/2023 e non altrimenti risolvibile, già prevista dall'art. 80, comma 5, lett. d) del d.lgs. 50/2016.

Nel tracciare la disciplina del conflitto di interessi, l'art. 80, comma 5, lett. d) del d.lgs. 50/2016, rinviava al conflitto di interessi come disciplinato dall'art. 42, comma 2 dello stesso Codice, il quale a sua volta disponeva che:

- a) *“si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione”*; e
- b) *“in particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'art. 7 del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62”*.

L'art. 95, comma 1, lett. b) del Nuovo Codice, invece, rinvia al conflitto di interessi disciplinato dall'art. 16, che apporta alcune modifiche rispetto alla vecchia disciplina, prevedendo che:

- a) *si ha conflitto di interessi “quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di 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 nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione” (comma 1);*
- b) *“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" (comma 2).*

Entrambe le norme sono attuative:

- a) del 16° considerando della direttiva 2014/24 sui lavori pubblici, il quale prevede: *“Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avvalersi di tutti i possibili mezzi a loro disposizione ai sensi del diritto nazionale per prevenire le distorsioni derivanti da conflitti di interesse nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tra questi potrebbero rientrare le procedure per individuare, prevenire e porre rimedio a conflitti di interessi”*; e
- b) dell'art. 24, par. 2, della stessa direttiva secondo cui: *“Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto”*.

Dalla comparazione tra la disciplina contenuta nel Codice del 2016 e quella contenuta nel nuovo Codice emerge che quest'ultimo:

- a) specifica che il conflitto di interessi può riguardare qualsiasi soggetto, anche non formalmente lavoratore dipendente della stazione appaltante o dell'ente concedente, che interviene nella procedura di aggiudicazione e di esecuzione con compiti funzionali (che implicino esercizio della funzione amministrativa, con esclusioni di mansioni meramente materiale o d'ordine) e che, pertanto, sia in grado di influenzarne il risultato. Si tratta per il vero della codificazione di quanto già statuito dalla giurisprudenza pronunciata durante l'operatività del vecchio Codice del 2016, la quale aveva ritenuto applicabile la fattispecie del conflitto di interessi a tutte le situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale, ricomprendendo non solo il “dipendente” pubblico ma anche chi fosse chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, in quanto portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera privata tali da influenzare l'esercizio imparziale ed obiettivo delle proprie funzioni. L'art. 16 del d.lgs. 36/2023 ha quindi cristallizzato l'orientamento che aveva inteso in senso estensivo la nozione di conflitto di interessi rilevante ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara;
- b) non rinvia più all'art. 7 del D.P.R. 62/2013, recante Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, che sancisce l'obbligo dei dipendenti di astensione *“dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività, che possano coinvolgere un interesse proprio 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”* oppure *“in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza”*. La nuova norma, quindi, elimina il rinvio a fonti esterne al Codice;

- c) pone l'onere di provare la sussistenza del conflitto di interessi a carico di chi lo invoca, precisando che la prova deve essere fornita sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro. Si tratta di una novità rispetto alla formulazione dell'art. 42 del d.lgs. 50/2016, sebbene la giurisprudenza avesse già ritenuto che il conflitto d'interessi deve essere supportato da elementi concreti, specifici ed attuali, dai quali è possibile ricavare, anche solo in via presuntiva: a) l'esistenza di un interesse personale del funzionario e della ditta concorrente in gara; b) il ruolo che il primo rivestiva nella procedura di gara e che gli avrebbe potuto consentire di "intervenire" o di "influenzare" il risultato, per le informazioni privilegiate che egli aveva a disposizione e che avrebbe potuto trasferire all'impresa concorrente.

A seguito della modifica introdotta dall'art. 15 quater, comma 1, lett. a), del D.L. 29 settembre 2023, n. 132, convertito dalla L. 27 novembre 2023, n. 170 al comma 1, che ha soppresso le parole «concreta ed effettiva» contenute al comma 1 della originaria formulazione, l'art. 16 del nuovo Codice si presenta invece in linea con la giurisprudenza amministrativa formatasi durante la vigenza del d.lgs. 50/2016, la quale riteneva che il conflitto di interesse potesse dar logo a situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale, precisando tuttavia che, ai fini della configurazione di una situazione anche potenziale di conflitto di interessi erano comunque richieste verifiche in concreto e "prove specifiche", mentre non era sufficiente effettuare mere ipotesi congetturali.

#### **4.2. L'esclusione per grave illecito professionale**

Importanti novità sono state previste dal nuovo Codice con specifico riguardo alla causa di esclusione non automatica di cui all'art. 95, comma 1, lett. e), ossia la commissione da parte dell'offerente di un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, la quale deve essere dimostrata dalla stazione appaltante con mezzi adeguati.

Il regime giuridico introdotto dal nuovo Codice appare porsi, sul punto, in linea di discontinuità con quanto previsto in precedenza dal d.lgs. 50/2016.

L'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 prevedeva, in particolare, che l'esclusione dalla partecipazione alle procedure d'appalto potesse essere disposta qualora *"la stazione appaltante dimostr[asse] con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"*.

Il medesimo art. 80, comma 5, inoltre, alle lettere da c-bis) a c-quater) identificava alcune ipotesi tipiche di grave illecito professionale, riferite, in particolare:

- a) all'operatore economico che avesse tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure avesse fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero avesse omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;
- b) all'operatore economico che avesse dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato

la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili;

- c) all'operatore economico che avesse commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato.

L'elencazione di tali fattispecie non era, tuttavia, tassativa e la disposizione veniva interpretata dalla giurisprudenza nel senso di identificarvi un motivo esclusione di carattere aperto, in grado di comprendere tutti quei fatti riguardanti l'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, qualificabili come gravi illeciti professionali e quindi possibili oggetti della valutazione di incidenza sulla sua affidabilità professionale.

Da ciò discendeva, inevitabilmente, che il grave illecito professionale costituisce un concetto giuridico indeterminato, con ampia libertà dell'interprete, libero di ricorrere all'utilizzo di elementi o criteri extragiuridici.

Ulteriore conseguenza di tale impostazione era, dunque, che la disposizione assumesse il valore di norma di chiusura o residuale, in cui rientravano, per l'appunto, tutte le condotte ascrivibili all'operatore economico suscettibili di incidere sulla sua affidabilità professionale che le amministrazioni aggiudicatrici avevano il dovere di valutare.

Il carattere aperto del catalogo di illeciti professionali rilevanti trovava, tuttavia, un bilanciamento nell'esigenza di uno specifico apprezzamento della stazione appaltante circa il valore dei fatti, che doveva investire, in prima battuta, la qualifica di gravità dell'illecito professionale e, successivamente, la sua incidenza sull'affidabilità professionale dell'operatore economico. Il giudizio di inaffidabilità del concorrente, infatti, presupponeva che l'amministrazione desse adeguato conto di aver effettuato un'autonoma valutazione delle idonee fonti di prova e di aver considerato le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento di integrità morale e affidabilità professionale dell'operatore economico, come chiarito anche dal considerando 101 della direttiva 2014/24/UE (*"Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi [...]"*).

Tale impostazione risulta oggi superata dal nuovo Codice, il cui art. 98, cui fa rinvio il predetto art. 95, comma 1, lett. e):

- a) elenca, in modo tassativo, gli elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale, superando in tal modo la precedente concezione "aperta" dell'illecito;
- b) definisce, in modo ugualmente tassativo, i mezzi di prova che le amministrazioni aggiudicatrici devono utilizzare per dimostrarlo, identificando con precisione le idonee fonti di prova al ricorrere delle quali può essere giustificata l'esclusione dell'operatore economico che si sia macchiato di un grave illecito professionale.

Più specificatamente, l'art. 98, comma 3, dispone che l'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:

- a) sanzione esecutiva irrogata dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all’oggetto specifico dell’appalto;
- b) condotta dell’operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione;
- c) condotta dell’operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;
- d) condotta dell’operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori;
- e) condotta dell’operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all’art. 17 della L. 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa;
- f) omessa denuncia all’autorità giudiziaria da parte dell’operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell’art. 416bis.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall’art. 4, comma 1, della L. 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell’imputato per i reati di cui al primo periodo nell’anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all’ANAC, la quale ne cura la pubblicazione;
- g) contestata commissione da parte dell’operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell’art. 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo art. 94;
- h) contestata o accertata commissione, da parte dell’operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell’art. 94, di taluno dei seguenti reati consumati: 1) abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell’art. 348 del codice penale; 2) bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell’inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli artt. 216, 217, 218 e 220 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267; 3) i reati tributari ai sensi del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli artt. 2621 e ss. del codice civile o i delitti contro l’industria e il commercio di cui agli artt. da 513 a 517 del codice penale; 4) i reati urbanistici di cui all’art. 44, comma 1, lett. b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; 5) i reati previsti dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Trattasi - evidentemente - di una elencazione “chiusa”, senza possibilità di sconfinamenti o interpretazione analogiche.

#### **4.2.1. Le sanzioni esecutive delle Autorità indipendenti**

La causa di esclusione per grave illecito professionale elencata dall’art. 98, comma 3, lett. a) si verifica in presenza di una sanzione esecutiva irrogata dall’AGCM o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all’oggetto specifico dell’appalto.

Il riferimento espresso a tale illecito costituisce per il vero il recepimento dell'orientamento giurisprudenziale che - già con riferimento all'art. 80, comma 5 del d.lgs. 50/2016 e, ancor prima, all'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006 - aveva affermato che rientrava nell'ambito dei gravi illeciti professionali valutabili ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara anche la condotta costituente illecito anticoncorrenziale, accertata e sanzionata mediante il provvedimento dell'AGCM; e ciò a prescindere dal fatto che l'accertamento dell'illecito anticoncorrenziale fosse assistito da un previo vaglio giurisdizionale del provvedimento dell'Autorità.

A quest'ultimo proposito, già la Corte di giustizia dell'Unione europea (C.G.U.E., 4 giugno 2019, C-425/18, e 13 dicembre 2012, C-465/11) aveva precisato che l'accertamento di un tale errore professionale non richiedesse una sentenza passata in giudicato, sottolineando come la decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che avesse accertato la violazione delle norme in materia di concorrenza, poteva senz'altro costituire indizio dell'esistenza di un errore grave commesso da tale operatore.

A tali arresti si era uniformata la giurisprudenza nazionale, secondo cui la nozione di grave illecito professionale doveva essere intesa nel senso di comprendere qualsiasi comportamento scorretto che incidesse sulla affidabilità e integrità professionale dell'operatore economico, non occorrendo un ulteriore vaglio giurisdizionale della sanzione irrogata dall'Autorità di vigilanza di settore.

La natura non "sanzionatoria" dell'esclusione comminata dalla stazione appaltante in presenza di tale illecito aveva, peraltro, portato a escludere che potesse determinarsi un contrasto con l'art. 6 della CEDU, nonché con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con l'art. 27 della Costituzione, le quali presuppongono, appunto, la qualificazione in senso sanzionatorio del provvedimento di esclusione da una procedura di gara.

In linea di continuità con tale approccio, il nuovo Codice prevede quindi che la sanzione di un illecito antitrust può condurre all'esclusione dell'operatore economico in quanto sia stata accertata con un provvedimento esecutivo dell'AGCM. L'esistenza di un procedimento pendente dinanzi all'AGCM, preordinato ad accertare l'eventuale sussistenza di una violazione della normativa antitrust, invece, non è sufficiente per determinare l'esclusione.

Tra le sanzioni esecutive che possono rilevare "*in relazione all'oggetto dell'appalto*" sembrano rientrare anche quelle comminate da Autorità indipendenti quali l'Autorità di Regolazione dei Trasporti e l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente.

Lo specifico riferimento alla connessione con l'oggetto dell'appalto, peraltro, pone un importante "freno" alla portata escludente di tali sanzioni. Se, infatti, è sufficiente che si tratti di un provvedimento sanzionatorio "esecutivo", non rilevando la sua eventuale impugnazione in giudizio non seguita da una sospensione della sua efficacia disposta dall'autorità giudiziaria, dall'altro lato la stazione appaltante non potrà dare rilievo a sanzioni che esulino dall'oggetto dell'affidamento, in quanto, a titolo di esempio, riguardino una pratica commerciale scorretta nei confronti dei consumatori.

#### **4.2.2. Le informazioni false o fuorvianti**

La causa di esclusione previsto alla lett. b) dell'art. 98, comma 3, coincide solo in parte con quella che, in passato, era disciplinata dall'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del d.lgs. 50/2016. La nuova norma,

in particolare, non fa più riferimento alle dichiarazioni omesse (rilevanti in quanto abbiano inciso, in concreto, sulla correttezza del procedimento decisionale) e richiama solo le informazioni fuorvianti e propriamente false suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione. Non sembra possa escludersi, tuttavia, che le condotte omissive possano esser fatte rientrare nel (lato) concetto di "condotta", richiamato dal legislatore con riferimento alle ipotesi in cui l'operatore tenti di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante.

Non è richiesto, come già ritenuto dalla giurisprudenza sviluppatasi in costanza di applicazione del vecchio Codice, un intento fraudolento, reputandosi sufficiente anche la mera "negligenza" quale condotta rilevante secondo il generale principio di autoresponsabilità imperante nell'ambito delle procedure competitive, in ragione della logica conseguenza secondo cui dell'errore altrui può trarne vantaggio un altro operatore concorrente. Il richiamo al concetto di negligenza e, quindi, di "colpa", senza alcun riferimento alla sua graduazione, sembra attribuire alla stazione appaltante un margine discrezionale assai significativo, che può evidentemente condurla a disporre l'esclusione dalla gara di un operatore economico anche ove la presentazione di informazioni fuorvianti o false sia avvenuta per "colpa lieve".

La produzione di documentazione falsa, peraltro, è oggetto di due disposizioni che danno luogo a due diverse cause di esclusione: oltre a quella disciplinata dall'art. 98, comma 1, lett. b), vi è quella (che a differenza della prima costituisce causa di esclusione automatica) prevista dall'art. 94, comma 4, lett. e), che opera per *"l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti"*.

Il rapporto tra le due disposizioni è stato definito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2020, secondo cui:

- a) le due disposizioni hanno identità di oggetto, non rilevando che, in un caso, si parli di "informazioni false" e, nell'altro, di "documentazione non veritiera", poiché documenti e dichiarazioni sono comunque veicolo di informazioni che l'operatore è tenuto a dare alla stazione appaltante e che quest'ultima a sua volta deve discrezionalmente valutare per assumere le proprie determinazioni nella procedura di gara;
- b) ne segue una parziale sovrapposizione degli ambiti di applicazione, dovuta al fatto che entrambe fanno riferimento a "ipotesi di falso", la quale va risolta con il criterio di specialità (previsto dall'art. 15 delle preleggi) e dunque con prevalenza della disposizione di cui al vigente art. 98 del nuovo Codice sulla base dell'elemento specializzante costituito dal fatto che le informazioni false, al pari di quelle fuorvianti, sono *"suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione"* della stazione appaltante;
- c) rientrano nella fattispecie di cui all'art. 94, comma 4, lett. e) del nuovo Codice le ipotesi in cui la documentazione presentata in sede di gara sia falsa senza alcun margine di opinabilità e non sia finalizzata all'adozione di provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, valutazione delle offerte o aggiudicazione.

#### **4.2.3. Le significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto**

Il motivo di esclusione descritto alla lett. c) dell'art. 98, comma 3, corrisponde a quello un tempo previsto dalla lett. c-ter) dell'art. 80, comma 5 del vecchio Codice. Anche nel d.lgs. 36/2023, quindi, può essere escluso da una procedura di gara l'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione; a condizione, però, che ciò abbia dato luogo a risoluzione per inadempimento oppure alla condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale.

L'esclusione, pertanto, può essere disposta solo se l'operatore economico si sia reso responsabile di uno o più pregressi episodi di inadempimento che abbiano comportato le conseguenze indicate dalla disposizione normativa.

Le carenze nell'esecuzione possono riguardare rapporti intercorsi anche con altre amministrazioni, e non solo con la stessa stazione appaltante, non risultando da una lettura delle disposizioni codicistiche alcuna distinzione di tipo soggettivo in tal senso.

Nel perimetro di tale causa di esclusione dovrebbe farsi rientrare anche una precedente risoluzione consensuale intervenuta con altra stazione appaltante in fase di esecuzione di una procedura di gara, ove quest'ultima sia dipesa una condotta astrattamente idonea a far dubitare dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico in vista dell'affidamento dell'appalto. Lo scioglimento consensuale da un contratto può essere, quindi, l'effetto di una transazione in cui le parti ricorrano per comporre i loro dissidi, o di un accordo dovuto a un precedente inadempimento dell'appaltatore. In tal caso, quindi, l'apprezzamento che la stazione appaltante è chiamata a compiere riguarda il fatto storico per il quale si è giunti alla risoluzione consensuale in fase di esecuzione e non la tipologia di atto negoziale o provvedimento amministrativo che ne sia seguito.

La fattispecie di grave illecito professionale di cui all'art. 98, comma 1, lett. c) del Nuovo Codice può essere configurata anche in presenza di "sanzioni comparabili" al risarcimento del danno per inadempimento. Vi è da ritenere che tra quest'ultime possano farsi rientrare le penali per l'inadempimento nei confronti dell'operatore economico che si sia reso inadempiente, la cui incidenza e gravità deve essere valutata dalla stazione appaltante non rispetto ai soli contratti cui afferiscono, bensì in relazione al contesto globale nel quale l'operatore economico opera e, dunque, al volume d'affari complessivo realizzato e al numero totale di commesse gestite.

Anche in tale caso, sembra possa affermarsi il principio in base al quale è irrilevante che la risoluzione o l'atto ad essa equivalente sintomatico del grave inadempimento dell'operatore economico siano stati oggetto di una mera contestazione giudiziale (ove a quest'ultima non sia seguita l'adozione di un provvedimento cautelare in favore dell'operatore economico che ne abbia determinato la sospensione dell'efficacia).

In tal senso si è peraltro pronunciata la Corte di giustizia (C.G.U.E., 19 giugno 2019, C-41/18, Meca), la quale ha enunciato il seguente principio di diritto alla cui stregua dev'essere interpretato anche l'art. 98 del nuovo Codice: *"L'art. 57, par. 4, lett. c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua*

*esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce".*

#### **4.2.4. Le altre fattispecie di grave illecito professionale**

In continuità con il vecchio Codice, la lett. d) dell'art. 98, comma 3, prevede che la *"condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori"* può giustificare l'esclusione dell'operatore economico da una procedura di gara. A differenza del precedente Codice, tuttavia, non viene più richiesto che l'inadempimento sia riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato.

La fattispecie disciplinata dall'art. 98, comma 3, lett. e) del Nuovo Codice - consistente nella condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 17 della L. 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa - è stata invece introdotta assegnando rilevanza alle forme di controllo sulla composizione societaria dei soggetti aggiudicatari di appalti pubblici che l'ordinamento prevede allo scopo di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose nell'affidamento delle commesse pubbliche.

Il motivo di esclusione previsto alla lett. f) corrisponde a quello già disciplinato dall'art. 80, comma 5, lett. l) del d.lgs. 50/2016 e si concreta nell'omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 (concussione) e 629 (estorsione) del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione.

Il nuovo Codice, inoltre, recepisce l'orientamento giurisprudenziale che aveva ricondotto alla fattispecie del c.d. grave illecito professionale anche le condotte penalmente rilevanti non definitivamente accertate per le ipotesi di reato che possono dar luogo a causa di esclusione automatica.

In particolare, l'art. 98, comma 3, lett. g) dispone che l'esclusione può essere disposta in caso di *"contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo art. 94"*.

È tuttavia necessario che la commissione di tali reati sia stata *"contestata"*, escludendosi quindi che possa assumere rilevanza la semplice pendenza delle indagini penali, risultando rimesso alla stazione appaltante l'onere di puntuale ed adeguata acquisizione in sede istruttoria ai fini di un adeguato apprezzamento della loro rilevanza, preceduto da un effettivo contraddittorio endoprocedimentale con il soggetto interessato.

La disposizione, inoltre, presenta un ambito oggettivo di applicazione limitato ai soli reati elencati dall'art. 94, comma 1, ponendosi in discontinuità con l'orientamento espresso dalla giurisprudenza

formatasi sotto la vigenza del vecchio Codice, la quale, invece, aveva incluso tra gli illeciti rilevanti anche quelle comunque incidenti sull'affidabilità dell'impresa.

Sotto il profilo soggettivo, in continuità con la giurisprudenza formatasi precedentemente all'entrata in vigore del nuovo Codice, deve ritenersi che:

- a) per giustificare l'esclusione non è necessario che la condotta penalmente rilevante sia stata commessa dalla persona fisica per un interesse proprio o per avvantaggiare la società, spettando alla stazione appaltante valutare se l'illecito abbia o possa avere un riflesso sull'oggetto dell'appalto;
- b) è irrilevante che sia intervenuto a carico della società l'esercizio dell'azione penale o un decreto che ne dispone il rinvio a giudizio, atteso che i fatti possono essere accertati anche rispetto a provvedimenti penali non indirizzati specificamente alla società esclusa dalla gara. Infatti, la condotta del legale rappresentante della società è imputabile anche a quest'ultima, essendo questa conclusione giustificata dalla teoria del contagio, in forza della quale una società può essere esclusa da una procedura di gara per un grave illecito professionale commesso da un suo esponente;
- c) la valutazione della stazione appaltante non può essere limitata al solo operatore economico partecipante alla gara, dovendo invece, nel caso in cui si trattasse di persona giuridica, essere estesa alle condotte riferibili alle persone fisiche che ne abbiano la rappresentanza o che rivestano posizioni di direzione o controllo.

La teoria del "contagio" viene peraltro affermata dal legislatore solo con riferimento alle lettere g) e h), e tale scelta – come si legge nella Relazione di accompagnamento del Codice - è dovuta sia alla rilevante gravità delle condotte ivi contemplate, ma anche perché, *"proprio con riferimento alle medesime, opinare diversamente avrebbe comportato l'incomprensibile aporia di impedire la valutazione di una possibile causa non automatica di esclusione unicamente a cagione della non definitività della condanna, pur con riferimento a figure professionali per le quali, la stessa fattispecie, ove sfociata in una sentenza definitiva di condanna, avrebbe comportato la obbligatoria esclusione dell'operatore economico"*.

La lettera h) dell'art. 98, co. 3, ponendosi nel solco della precedente lett. g), presenta due importanti differenze sul piano oggettivo:

- a) da un lato, sono diversi gli illeciti penali tipizzati dal legislatore delegato in quanto rilevanti a fini escludenti;
- b) dall'altro lato, la norma del nuovo Codice consente l'esclusione in caso sia di contestata che di accertata commissione.

#### **4.2.5. La valutazione del grave illecito professionale da parte della stazione appaltante**

L'esclusione di un operatore economico per grave illecito professionale può essere disposta e comunicata dalla stazione appaltante solo se sussistono adeguati mezzi di prova delle condotte che sono state fin qui elencate.

In passato la giurisprudenza aveva ritenuto rilevante, a tale fine, qualunque mezzo di prova di cui potesse disporre la stazione appaltante. Il regime previgente, quindi, era strutturato su un duplice

livello di atipicità, il quale riguardava sia le fattispecie riconducibili alla nozione del grave illecito professionale, sia i mezzi di prova utili a documentarlo.

La nuova disciplina supera questa impostazione e, anche con riferimento ai mezzi di prova, introduce un regime improntato al rigoroso principio di tassatività e tipicità.

L'art. 98, comma 6, del nuovo Codice prevede che costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione alle fattispecie delineate dal comma 3:

- a) quanto alle sanzioni delle Autorità indipendenti, i provvedimenti sanzionatori esecutivi resi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore;
- b) quanto al tentativo di influenza indebita del processo decisionale della stazione appaltante e alle informazioni fuorvianti o false, la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente;
- c) quanto alle carenze nell'esecuzione di un precedente appalto, l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili;
- d) quanto al grave inadempimento commesso nei confronti di uno o più subappaltatori, l'emissione di provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi;
- e) quanto alla violazione del divieto di intestazione fiduciaria, l'accertamento definitivo della violazione;
- f) quanto all'omessa denuncia di reati, gli elementi indicati alla lett. f);
- g) quanto alla contestata commissione dei reati di cui alla lett. g), gli atti di cui all'art. 407 bis, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'art. 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale;
- h) quanto alla contestata o accertata commissione di cui alla lett. h), la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, e la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale.

La valutazione della stazione appaltante, quindi, non può prescindere dalla sussistenza degli elementi elencati dal comma 3 e dalla presenza dei mezzi di prova di cui al successivo comma 6. Si tratta di una valutazione discrezionale che investe il giudizio di affidabilità o di inaffidabilità dell'operatore economico ed è soggetta al sindacato del giudice amministrativo.

L'art. 98 detta, inoltre, specifici criteri che devono guidare la stazione appaltante in tale valutazione, stabilendo che:

- a) la valutazione di gravità tenga conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferita dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa (comma 4);
- b) le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lett. b) del comma 3 possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3 (comma 5);

- c) la stazione appaltante deve valutare i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente e la loro eventuale impugnazione è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente (comma 7).

Il comma 8 dell'art. 98 prevede, infine, che la stazione appaltante debba adempiere ad un puntuale onere motivazionale, che deve essere riferito a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2 (esistenza di elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; sussistenza di adeguati mezzi di prova).

Tale onere motivazionale viene peraltro previsto solo per i provvedimenti con cui viene disposta l'esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara. Da ciò potrebbe ricavarsi, *a contrario*, che in caso di ammissione degli operatori economici le stazioni appaltanti non siano sottoposte all'obbligo di motivare puntualmente sull'irrelevanza del grave illecito professionale.

In tal senso si era in effetti pronunciata la giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del previgente art. 80, comma 5 del d.lgs. 50/2016, la quale riteneva che ove la stazione appaltante non ritenesse la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva della sua moralità professionale non vi fosse l'obbligo di esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per *facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa. Portato alle estreme conseguenze, tale principio implicava che la stazione appaltante dovesse motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni.

A tale approccio interpretativo se ne contrapponeva tuttavia un altro, secondo cui la motivazione dovesse essere comunque resa ove la vicenda professionale che interessava l'operatore, senza tuttavia determinarne l'esclusione, fosse di particolare "pregnanza". Secondo un orientamento giurisprudenziale, quindi, in tali casi la stazione appaltante non poteva esimersi dal rendere esplicite le ragioni per le quali avesse comunque apprezzato l'impresa come affidabile.

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice, che nella sostanza non ha cambiato la disciplina prevista dall'art. 80, comma 8, del d.lgs. 50 del 2016 (la quale prevedeva espressamente l'obbligo di motivazione solo in caso di esclusione), può ritenersi che, in applicazione dei principi generali in materia di motivazione (v. art. 3 della L. 241 del 1990), le stazioni appaltanti siano chiamate a motivare, seppur in modo "meno puntuale" e "più attenuato", anche i provvedimenti di ammissione alla gara.

Il riferimento alla "puntualità" della motivazione previsto dall'art. 98, infatti, accentua lo sforzo motivazionale richiesto alla stazione appaltante in sede escludente, ma tuttavia non la esautorava dal generale obbligo motivazionale, se pur in questo caso più graduato, che pervade i provvedimenti amministrativi, ivi compresi quelli di ammissione alla gara. Come precisato nella Relazione di accompagnamento al Codice, il maggior sforzo motivazionale richiesto in caso di esclusione nasce anche dalla valorizzazione della "*presunzione di innocenza*" di cui all'art. 27 della Costituzione, da cui discende la necessità di motivare "puntualmente", in presenza di illeciti che non sono stati accertati con una sentenza passata in giudicato.

## **5. La disciplina dell'esclusione**

L'art. 96 del nuovo Codice disciplina in modo dettagliato l'iter procedimentale che porta all'esclusione o alla mancata esclusione degli operatori economici che si trovino in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95.

Il primo comma stabilisce che le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95.

La norma in esame, in continuità con quanto disposto dal previgente art. 80, comma 6 del d.lgs. 50/2106, attua il c.d. principio di continuità nel possesso dei requisiti e non consente di distinguere tra atti compiuti o omessi precedenti o sopravvenuti all'inizio della procedura, né, ai fini dell'emissione del provvedimento di esclusione, consente di distinguere i diversi momenti della procedura di gara, imponendo perciò l'esclusione anche dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto.

Tale regola incontra tuttavia alcune eccezioni, che sono individuate nei successivi commi 2, 3, 4, 5 e 6, i quali disciplinano il diritto degli operatori economici di dimostrare alle stazioni appaltanti di aver adottato misure di self-cleaning utili a ripristinare la propria moralità professionale.

La disciplina del self-cleaning trae fondamento dall'art. 57, par. 6 e 7 della Direttiva 2014/24/UE, con il quale è stato istituito in ambito europeo il meccanismo di provvedimenti di ravvedimento operoso (self-cleaning), ritenuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea "essenziale" per il rispetto dei principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità, ma anche del principio del rispetto dei diritti della difesa.

Tale norma non ha lasciato margini discrezionali agli Stati membri in ordine alla sua interpretazione, potendo quest'ultimi unicamente "specificarne" le condizioni di applicazione.

Già l'art. 80 del d.lgs. 50 del 2016 disponeva, ai commi 7 e 8, che: i) *"un operatore economico, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definitiva per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti"*; ii) *"se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura d'appalto; viceversa dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico"*.

Da ciò discendeva, da un lato, il riconoscimento del diritto degli operatori economici di dimostrare alle stazioni appaltanti di aver adottato misure di self-cleaning; dall'altro, il corrispondente obbligo, per le stazioni appaltanti di valutare se tali misure fossero idonee a consentire la partecipazione dell'operatore economico alle procedure di gara.

Alcun riferimento espresso veniva tuttavia fatto in ordine al momento in cui l'operatore dovesse dichiarare l'adozione di tali misure e alla rilevanza temporale delle stesse.

La prima questione era risolta nel senso di ritenere che l'operatore economico fosse legittimato a comunicare, anche in corso di gara, alla stazione appaltante le misure di self-cleaning eventualmente assunte. Ciò facendo leva sui principi enunciati dalla Corte di giustizia (C.G.U.E., 14

gennaio 2021, C-387/19), la quale aveva chiarito che le misure di ravvedimento operoso possono essere poste in essere in qualunque fase della procedura che preceda l'adozione della decisione di aggiudicazione.

In ordine alla rilevanza temporale delle misure, una parte della giurisprudenza amministrativa riteneva che le misure di self cleaning fossero valide solo per il futuro e che, pertanto, fossero del tutto prive di significato nell'ambito della gara iniziata prima della loro adozione. Altra parte della giurisprudenza, invece, riteneva che l'adozione delle misure medesime in corso di procedura potesse essere oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante, secondo il proprio prudente apprezzamento, al fine di valutare l'affidabilità dell'operatore economico nella fase esecutiva dell'appalto.

Il nuovo Codice, ponendosi in linea con il diritto unionale, disciplina con maggiore dettaglio le modalità del self-cleaning.

Sul piano temporale, l'art. 96 del d.lgs. 36/2023, ai commi 3 e 4, distingue l'ipotesi in cui la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta da quella in cui il motivo di esclusione sopraggiunga in corso di procedura.

Nel primo caso, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, oltre a doverla comunicare alla stazione appaltante può, alternativamente, comprovare: a) di avere adottato le misure di self-cleaning; b) l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta (ad esempio, perché ha avuto notizia della causa di esclusione stessa in epoca assai prossima alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta). In tale seconda ipotesi, il Codice consente all'operatore economico di assumere tali misure in corso di procedura e di comunicarle alla stazione appaltante.

Qualora la causa di esclusione si verifichi in corso di gara e, quindi, successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico può adottare e comunicare le misure di self-cleaning. Può quindi ritenersi che il nuovo Codice abbia sancito il definitivo superamento dell'orientamento giurisprudenziale che giudicava sempre irrilevanti le misure di self-cleaning intraprese in corso di gara. Tuttavia, la possibilità di adottare e di comunicare tali misure alle stazioni appaltanti dopo il termine della presentazione delle offerte viene consentita in presenza di due condizioni:

- a) che l'operatore economico dimostri di non averle potute assumere prima dei termini di presentazione dell'offerta per motivi oggettivi, seri e documentabili; e
- b) che sia rispettato il principio per cui l'aggiudicazione non può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di self-cleaning (art. 96, comma 5).

L'art. 96, comma 6 definisce la funzione e il contenuto delle misure di self-cleaning in coerenza con quanto previsto dalla direttiva europea, nonché con il previgente art. 80 del d.lgs. 50/2016. Le misure di self-cleaning devono, infatti, essere sufficienti a dimostrare l'affidabilità dell'operatore economico e, a tal fine, la norma del nuovo Codice prevede che l'operatore economico dimostri di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Inoltre, secondo quanto previsto dalla norma:

- a) le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione;
- b) se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto;
- c) se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico.

#### **6. La “discrezionalità giudiziaria” in materia di cause di esclusione. Le prime applicazioni della giurisprudenza e il peso dei principi**

Nei primi mesi di applicazione del nuovo Codice la giurisprudenza amministrativa ha cominciato a cimentarsi con l'attuazione delle sue norme, dando vita - come è fisiologico - a talune oscillazioni interpretative.

L'esatta individuazione del perimetro del principio di tassatività delle cause di esclusione costituisce, senza dubbio, uno dei campi “elettivi” in cui il Giudice amministrativo viene investito del delicato compito di guidare le stazioni appaltanti e gli operatori verso la - non semplice - uniforme applicazione delle nuove disposizioni.

Nell'affermare con forza il principio di tassatività delle cause di esclusione, l'art. 10 del nuovo Codice - come abbiamo visto - sancisce la nullità delle clausole che prevedono cause di esclusione diverse da quelle di cui agli artt. 94 e 95, le quali concernono espressamente i requisiti di idoneità morale dei concorrenti. Tale principio, già applicato dalla giurisprudenza anteriore al Codice, può essere interpretato nel senso di vietare l'esclusione in relazione a profili diversi da quello soggettivo, attinenti, per esempio, alla regolarità dell'offerta o ad adempimenti procedurali imposti ai fini della partecipazione alla gara?

Sul punto la giurisprudenza mostra già le prime “crepe” interpretative.

Con sentenza n. 3738 del 12 dicembre 2023, il TAR Catania ha “convalidato” la decisione della stazione di appaltante di prevedere, nell'esercizio della propria discrezionalità, l'esecuzione del sopralluogo quale requisito “indispensabile alla formulazione dell'offerta”, fissandone il relativo termine.

Valorizzando l'indispensabilità della “*visita dei luoghi*” ai fini dell'offerta, in applicazione di quanto previsto dal predetto art. 92, co. 1, del nuovo Codice, la stazione appaltante aveva individuato un tempo ritenuto “necessario” per consentirne l'espletamento.

Il TAR siciliano, valorizzando i principi del Codice, ha ritenuto che la previsione del sopralluogo a pena di esclusione fosse coerente con quanto previsto dall'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui “*le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto*” e ha ritenuto che tale requisito fosse altresì “*attinente*” e “*proporzionato*” all'oggetto del contratto, rappresentando l'esito di una valutazione di discrezionalità tecnica operata secondo logica e ragionevolezza.

La valorizzazione dei principi che informano il nuovo Codice dei contratti pubblici ha condotto il TAR a legittimare la scelta operata in sede di gara dall'amministrazione aggiudicatrice.

Se, infatti, è vero che il principio del risultato, previsto dall'art. 1 del predetto d.lgs. 36/2023, costituisce "*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale*" ed è legato da un nesso inscindibile con la "*concorrenza*", la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, l'amministrazione deve allora tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più "virtuoso", viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento. Il non aver rispettato il termine di esecuzione del sopralluogo è quindi sintomo di una inaffidabilità che può condurre all'esclusione, ove l'inadempimento riguardi un requisito che è indispensabile ai fini dell'offerta.

Il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, porta - dall'altro lato - a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. La disposizione precisa infatti che la fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa.

L'Amministrazione che impone un sopralluogo ritenuto "indispensabile" per la presentazione dell'offerta e, quindi, per l'esecuzione della prestazione in caso di aggiudicazione, "merita" tale fiducia, ove il giudicante appuri che la sua discrezionalità sia stata esercitata con il fine specifico di perseguire il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso alla gara.

Poiché la fiducia è, come visto, "bilaterale", non può allo stesso tempo legittimarsi la condotta di un operatore che negligenzemente non abbia rispettato i termini per eseguire il sopralluogo, auspicando nell'attuazione della procedura di soccorso istruttorio.

Nella stessa direzione anche il TAR Palermo, che con sentenza n. 703 del 2024 ha ritenuto che il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 36 del 2023 non risulta applicabile alle prescrizioni della *lex specialis* di gara dirette a definire i requisiti di partecipazione alla procedura che risultino attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, giacché la stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella determinazione dei requisiti di partecipazione alla gara a condizione che tali requisiti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e comunque non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura. Il requisito previsto

dal bando di gara nella fattispecie era, in particolare, l'indicazione del progettista, qualificato come un requisito dell'offerta ("indicato nell'offerta") nonché come tecnico-professionale.

Se pur espressosi in sede cautelare, nel solco della giurisprudenza di primo grado sembra attestarsi anche il Consiglio di Stato, che con ordinanza n. 4345 del 2023 ha rilevato che il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 10 del d.lgs. 36 del 2023 non impedisce alle stazioni appaltanti di richiedere ai concorrenti requisiti speciali di partecipazione di carattere economico finanziario e tecnico professionale, purché attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto.

Tale principio appare essere stato confermato dalla recentissima pronuncia con la quale il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2024, n. 1372) ha affermato che nel caso in cui, in un appalto di servizi, venga richiesto come requisito di ordine speciale di capacità tecnico professionale lo svolgimento di servizio analogo per una durata pari a quella del contratto oggetto di affidamento e l'operatore economico presenti una dichiarazione non conforme a quanto richiesto, la decisione della stazione appaltante di escludere il concorrente senza attivare il soccorso istruttorio non viola i principi generali della buona fede, del legittimo affidamento, della fiducia, dell'accesso al mercato e del risultato poiché, di fronte ad una simile richiesta, la corretta interpretazione della legge di gara si ritiene esigibile da ciascun operatore avveduto del settore e il soccorso istruttorio, anche in base al nuovo codice dei contratti pubblici, può essere attivato per integrare e chiarire la documentazione prodotta a comprova della dichiarazione, ma non per rettificare il contenuto della dichiarazione medesima nella sua integralità.

Ad esiti interpretativi diametralmente opposti è giunto il TAR Lazio (TAR Lazio, Roma, sentenza del 3.01.2024, n. 140), il quale ha invece ritenuto, per quanto concerne l'effetto escludente della mancata esecuzione del sopralluogo richiesto dal bando di gara, che nessuna disposizione del d.lgs. 36/2023 prevede il sopralluogo quale adempimento necessario per la formulazione dell'offerta, escludendo, in particolare, di dare rilievo all'art. 92, comma 1, del Codice.

Secondo i Giudici laziali, in particolare, tale norma deve essere intesa come precetto indirizzato esclusivamente all'amministrazione al fine di vincolarla a parametrare i termini di partecipazione alla gara agli adempimenti propedeutici alla formulazione dell'offerta. Ciò si evincerebbe dalla rubrica dell'art. 92 - che recita "*fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte*" - e dal fatto che tale norma presenti una disciplina simile a quella del previgente art. 79, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, ove si fa riferimento alle ipotesi in cui "*le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara*", ma solo per farne conseguire la necessità che i termini per la presentazione delle offerte siano calibrati in modo che gli operatori interessati "*possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte*", senza, dunque, derivarne effetti espulsivi automatici in caso di mancato compimento.

Da tali premesse il TAR Lazio ha tratto la conseguenza che l'imposizione del sopralluogo a pena di esclusione rende la *lex specialis* di gara nulla per violazione del principio di tassatività disciplinato dall'art. 10, commi 1 e 2, del nuovo Codice, puntualizzando che il principio di tassatività ha oggi una valenza ed un ambito applicativo più stringenti rispetto alla disciplina del previgente art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, tenuto conto della sua collocazione tra i principi generali del nuovo Codice e della strumentalità della tassatività rispetto al fondamentale principio dell'accesso al mercato, sancito dall'art. 3 d.lgs. n. 36/2023.

Negli stessi termini si è espresso, in sede cautelare, il TAR Latina, che con ordinanza n. 224 del 2023 ha affermato il principio secondo cui la tassatività delle cause di esclusione prevista dal nuovo Codice è posta a tutela del principio di massima partecipazione, così che le clausole della *lex specialis* di gara che non trovano specifico riscontro negli artt. 94 e 95 dello stesso Codice ( quali possono essere le clausole che prevedono l'esclusione in caso di inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti concernenti la busta amministrativa e non quella economica) devono ritenersi affette da nullità, e dunque non apposte. Ad esiti simili è giunto anche il TAR Bari con ordinanza cautelare n. 366 del 2023.

Le letture operate dalle prime pronunce della giurisprudenza di questi mesi, pur conducendo ad esiti applicati differenti, valorizzano il principio di tassatività delle cause di esclusione plasmandone le sue attuazioni in coerenza con le "anime" che convivono nel nuovo Codice: "proteggere" la discrezionalità delle stazioni appaltanti, ove essa sia funzionale al perseguimento del miglior risultato nel rispetto del principio di legalità, o "imbrigliarne" i poteri allorché questi ultimi possano arrecare un pregiudizio al principio del *favor participationis*.

Propendere per una lettura "delimitata" del principio di tassatività delle cause di esclusione, ritenendo che con esso il legislatore del nuovo Codice abbia voluto riferirsi solo alle clausole di esclusione che concernono i profili squisitamente soggettivi degli operatori, quali appaiono essere quelli previsti dagli artt. 94 e 95, significa consentire alle stazioni appaltanti di graduare la propria discrezionalità mediante l'imposizione di adempimenti, previsti a pena di esclusione, che - secondo criteri di logicità, ragionevolezza e proporzionalità - possono attenere all'offerta, alle sue modalità di presentazione, agli oneri procedurali.

Accogliere, invece, l'interpretazione che amplia il perimetro del principio di tassatività, estendendone l'operatività oltre i requisiti soggettivi previsti dagli artt. 94 e 95, porta di contro a ridurre il potere di "manovra" delle stazioni appaltanti, le quali saranno chiamate a vagliare l'inadempimento o l'inesatta esecuzione delle prescrizioni imposte dai documenti di gara solo al momento di comparazione tra gli operatori concorrenti, privando le stesse stazioni appaltanti della possibilità di estromettere immediatamente dalla competizione chi sia venuto meno ai propri obblighi involgenti la procedura di gara o l'oggetto dell'offerta.

Nei prossimi mesi assisteremo, verosimilmente, allo sviluppo dei primi definiti orientamenti in materia da parte della giurisprudenza. L'interprete sarà chiamato, probabilmente in misura maggiore rispetto al passato, a cogliere la *ratio* delle nuove norme facendosi guidare dai principi ispiratori del nuovo Codice, che, non senza ambizione, mira ad attuare una sorta di rivoluzione gentile del sistema degli appalti, ponendo nelle mani delle amministrazioni e del Giudice amministrativo le chiavi di un'inversione metodologica che ha, come scopo ultimo, la "difficile" convivenza tra rispetto della legalità ed efficienza, favorendo il raggiungimento di quel risultato che possa risultare il più "virtuoso".