

La pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione dell'operatore dalla gara per grave illecito professionale tra “vecchio” e “nuovo” Codice dei contratti pubblici

Scilla Vernile

SOMMARIO: 1. Introduzione: la garanzia dell'affidabilità del contraente tramite la disciplina delle cause di esclusione dalla gara. Delimitazione dell'indagine alla fattispecie di esclusione non automatica per grave illecito professionale a causa della pendenza di un procedimento penale. – 2. La pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione dalla gara tra valutazioni discrezionali della stazione appaltante e sindacato giurisdizionale nella vigenza del d.lgs. 50/2016. – 3. Le frizioni con il principio di non colpevolezza e con il *favor participationis*. – 4. La pendenza di un procedimento penale quale grave illecito professionale nella disciplina dettata dal d.lgs. 36/2023. – 5. L'onere motivazionale della stazione appaltante e gli obblighi dichiarativi dei concorrenti. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione: la garanzia dell'affidabilità del contraente tramite la disciplina delle cause di esclusione dalla gara. Delimitazione dell'indagine alla fattispecie di esclusione non automatica per grave illecito professionale a causa della pendenza di un procedimento penale*

Il “nuovo” Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in continuità con la disciplina previgente, ma con le significative novità di cui si dirà, contiene specifiche disposizioni volte a evitare che i contratti pubblici siano conclusi con operatori inaffidabili. Il riferimento va, con tutta evidenza, alla disciplina delle cause di esclusione dalla gara¹: le disposizioni in materia, infatti, sono

¹ Per una ricostruzione dell'evoluzione della disciplina in materia, N. Berti, *Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, 253. Sulla disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016, cfr. F.F. Guzzi, *L'esclusione dell'o-*

costruite *a contrario*: anziché prevedere i requisiti di affidabilità necessari (il che sarebbe stato evidentemente più complesso), individuano le circostanze in presenza delle quali l'operatore economico che abbia presentato un'offerta o comunque manifestato il suo interesse a partecipare alla procedura a evidenza pubblica deve essere escluso perché è a rischio la sua integrità².

Il tema intercetta i principi cardine della disciplina dei contratti, sia più tradizionali che più "innovativi". La correlazione – immediata – tra il principio di concorrenza, specialmente nella declinazione del *favor participationis*³, e la prevedibilità delle cause di esclusione è ben evidenziata dall'art. 10 del Codice, significativamente rubricato "Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione". Per un verso, la tutela dell'interesse pubblico a che il contratto sia affidato a un operatore valido non soltanto perché tecnicamente capace e finanziariamente stabile, ma anche perché non si è trovato in situazioni idonee a comprometterne l'affidabilità, intesa come fiducia nella correttezza dell'operato di quel soggetto economico, giustifica l'attribuzione alla stazione appaltante del potere di escludere dalla procedura di gara gli operatori con i quali non sia possibile instaurare un rapporto fiduciario⁴. Per altro verso, incidendo su libertà economiche, le cause di esclusione devono essere disciplinate in maniera chiara e precisa e interpretate restrittivamente.

Di conseguenza, per tutelare l'affidamento della parte pubblica, la legge di gara deve recepire le cause di esclusione disciplinate dal Codice, pena l'eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito, ai sensi dell'art. 10, comma 2. Al contempo, l'esigenza che gli operatori economici interessati siano al corrente delle "regole del gioco" impone una tipizzazione preventiva delle cause di esclusione, di talché eventuali ulteriori fattispecie introdotte con la legge di gara sono nulle e si considerano non apposte⁵.

operatore economico dalla gara ex art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) c-ter) del Codice degli appalti pubblici: brevi riflessioni critiche, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, 4; G. Pesce, *L'ammissione alle procedure*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 634; A.G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 209.

² Per B. Tonoletti, *Commento all'art. 10*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2020, 50, le cause di esclusione rappresentano, appunto, «il rovescio dei requisiti di partecipazione, la sanzione per la loro mancanza».

³ Si ricordi che l'art. 3 del Codice sancisce il principio dell'accesso al mercato degli operatori economici che deve essere favorito dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione e trasparenza, di proporzionalità. Cfr. P. Chirulli, *Commento all'art. 3*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 13.

⁴ Si v. il *considerando* 101 della direttiva 2014/24/UE, ai sensi del quale «È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto».

⁵ Per M. Calabrò, A.G. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Ambienteditto.it*, 2023, 2, dunque, «la tassatività – nei confronti

Sennonché, l'effettiva conoscenza da parte degli operatori economici delle vicende che potrebbero determinare la loro esclusione dalla procedura non è così ovvia, almeno per due ordini di ragioni. La prima è che le stazioni appaltanti non possono prevedere nuove cause di esclusione, ma ben possono introdurre, nella *lex specialis*, condizioni minime, ancorché proporzionate e collegate all'oggetto del contratto, la cui inosservanza determina l'esclusione dalla gara⁶. La seconda ragione è che il Codice, replicando in ciò la soluzione legislativa previgente, che distingueva le cause di esclusione tra obbligatorie e facoltative, disciplina sia i casi di esclusione automatica (art. 94⁷) sia le fattispecie di esclusione non automatica (art. 95⁸), rimettendo, nella seconda ipotesi, alla stazione appaltante la valutazione circa la necessità, nel caso specifico, di estromettere l'operatore dalla procedura a evidenza pubblica⁹.

Ed è sull'esclusione non automatica che, allora, occorre indugiare, specialmente al fine di esaminare come il nuovo Codice abbia dato attuazione al criterio direttivo indicato alla lett. *n*) dell'art. 1 della l. delega 21 giugno 2022, n. 78, volto a promuovere una «razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe». Come noto, infatti, nella vigenza del d.lgs. 50/2016, si è sviluppato un importante contenzioso proprio sulle cause di esclusione «facoltative» e, in particolare, sull'ipotesi di grave illecito professionale a causa della indeterminatezza della fattispecie¹⁰, nonostante il tentativo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) di fornire, attraverso

delle cause di esclusione – può assumere un ruolo che allo stesso tempo può essere ampliativo (laddove le integra in caso di difetto) e/o contenitivo (laddove le sterilizza per eccesso).

⁶ Ai sensi dell'art. 10, comma 3, «fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, 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, 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».

⁷ L'articolo ricalca le cause di esclusione «obbligatoria» di cui all'art. 80, comma 1, del superato d.lgs. 50/2016.

⁸ All'interno del quale sono individuate le situazioni riconducibili, seppure con le novità che si diranno, alle previgenti cause di esclusione «facoltativa» di cui all'art. 80, comma 5, del precedente Codice. Sul nuovo regime delle esclusioni non automatiche, F.F. Guzzi, *Il regime delle esclusioni non automatiche alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *AmbienteDiritto.it*, 2023, 2.

⁹ Per N. Berti, *Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*, cit., 273, «Non vi è, infatti, contraddizione logico-giuridica (ma semmai l'esigenza di un tendenziale coordinamento funzionale) fra il regime di tassatività delle fattispecie e la precisione-determinatezza-vincolatezza di queste ultime: nel primo caso, infatti, la discrezionalità (che viene esclusa) appartiene al momento normativo, nel secondo caso (dove talora essa permane) a quello applicativo».

¹⁰ Sul grave illecito professionale quale «tipico concetto giuridico c.d. indeterminato», *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. III, 25 gennaio 2024, n. 102; Tar Lazio, Latina, sez. I, 22 gennaio 2024, n. 64; Roma, sez. I-quater, 9 luglio 2024, n. 13882; sez. I, 28 marzo 2022, n. 3437; Tar Piemonte, Torino, sez. II, 14 marzo 2022, n. 210; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 11 giugno 2019, n. 1140; Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467.

proprie linee guida¹¹, coordinate più precise. Obiettivo non pienamente centrato pure per il carattere non vincolante di tali linee guida, volte, perlopiù, a fornire elementi per favorire una maggiore omogeneità di valutazione da parte delle stazioni appaltanti, nonché buone prassi.

Il legislatore delegante, dunque, ha demandato al legislatore delegato di intervenire soprattutto sull'individuazione delle fattispecie idonee a configurare l'illecito professionale di cui all'art. 57, par. 4, della dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014. Un amplissimo contenzioso, infatti, si è generato proprio con riguardo al concetto di "grave illecito professionale", nel previgente d.lgs. 50/2016 recepito dall'art. 80, comma 5, lett. c), ai sensi del quale la stazione appaltante avrebbe potuto escludere un operatore dalla gara qualora «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità».

Molteplici situazioni, infatti, sono state ritenute idonee a configurare il grave illecito professionale, tanto più che l'elencazione contenuta nel richiamato art. 80, comma 5, lett. c), è stata costantemente qualificata dalla giurisprudenza amministrativa come meramente esemplificativa¹², con il conseguente riconoscimento di un'amplia discrezionalità in capo alla stazione appaltante¹³. Lo scopo di tale elenco, invero, sarebbe stato esclusivamente di agevolare l'amministrazione nella dimostrazione – con mezzi adeguati – dell'illecito professionale idoneo a determinare l'esclusione dalla gara. Analogamente, come anticipato, le richiamate linee guida ANAC, pure fornendo alcuni chiarimenti in proposito, non si sono rivelate capaci di superare i dubbi applicativi e ad assolvere alla funzione deflattiva del contenzioso auspicata.

¹¹ Il riferimento va, in particolare, alle Linee guida n. 6, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significativi per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) del codice dei contratti pubblici», approvate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 e aggiornate al decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con legge 29 luglio 2021, n. 108, con delibera n. 1008 dell'11 ottobre 2017. Cfr. A. Amore, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. e app.*, 6, 2017, 763; L. Mazzeo, L. De Pauli, *Le Linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, ivi, 2018, 2, 155.

¹² *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2024, n. 5450; sez. III, 8 agosto 2022, n. 6997; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 25 febbraio 2021, n. 1271; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2021, n. 1271; sez. IV, 24 marzo 2021, n. 2495; sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 18 giugno 2020, n. 1438; Tar Lazio, Roma sez. III, 14 agosto 2019, n. 10533; Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2018, n. 2639; 15 marzo 2018, n. 1299. Cfr. G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 779.

¹³ Critico nei confronti della ricostruzione della valutazione della stazione appaltante in termini di discrezionalità, J. Vavalli, *Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale nell'esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali*, in *Nuove autonomie*, 2020, 3, 777, per il quale si pone, invece, una questione di interpretazione in virtù dell'indeterminatezza della norma.

In tale contesto si è inserito il “nuovo” Codice, che introduce il grave illecito professionale tra le cause di esclusione non automatica, in particolare all’art. 95, comma 1, lett. *e*), ai sensi del quale la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti «che l’offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati». Senonché, al fine di valutare l’efficacia dell’intervento del legislatore del 2023 rispetto all’obiettivo di assicurare maggiore chiarezza e prevedibilità delle cause di esclusione, tramite una razionalizzazione e semplificazione delle stesse, occorre richiamare un’ulteriore disposizione, quella contenuta nell’art. 98, dedicato proprio ai gravi illeciti professionali, che, in maniera innovativa¹⁴, perimetra tassativamente le fattispecie rilevanti e i mezzi adeguati a dimostrarne la sussistenza¹⁵.

Tuttavia, prima di soffermarsi sull’esame di tali previsioni, così da verificare l’impatto della nuova disciplina sulle difficoltà interpretative sorte nel previgente regime giuridico, è d’uopo delimitare ulteriormente l’ambito di indagine. La vastità del tema non consentirebbe, infatti, di fornire una lettura approfondita se non soffermandosi su un’ipotesi specifica di esclusione dell’operatore dalla gara per grave illecito professionale, ossia la pendenza di un procedimento penale.

2. *La pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione dalla gara tra valutazioni discrezionali della stazione appaltante e sindacato giurisdizionale nella vigenza del d.lgs. 50/2016*

In assenza di una tipizzazione delle ipotesi riconducibili al concetto di illecito professionale grave, vigente il d.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti hanno esercitato in maniera estensiva il loro potere di escludere dalla gara l’operatore di cui fosse dubbia l’affidabilità, ritenendo integrata la fattispecie anche in pendenza di

¹⁴ B. Tonoletti, *Commento all’art. 98*, in R. Villata, M. Ramajoli, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., 493, sottolinea come il grave illecito professionale sia la figura su cui si registrano le innovazioni più significative rispetto alla disciplina previgente. Del resto, la necessità di un intervento normativo a causa della indeterminazione e lacunosità della disciplina contenuta nel d.lgs. 50/2016 è stata più volte messa in luce: cfr. A.G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall’art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016*, cit.; con particolare riguardo alle conseguenze della indeterminazione della disciplina sull’onere dichiarativo gravante sull’operatore, M. Ceruti, *Ancora sul perimetro degli oneri dichiarativi del concorrente negli affidamenti pubblici*, in *Giur. it.*, 2021, 11, 2433.

¹⁵ La lett. *e*) dell’art. 95, comma 1, si conclude, infatti, chiarendo che «All’articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi». Sul punto, cfr. anche ANAC, parere 10 aprile 2024, n. 21, in cui si chiarisce che «Il nuovo Codice procede quindi ad una tipizzazione dei mezzi di prova utili per la valutazione dell’illecito professionale grave, superando in tal modo la previgente impostazione dell’art. 80, comma 5, lett. *c*) del d.lgs. 50/2016 che consentiva di valutare ogni condotta la cui gravità era idonea ad incidere sulla affidabilità e sull’integrità della impresa concorrente».

un procedimento penale, ben prima, dunque, di una sua eventuale conclusione in termini di condanna, ancorché non definitiva¹⁶, non richiedendosi nemmeno l'applicazione di misure penali o un rinvio a giudizio per potere ritenere i fatti contestati sufficienti a incidere sull'integrità dell'operatore economico. Invero, il grave illecito professionale è stato considerato sussistente finanche, come meglio si dirà, prima ancora dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, per la mera attivazione di indagini nei confronti dell'operatore economico.

Del resto, le previgenti disposizioni accordavano alle stazioni appaltanti un ampio potere valutativo, ancorché bilanciato da un onere motivazionale specifico¹⁷, vieppiù rilevante ove l'amministrazione si fosse determinata nel senso dell'esclusione¹⁸ ovvero allorché fosse stato un altro concorrente a mettere in discussione la corretta ammissione dell'operatore economico, chiedendo all'amministrazione una valutazione in proposito¹⁹.

Di conseguenza, in vigenza del d.lgs. 50/2016, il controllo giurisprudenziale ha svolto un ruolo essenziale per verificare l'eshaustività e la logicità della motivazione alla base del provvedimento di esclusione²⁰, sebbene arrendendosi sempre a un sindacato estrinseco, data la natura tecnico-discrezionale della valutazione riservata all'amministrazione²¹, confermata nel nuovo Codice, come ben chiarisce la Relazione di accompagnamento, in cui si legge 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».

¹⁶ Sulle valutazioni prognostiche richieste alla stazione appaltante, che anticipano gli accertamenti dell'autorità giudiziaria, D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in “corto circuito” tra discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 3, 568.

¹⁷ Tar Emilia-Romagna, Parma, 6 giugno 2023, n. 197.

¹⁸ Tar Lazio, Roma, sez. III, 19 settembre 2022, n. 5940.

¹⁹ Ancora Tar Emilia-Romagna, n. 197/2023.

²⁰ Sull'importante ruolo della giurisprudenza per tracciare i confini del grave illecito professionale, F. Manganaro, M. Germanò, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urb. e app.*, 3, 2019, 301.

²¹ Per D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento*, cit., sia che la valutazione della stazione appaltante venga ricondotta alla discrezionalità amministrativa pura che a quella tecnica, il controllo del giudice è «circoscritto alla non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto indicati nel provvedimento e della ragionevolezza della motivazione, secondo il modello dell'eccesso di potere», ragion per cui l'A. auspica, oltre a una puntuale tipizzazione delle situazioni suscettibili di integrare la nozione di grave illecito professionale (lo scritto è precedente al d.lgs. 36/2023), «la ridefinizione dei confini del sindacato esercitabile dal giudice sui provvedimenti amministrativi, che faccia da contrappeso all'ampia discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni in sede di valutazione degli illeciti».

La giurisprudenza, dal canto suo, ha avallato l'interpretazione estensiva fatta propria dalle stazioni appaltanti. Secondo i giudici amministrativi, infatti, alla luce della disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016, affinché si configurasse un grave illecito professionale, non sarebbero stati necessari l'applicazione di misure penali o un rinvio a giudizio, reputando già la pendenza del procedimento sufficiente, di per sé, a compromettere l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico.

Come anticipato, addirittura la mera pendenza di indagini penali è stata, talvolta, ritenuta idonea a fondare la decisione della stazione appaltante di escludere l'operatore interessato ove i fatti fossero di consistenza tale da fare venire meno l'affidabilità del concorrente per la gravità degli illeciti contestati²². Sebbene, come osservato da parte della giurisprudenza, la valutazione rimessa all'amministrazione, già "delicata" in caso di condanne non definitive o comunque a seguito quantomeno dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, sarebbe ancora più complessa in fase di indagini preliminari, rispetto alle quali non solo opera la presunzione di innocenza del soggetto interessato, aspetto su cui si tornerà, ma, rispetto ai terzi, opera, altresì, il segreto istruttorio, sicché la stazione appaltante difficilmente potrebbe disporre di quegli argomenti e riscontri necessari per giustificare la sua decisione²³.

Ad ogni modo, il fatto che nelle linee guida ANAC non si facesse riferimento alle mere indagini o alle misure cautelari è stato interpretato come non comportante l'adeguatezza esclusiva, quale prova dell'illecito, di una condanna sia pure non definitiva²⁴. Del resto, secondo la giurisprudenza amministrativa, l'esclusione dell'operatore per grave illecito professionale «non presuppone la configurabilità di un reato, né l'accertamento definitivo di una condotta (essendo sufficiente la dimostrazione "con mezzi adeguati" in sede evidenziale), né un grado di certezza nella valutazione (essendo necessario, ma anche sufficiente che la stazione appaltante "dubiti" dell'affidabilità dell'impresa)»²⁵.

Specularmente, è stato chiarito come il rinvio a giudizio non comportasse necessariamente l'esclusione dalla gara, essendo necessario un apprezzamento autonomo da parte della stazione appaltante circa l'idoneità dei fatti – alla base del provvedimento di rinvio – a impedire l'instaurazione di un rapporto fiduciario. In altri termini, la giurisprudenza amministrativa ha escluso la coincidenza tra la rilevanza dei fatti a fini penali e la loro incidenza sulla moralità e integrità richieste all'imprenditore che stipula contratti con le pubbliche amministrazioni²⁶.

²² Ancora Tar Emilia-Romagna, n. 197/2023.

²³ Tar Piemonte, Torino, 16 ottobre 2020, n. 590.

²⁴ Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2022, n. 198.

²⁵ Tar Campania, Salerno, sez. I, 19 marzo 2024, n. 672.

²⁶ Come chiarisce Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2024, n. 5450, «occorre considerare che l'ipotesi escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 postula un duplice apprezzamento, che inve-

E invero, la valutazione dei fatti da parte della stazione appaltante era ed è, anche alla luce della nuova disciplina, estesa all'intero contesto, all'intero *curriculum* dell'operatore²⁷: i fatti contestati devono essere tali da determinare, nel caso specifico, una perdita di credibilità dell'operatore, ad esempio per la reiterazione della condotta o per la particolare gravità.

Se così è, l'eventuale occasionalità della condotta o la peculiare lieve gravità della stessa giustificano la mancata esclusione dell'operatore dalla gara. Ciò trova conferma nella disciplina del *self-cleaning*²⁸ (riposta dal nuovo Codice all'art. 96²⁹: v. *infra*), posto che altrimenti perderebbe di senso il riconoscimento all'operatore economico della possibilità di "sanare" le conseguenze di una condotta precedente attraverso l'adozione di misure sottoposte al vaglio della stazione appaltante³⁰ affinché valuti se, attraverso quelle misure, sia riuscito a "recuperare" la sua integrità, ossia a risarcire qualunque danno provocato dall'illecito o comunque a dotarsi di soluzioni tecniche e organizzative tali da prevenirne l'ulteriore commissione³¹. È chiaro allora che diviene essenziale il rispetto del principio di proporzionalità³², a presidio del corretto esercizio del potere discrezionale,

ste, da un lato, la qualificazione come "grave illecito professionale" delle condotte tenute dall'operatore economico nel pregresso svolgimento della sua attività professionale, dall'altro la relativa attitudine ad incidere sulla integrità e affidabilità dell'impresa medesima rispetto al contratto per il quale è stata indetta la gara».

²⁷ G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, cit.

²⁸ Ulteriore espressione del principio della fiducia: cfr. G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, 287.

²⁹ Sulle novità apportate dal Codice del 2023 alla disciplina del *self-cleaning*, T. Tornielli, *Commento all'art. 96*, in R. Villata, M. Ramajoli, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 484.

³⁰ Anche in tal caso, infatti, la valutazione circa l'idoneità di tali misure a "recuperare" l'integrità dell'operatore economico è rimessa alla stazione appaltante. Sul punto, si v. P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2020, 3, 739.

³¹ Tar Campania, Napoli, sez. V, 14 marzo 2024, n. 1733, «dal descritto quadro normativo si desume che l'eventuale esclusione, in presenza di cause "non automatiche" ex art. 95, nei confronti di un operatore che – come nel caso in esame – abbia puntualmente indicato le vicende ostative ed indicato le misure di *self-cleaning* ex art. 96, avrebbe dovuto essere preceduta da motivata valutazione: in prima battuta, l'amministrazione avrebbe dovuto vagliare "in astratto" l'attitudine dei fatti storici e delle imputazioni come potenziali elementi di rottura del rapporto fiduciario, verificando in concreto che i procedimenti pendenti incidano in senso negativo, alla stregua di un giudizio prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione, a tal fine valutando ogni circostanza del caso (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4669/2023; T.A.R. Piemonte n. 932/2023), inoltre avrebbe dovuto valutare le predette misure *self-cleaning*, con specifico riferimento alla tempestività della loro assunzione e la loro sufficienza a ristabilire la fiducia (art. 96, comma 6)».

³² Con riferimento alla disciplina previgente, cfr. ANAC, parere 20 luglio 2023, n. 35. In generale, sul principio di proporzionalità, D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Id., *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 389; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; Id., *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 4643; S. Vilamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; V. Fanti, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012.

particolarmente ampio rispetto alla fattispecie considerata, nel regime giuridico previgente, ma comunque mantenuto nell'attuale.

3. *Le frizioni con il principio di non colpevolezza e con il favor participationis*

Il riconoscimento in capo alla stazione appaltante di un potere valutativo così esteso non ha potuto che entrare in frizione con altre esigenze, tra cui, almeno, quella di chiarezza e certezza delle regole di partecipazione alla gara. Esigenza di prevedibilità che si accentua ulteriormente se, anche sulla scia della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ancorché formatasi sulle sanzioni amministrative³³, si prospetta la tesi della natura sostanzialmente penale delle cause di esclusione per la rilevante portata afflittiva.

E invero, l'interpretazione estensiva fatta propria dalle stazioni appaltanti e avallata dalla giurisprudenza amministrativa è stata fortemente contestata dagli operatori economici appellandosi al principio di non colpevolezza, di cui all'art. 27, comma 2, Cost., ai sensi del quale «L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva», e all'art. 48 della Carta di Nizza, che sancisce che «Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata».

Senonché, nelle fattispecie considerate in questo scritto, al di là della sanzione penale, che evidentemente presuppone la conclusione del relativo giudizio, ancorché non necessariamente definitiva, si giustifica l'applicazione di una misura preventiva (di diritto amministrativo) – l'esclusione dalla gara – che, pure presentando un carattere afflittivo, appare espressione del cd. “diritto amministrativo della prevenzione”, che giustifica l'“anticipazione” di misure restrittive³⁴, in maniera semplificata e immediata, in una fase prodromica rispetto all'eventuale

³³ Tra tutte, merita un richiamo la nota sentenza Engel, Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel and Others v. The Netherlands*.

³⁴ È immediato il riferimento almeno al Codice antimafia e alle conseguenze delle interdittive. Più in generale, le assonanze con le misure antimafia sono molteplici: si tratta di strumenti di natura preventiva e cautelare, che, pur presentando un forte carattere afflittivo, restano estranee alla logica punitiva e alle connesse garanzie: sul punto, D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento*, cit. Cfr. Cons. Stato, sez. III, 31 marzo 2023, n. 3338, in cui si chiarisce che «Eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e tendenza di queste ad influenzare la gestione dell'impresa sono all'evidenza tutte nozioni che delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzate, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o invero, ma anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori. Il pericolo – anche quello di infiltrazione mafiosa – è per definizione la probabilità di un evento e, cioè, l'elevata possibilità e non mera possibilità o semplice eventualità che esso si verifichi. Il diritto amministrativo della prevenzione antimafia in questa materia non sanziona perciò fatti, penalmente rilevanti, né reprime condotte illecite, ma mira a scongiurare una minaccia per la sicurezza pubblica, l'infiltrazione mafiosa nell'attività imprenditoriale, e la probabilità che siffatto “evento” si realizzi».

conferma dell'illecito professionale e in assenza di un vero e proprio contraddittorio³⁵ (fermo restando, come già accennato, che l'operatore potrebbe fornire prova dell'adozione di misure atte a dimostrare la sua affidabilità, il cd. *self-cleaning*).

Ma una valutazione discrezionale così ampia si scontra altresì con la necessità di favorire la massima partecipazione delle imprese a tutela della concorrenza, oltre che ai fini dell'individuazione, da parte della stazione appaltante, del migliore contraente³⁶, che presuppone, comunque, quantomeno l'affidabilità. Ration per cui, il Consiglio di Stato, sez. III, con la sentenza 23 novembre 2017, n. 5467, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sull'art. 80, comma 5, lett. c), richiamando l'interpretazione della stessa Corte costituzionale secondo la quale il principio della tutela della concorrenza e della libertà di impresa deve essere valorizzato nel rispetto dei superiori beni costituzionali, con la conseguenza che i principi di libertà non possono confliggere con altri principi come quello di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., che richiedono massima garanzia di serietà nella scelta del soggetto con cui l'amministrazione deve contrattare e di salvaguardia dell'interesse e del denaro pubblico secondo le norme di contabilità pubblica.

A ben guardare, infatti, non riconoscere alla stazione appaltante un potere di tal fatta significherebbe privarla di quelle cautele che ben potrebbe adottare,

³⁵ La stazione appaltante, tuttavia, è tenuta a svolgere una compiuta istruttoria, posto che, non trattandosi di cause di esclusione automatica, occorre che proceda a una valutazione puntuale delle circostanze del caso, in sede di "contraddittorio procedimentale". Così Tar Lazio, sez. Roma, I-ter, 2 ottobre 2024, n. 17067, che chiarisce che «se è vero che la decisione sull'esclusione (o non esclusione) per "deficit di fiducia", sia frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva l'individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel futuro contraente e tale per cui il relativo controllo del giudice amministrativo dev'essere svolto *ab estrinseco* ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici, ma non è mai sostitutivo (C.G.A.R.S., sez. giur., 24.6.2021 n. 614 che richiama Cass. Civ., sez. un., 17.2.2012 nn. 2312 e 2313), è altrettanto vero che, posto che l'illecito professionale non può essere fonte di esclusione automatica ma soltanto di estromissione disposta a seguito di contraddittorio procedimentale, in tale sede l'impresa accusata di illecito professionale è ammessa a provare di avere adottato (tra l'altro) efficaci misure di *self cleaning*; e tali misure debbono essere valutate, dalla stazione appaltante, non solo per le gare future ma anche per quelle in corso». Tuttavia, secondo Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 29 marzo 2024, n. 6189, occorre però dimostrare che il contraddittorio procedimentale avrebbe inciso sul contenuto del provvedimento: «Per quanto riguarda la dedotta mancanza di attivazione del contraddittorio, ci si riporta al consolidato indirizzo giurisprudenziale, secondo cui spetta al ricorrente, che lamenti l'omessa comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/1990, indicare gli elementi conoscitivi, che avrebbe introdotto in sede procedimentale, in grado di incidere sulla determinazione dell'Amministrazione (cfr. *ex multis* Cons. St., VI, n. 10790/2022). E nel caso di specie tale onere non è stato assolto, non avendo parte ricorrente prodotto alcun concreto elemento suscettibile di influire sul contenuto del provvedimento di esclusione avverso. A tale stregua, le norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo non vanno applicate meccanicamente e formalisticamente, non potendosi ignorare la circostanza, comprovata dalle produzioni della stazione appaltante e della controinteressata, che nel caso specifico il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (cfr. T.A.R. Lazio n. 277/2024)».

³⁶ Sul rapporto tra le due finalità perseguite, M. Calabrò, A.G. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

invece, un committente privato³⁷. Tuttavia, i principi di massima partecipazione alle gare pubbliche impongono comunque una rigorosa interpretazione delle disposizioni capaci, di fatto, di limitare l'accesso alle gare, non potendosi trascurare che nel caso preso in esame della pendenza di un procedimento penale l'illecito non è accertato, ragion per cui occorre quantomeno ricercare seri indizi (gli elementi di prova) a supporto della decisione di esclusione.

Né si può tacere che la giurisprudenza che si è formata in questi anni parrebbe riflettere in parte pure quel generale clima di sfiducia nei confronti degli operatori economici (oltre che sull'operato delle stesse stazioni appaltanti) che la nuova disciplina prova in parte a superare³⁸, specialmente attraverso il principio della fiducia, di cui all'art. 2 del Codice. Fiducia che, si chiarisce, deve essere "reciproca" nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Previsione cui si affianca quella dell'art. 5, intitolato "Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento"³⁹, in base al quale nella procedura di gara le stazioni appaltanti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento: e del resto, buona fede, fiducia, affidamento, implicano necessariamente una relazione bilaterale.

Fiducia, quindi, non soltanto nelle stazioni appaltanti e da lì la rivalutazione del potere discrezionale e l'affermazione, significativamente all'art. 1 del Codice, del principio del risultato⁴⁰, ma anche fiducia negli operatori economici, come si evince dalla previsione del comma 4 dell'art. 5, ai sensi del quale «ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito».

Senonché, come meglio si dirà, è proprio il principio della fiducia, cui è correlato quello della responsabilità della gara, a giustificare un atteggiamento

³⁷ Così P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, cit.

³⁸ Per R. Ursi, *La "trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, in Id. (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 47, spec. 51, si tratta di «una svolta culturale, prima che giuridica».

³⁹ Cfr. M. Ramajoli, *Commento all'art. 5*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 24.

⁴⁰ Sul principio del risultato, F. Fracchia, *Il principio di risultato*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 13; R. Villata, L. Bertonazzi, *Commento all'art. 1*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 1; E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 4, 829; M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio del risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 2024, 9, 206; G. Taglianetti, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *Federalismi.it*, 2024, 14, 232; F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.

prudenziale della stazione appaltante⁴¹ là dove dubiti di un concorrente⁴². Prima, però, di approfondire detto profilo occorre, allora, analizzare la soluzione offerta dal legislatore del 2023 di restringere il potere di esclusione delle stazioni appaltanti⁴³, in attuazione del criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 2, lett. n), della legge delega, perimetrando le fattispecie riconducibili al concetto di grave illecito professionale, cui il d.lgs. 36/2023 dedica l'intero articolo 98. Nel prossimo paragrafo, dunque, si esaminerà la nuova disciplina per valutare in che misura possa contribuire a conferire maggiore certezza agli operatori sulle "regole del gioco", fermo restando che, pure nel regime attuale, mantenendosi la distinzio-

⁴¹ Del resto, come chiarisce R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023, 17, 271, «la fiducia è condizione di ogni forma di collaborazione». Anche per A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econom.*, 2023, 1, 141, l'elemento fiduciario non può che trovare spazio anche nella fase di affidamento, che costituisce il momento genetico del rapporto contrattuale. In senso analogo, A. Police, *Commento all'art. 2*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 9.

⁴² Secondo ANAC, parere n. 21/2024, «E dunque, in coerenza con la funzione interpretativa del principio in parola, sancita dall'art. 4 del Codice ("le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"), non può che concludersi nel senso che esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, profilo questo che impinge proprio e direttamente nel rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra stazione appaltante e appaltatore. La discrezionalità dell'amministrazione sotto questo profilo è dunque particolarmente pregnante, ravvisandosi, come visto, i limiti per essa, nelle declinazioni specifiche di cui al citato art. 98, disposizione che circoscrive le fattispecie rilevanti di illecito professionale, i mezzi di prova adeguati e gli oneri motivazionali, con richiamo agli elementi specifici, cui è tenuta l'amministrazione, oltre che ai principi generali di logicità e congruità". L'interpretazione ora esposta "individua perciò, rispetto all'esclusione per grave illecito professionale ex artt. 95 e 98 del Codice, il corretto punto di caduta tra "il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, [che] porta invece 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", e la circostanza per cui "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" (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12.12.2023, n. 3738)" (TAR Sardegna n. 204/2024 cit.).»

⁴³ Per G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, cit., posto che la stazione appaltante deve valutare l'intero curriculum dell'operatore, ritiene che «sia inutile e probabilmente controproducente procedere a liste, seppure esemplificative, di fatti che isolatamente considerati possono configurare un grave illecito». Per tale ragione, secondo l'A., «non appare conforme al diritto europeo la strada della tipizzazione indicata dall'art. 1 comma 2 lett. f) della l. n. 78 del 22.6.2022 di delega», suggerendo, invece, la strada della "centralizzazione" della valutazione. Per l'A., infatti, da un lato, le stazioni appaltanti non sempre dispongono delle competenze necessarie per la valutazione loro affidata, dall'altro lato, le imprese potrebbero essere valutate come affidabili per una gara e inaffidabili per un'altra, mentre la decisione centralizzata garantirebbe maggiore certezza agli operatori che, peraltro, potrebbero impugnare l'unica decisione centralizzata, anziché le eventuali innumerevoli decisioni delle singole stazioni appaltanti. La soluzione, tuttavia, contrasterebbe sia con il pluralismo amministrativo (P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, cit.), sia con la "responsabilità" della gara che ogni stazione appaltante assume.

ne tra cause di esclusione automatica e non automatica, ed essendo il grave illecito professionale ricondotto alla seconda categoria, continua ad essere centrale l'onere motivazionale gravante sulla stazione appaltante, tenuta a esternare le ragioni che consentano di cogliere e ricostruire l'iter logico – giuridico a fondamento della decisione di escludere l'operatore dalla gara, su cui pure è bene indugiare.

4. *La pendenza di un procedimento penale quale grave illecito professionale nella disciplina dettata dal d.lgs. 36/2023*

Come accennato, il nuovo Codice, seppure con elementi di novità, conferma (e del resto non potrebbe essere diversamente, andando a sostituire il d.lgs. 50/2016 nel recepimento delle direttive europee del 2014) la distinzione tra cause di esclusione prima obbligatoria ora “automatica” e cause di esclusione, prima facoltativa, oggi, “non automatica”. Indubbiamente, la nuova disciplina risulta da subito più articolata e puntuale, con l'obiettivo, per riprendere le già citate parole del criterio direttivo della lett. *n*), «di rendere le regole di partecipazione chiare e certe». Il criterio dettato dal legislatore delegante conteneva, infatti, le preoccupazioni e le perplessità manifestate dagli operatori economici, di cui si è dato conto nel paragrafo precedente, posto che l'impostazione previgente sembrava piuttosto volta a favorire l'amministrazione nella dimostrazione di eventuali ragioni di inaffidabilità.

In tale contesto, il Codice dei contratti pubblici del 2023, dopo avere individuato, all'art. 95, le fattispecie di esclusione non automatica, tra cui, al comma 1, lett. *e*), la commissione di un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dedica l'art. 98 ai gravi illeciti professionali e ai mezzi adeguati a dimostrarli, indicandoli, a mente della citata lett. *e*), «in modo tassativo». Diviene, allora, dirimente l'analisi dell'art. 98 per valutare la portata della riforma.

In particolare, la disposizione, al comma 2, chiarisce che, affinché l'illecito professionale sia tale da determinare l'esclusione del concorrente dalla gara, debbono ricorrere, cumulativamente, tre condizioni. Nello specifico, occorre che: *(i)* sussistano elementi sufficienti a integrare la condotta; *(ii)* l'illecito professionale incida sull'affidabilità e integrità dell'operatore; *(iii)* si disponga di adeguati mezzi di prova.

Con riguardo al primo elemento, l'art. 98 prosegue chiarendo, al comma 1, che il grave illecito professionale può desumersi da uno degli elementi ivi indicati; si fa, dunque, riferimento (lett. *a*) all'ipotesi in cui sia irrogata una sanzione da parte dell'AGCM o altra autorità che assuma rilievo rispetto all'oggetto dell'appalto, (lett. *b*) alla condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare il

processo decisionale della stazione appaltante o di acquisire informazioni riservate oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti, e (*lett. c*) alla condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto tali da causare la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili⁴⁴. Ancora, nell'elenco degli elementi da cui si può desumere il grave illecito professionale si include la condotta dell'operatore economico (*lett. d*) che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, (*lett. e*) che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria, (*lett. f*) che abbia omesso di denunciare all'autorità giudiziaria in qualità di persona offesa i reati ivi previsti, e, infine, per quanto più interessa in questa sede, si richiama, da un lato, (*lett. g*) la contestata commissione, da parte dell'operatore economico ovvero da parte degli altri soggetti⁴⁵ individuati dall'art. 94, comma 3⁴⁶, di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo art. 94⁴⁷, dall'altro

⁴⁴ Viene ricondotta, dunque, al grave illecito professionale una fattispecie prima considerata dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 in via autonoma, alla *lett. c-ter*) del quinto comma, a seguito della modifica intervenuta con l'art. 5 del d.l. n. 135/2018, conv. in l. n. 12/2019. Il Codice del 2023 conferma che non rileva la non contestazione o la conferma in giudizio della risoluzione e, d'altronde, non avrebbe potuto essere diversamente dopo i chiarimenti della Corte di giustizia UE che, con la decisione del 19 giugno 2019, resa nella causa C-41/18 (sul rinvio pregiudiziale promosso dal Tar Campania con ord. del 22 novembre 2017; in senso analogo, anche Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2018, ord. n. 2639), ha chiarito che il diritto dell'UE – e in particolare l'art. 57, par. 4, lettere *c*) e *g*), della direttiva 2014/24/UE – osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio (e, dunque, un evento di natura potestativa) da parte dell'operatore economico della decisione dell'amministrazione di risolvere un contratto di appalto pubblico, per significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisca all'amministrazione che indice una nuova procedura a evidenza pubblica di valutare inaffidabile quell'operatore ancor prima della conclusione del giudizio sulla risoluzione anticipata.

⁴⁵ La condotta penalmente rilevante, dunque, può tradursi in un grave illecito professionale anche quando tenuta da soggetti diversi dall'operatore economico, segnandosi così una netta differenza rispetto alle altre ipotesi di grave illecito professionale individuate dall'art. 98 che assumono importanza solo se compiute dall'operatore economico, come chiarito dal medesimo art. 98 al comma 1. Cfr. B. Tonoletti, *Commento all'art. 98*, cit., e A. Police, *Commento all'art. 98*, in A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, 901, il quale appunto sottolinea come la fattispecie del grave illecito professionale, generalmente, non è estesa alle ipotesi di cd. contagio dell'operatore economico da parte della persona fisica. Sull'ambito soggettivo di applicazione della disciplina previgente, S. Caldarelli, *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2, 149.

⁴⁶ Oltre all'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, si fa riferimento al titolare o al direttore tecnico in caso di impresa individuale, al socio amministratore o al direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, ai soci accomandatari o al direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, ai membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali, i componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, al direttore tecnico o al socio unico, all'amministratore di fatto nelle ipotesi precedentemente richiamate.

⁴⁷ Che richiama: «a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale oppure delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis oppure al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 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 decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia dogana-

lato, (*lett. h*) la contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico o sempre dei soggetti richiamati dal citato comma 3 dell'art. 94, di una serie di reati consumati espressamente individuati⁴⁸.

Soprattutto, però, è opportuno notare che in sede di approvazione definitiva non è stata riproposta la *lett. i*)⁴⁹ della bozza di Codice, contenente una disposizione di chiusura riferibile a condotte integranti fatti di reato diversi da quelli espressamente menzionati ovvero anche non costituenti fatti di reato, che, secondo quanto si legge nella Relazione di accompagnamento, era sembrato opportuno introdurre e che comunque non parevano contrastare con la *lett. n*) della legge delega per l'impossibilità di "codificare" ogni fattispecie comportamentale grave idonea ad incidere sul motivato giudizio di affidabilità ed integrità.

Occorre, allora, domandarsi in che misura la "nuova" disciplina possa contribuire a conferire maggiore certezza agli operatori, fermo restando che, come anticipato, continua ad essere centrale l'onere motivazionale gravante sulla stazione appaltante se è vero che il verificarsi di una delle fattispecie descritte non è sufficiente, ma è altresì necessario che sussista la seconda condizione prevista dall'art. 98, ossia l'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore. E del resto non potrebbe essere diversamente trattandosi di cause di esclusione non automatica. Ciò è ben chiarito dal comma 8 dell'art. 98, ai sensi del quale "Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in rela-

le, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 452-*quaterdecies* del codice penale, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 24 ottobre 2008; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis*, 353, 353-*bis*, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile; c) false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile; d) frode ai sensi dell'articolo 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 articoli 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter*.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109; g) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24; h) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione».

⁴⁸ In particolare, «1) abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 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 articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; 3) i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale; 4) i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; 5) i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231».

⁴⁹ «Commissione, da parte dell'operatore economico, di condotte diverse da quelle di cui alle precedenti lettere, la cui gravità incida in modo evidente sull'affidabilità ed integrità del medesimo in misura tale da compromettere l'interesse pubblico».

zione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2”, nonché dal precedente comma 4, secondo il quale “La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell’entità della lesione inferta 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”⁵⁰.

Venendo specificatamente all’ipotesi qui considerata della pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione per grave illecito professionale, assumono rilievo le richiamate disposizioni del comma 3, lettere *g)* e *h)*, che, dunque, individuano espressamente le condotte penalmente rilevanti che possono configurare un grave illecito professionale, circoscrivendo significativamente il potere di esclusione della stazione appaltante, così da garantire maggiore prevedibilità e certezza per gli operatori economici.

Peraltro, sempre a volere considerare esclusivamente la fattispecie dei procedimenti penali pendenti, merita un cenno la terza condizione richiesta cumulativamente dall’art. 98 affinché l’amministrazione possa determinarsi per l’esclusione, ossia che sussistano adeguati mezzi di prova, specificati dal comma 6 per ciascuno degli illeciti di cui al comma 3 dell’art. 98. In particolare, si chiarisce che costituiscono adeguati mezzi di prova, quanto alla richiamata lett. *g)*, gli atti di cui all’art. 407-*bis*, comma 1, c.p.p., il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell’articolo 429 c.p.p., 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’articolo 444 c.p.p.⁵¹; del resto, se non si “anticipasse” la misura, in tali casi non vi sarebbe differenza con le ipotesi di esclusione automatica di cui all’art. 94. Quanto alla lett. *h)*, costituiscono idonei mezzi di prova la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva e i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale.

Mezzi di prova che, al pari degli elementi da cui si può desumere l’illecito professionale, dovrebbero essere considerati tassativi, posto che l’art. 95, comma 1, lett. *e)*, chiarisce che «all’articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi». Peraltro, a

⁵⁰ Senza contare che l’eventuale incompletezza o non veridicità delle dichiarazioni rese (diverse da quelle di cui alla lett. *b)* del comma 3, ossia diverse da quelle false e fuorvianti) potrebbe incidere sulla valutazione della gravità del fatto, ai sensi dell’art. 98, comma 5.

⁵¹ La disposizione richiamata non indica tra i possibili mezzi di prova l’iscrizione nel registro degli indagati di cui all’art. 335 c.p.p., con la conseguenza che, come chiarito dall’ANAC con la delibera n. 397 del 6 settembre 2023, «Nella nuova disciplina dettata dall’art. 98 del d.lgs. 36/2023, invece, la mera iscrizione nel registro degli indagati *ex art.* 335 c.p.p., in quanto non espressamente citata nel comma 6 dello stesso art. 98, tra i “mezzi adeguati di prova”, non può formare oggetto di valutazione ai fini della sussistenza di un illecito professionale grave, tenuto anche conto del principio di tassatività sancito dall’art. 95, comma 1, lett. *e)* del nuovo Codice sopra richiamato».

seconda del “mezzo di prova” disponibile, dovrà essere diversamente modulata la motivazione dell'esclusione, come si chiarisce nella Relazione di accompagnamento al Codice proprio al fine di ridurre le frizioni con un sistema costituzionale assistito dalla c.d. presunzione di innocenza, *ex art. 27 Cost.*, sebbene riferito espressamente soltanto all'“imputato” e, quindi, alle misure penali⁵². Si legge infatti nella Relazione che è evidente che la portata dimostrativa di una sentenza di condanna, ancorché non passata in giudicato, sia ben maggiore rispetto ai provvedimenti a questa prodromici, ed a quelli di natura cautelare: in queste ultime ipotesi, soprattutto, più approfondita dovrà essere la valutazione resa dall'amministrazione ove essa ne tragga elementi per disporre l'esclusione (facoltativa) dell'operatore.

Anche alla luce della nuova disciplina, dunque, la stazione appaltante mantiene un importante potere discrezionale, sebbene decisamente più circoscritto nei presupposti del suo esercizio e con le ulteriori limitazioni derivanti dalle disposizioni del comma 10, lett. c), dell'art. 96. Ivi si chiarisce, infatti, per quanto interessa in questa sede, che le cause di esclusione per grave illecito professionale rilevano per tre anni decorrenti «dalla data di emissione di uno degli atti di cui all'articolo 407-*bis*, comma 1, del codice di procedura penale⁵³ oppure di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all'esercizio dell'azione penale ove la situazione escludente consista in un illecito penale rientrante tra quelli valutabili ai sensi del comma 1 dell'art. 94 oppure ai sensi del comma 3, lettera h), dell'articolo 98»⁵⁴ (peraltro, ai sensi del successivo comma 11, l'eventuale impugnazione di tali atti non incide sulla decorrenza del termine⁵⁵ e, per ottemperare a quanto disposto dal comma 12, l'operatore economi-

⁵² Per D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento*, cit., «la riconducibilità del provvedimento di allontanamento dalle procedure di affidamento alla 'materia penale' potrebbe, peraltro, sollevare dubbi di compatibilità con la CEDU anche sotto l'ulteriore profilo del divieto di *bis in idem*, ove l'illiceità dei fatti all'origine dell'esclusione venga, altresì, accertata e sanzionata (anche con l'applicazione di misure accessorie, quale l'incapacità di contrattare con l'amministrazione) dal giudice penale, e con il principio di prevedibilità della decisione, quale corollario del principio di legalità di cui all'art. 7 della Convenzione, non essendo calcolabili a priori le conseguenze delle condotte contestate all'operatore economico, per inaccessibilità della previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016».

⁵³ Tar Lazio, Roma, sez. IV, 14 marzo 2024, ord. n. 1035, in cui si legge che «la tesi sostenuta dalla difesa erariale – secondo cui il sopraggiungere (dopo la richiesta di rinvio a giudizio) del decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 c.p.p. comporterebbe la possibilità di “*prescindere dalla decorrenza dei tre anni*” – non sembra trovare riscontro nella disciplina dettata dagli artt. 94 e ss. del d.lgs 36/2023».

⁵⁴ Secondo Tar Sicilia, Catania, sez. II, 6 maggio 2024, n. 1679, ciò si giustifica «in quanto, in linea con i principi espressi dalla direttiva europea in materia di appalti pubblici, deve escludersi la rilevanza di fatti che – per il tempo trascorso – non rappresentano più un indice su cui misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico, ed, a tal fine, deve aversi riguardo all'accertamento in sede giudiziale della commissione del fatto con sufficiente grado probabilistico in ordine alla colpevolezza dell'indagato (quantomeno individuabile nel grave quadro indiziario che giustifica l'emissione di una misura cautelare)».

⁵⁵ Ancora Tar Sicilia, n. 1679/2024, per cui l'impugnazione di tali provvedimenti giudiziari così come la successiva evoluzione (in senso confermativo del *fumus commissi delicti*) del procedimento penale, con l'emissione della sentenza di condanna non definitiva, non hanno l'effetto di determinare uno slittamento del *dies a*

co ha l'onere di comunicare immediatamente alla stazione appaltante la sussistenza di tali atti ove non indicati nel fascicolo elettronico, pena lo "slittamento" della decorrenza del termine triennale alla data in cui la stazione appaltante ha acquisito taluno di detti provvedimenti⁵⁶⁾ ovvero dalla commissione del fatto in tutti gli altri casi⁵⁷⁾.

Inoltre, se le previsioni da ultimo richiamate riducono la discrezionalità dell'amministrazione, ve ne sono altre che si limitano a "guidarla" o, meglio, a indicare alcuni parametri di cui occorre tenere conto al fine di valutare l'incidenza della causa di esclusione non automatica sulla effettiva integrità dell'operatore. In particolare, il riferimento va al già richiamato comma 4 dell'art. 98, in base al quale, si ricordi, la valutazione circa la gravità della condotta deve tenere conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta, nonché del tempo trascorso dalla violazione, pure in relazione a modifiche nel frattempo intervenute nell'organizzazione imprenditoriale, ma anche al comma 7 del medesimo art. 98, che impone alle stazioni appaltanti di considerare, al fine di decidere se escludere o meno l'operatore, l'eventuale impugnazione dei provvedimenti sanzionatori e, per quanto qui interessa, giurisdizionali individuati dal precedente comma 6 come elementi di prova idonei a dimostrare la sussistenza dell'illecito⁵⁸⁾. Indicazione che incide evidentemente pure sull'obbligo di motivazione gravante sulla stazione appaltante cui sarà dedicato il prossimo paragrafo, non senza prima avere sottolineato, ancora una volta, che un'ulteriore limitazione al potere di esclusione deriva dalla già ricordata possibilità per l'operatore di adottare misure di *self-cleaning*, la cui idoneità, tuttavia, è pur sempre valutata dall'amministrazione.

Con una serie di rinvii interni e le eccezioni ivi previste, l'art. 96 chiarisce, infatti, che l'esclusione non è disposta là dove, ai sensi del comma 6, le misure adottate dall'operatore economico per dimostrare la sua affidabilità siano ritenute sufficienti e tempestive, tenendo conto della gravità e delle particolari circostanze del caso concreto. In particolare, l'operatore economico è tenuto a dimostrare «di

quo di decorrenza del termine triennale, restando, altrimenti, vanificata la *ratio* dell'introduzione di un termine fisso, e, dunque, "l'esigenza di "unicità" e "immodificabilità del termine triennale" (cfr. relazione del Consiglio di Stato, cit.) di rilevanza dell'illecito penale ai fini della partecipazione alla gara pubblica.

⁵⁶⁾ Sempre Tar Sicilia, n. 1679/2024, ha escluso che dovesse trovare applicazione lo slittamento della decorrenza del termine per omessa comunicazione dell'ordinanza cautelare dal momento che la ricorrente aveva puntualmente dichiarato, in sede di partecipazione alla gara, l'adozione della sentenza di condanna quale ultimo atto emesso nell'ambito di quel procedimento penale (avviato con la convalida dell'arresto in flagranza di reato e l'applicazione di misura cautelare personale), di guisa che, ad avviso del Collegio, non poteva rilevare nel caso di specie l'omissione dichiarativa.

⁵⁷⁾ Sulle questioni interpretative relative alla rilevanza temporale della condotta nella disciplina previgente, cfr. M. Mangano, *La rilevanza temporale del grave illecito professionale nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici dura (più o meno) tre anni*, in *Urb. e app.*, 2021, 1, 47.

⁵⁸⁾ Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 11 marzo 2024, n. 204, per il quale «Tali indicazioni costituiscono, evidentemente, in senso innovativo, i parametri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante per come esternato nella motivazione».

avere 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».

5. *L'onere motivazionale della stazione appaltante e gli obblighi dichiarativi dei concorrenti*

Come più volte emerso, la stazione appaltante che intenda escludere dalla gara un operatore per grave illecito professionale in pendenza di un procedimento penale deve motivare adeguatamente in ordine alle tre condizioni che, alla luce dell'attuale disciplina, devono necessariamente coesistere. Ai sensi dell'art. 98, comma 8, infatti, come ricordato, «Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2».

Il nuovo Codice, dunque, procede a una più puntuale tipizzazione delle cause di esclusione non automatica, tuttavia, in virtù dell'ampia discrezionalità che comunque residua in capo alla stazione appaltante⁵⁹, rafforza l'obbligo motivazionale, richiedendo una chiara esposizione delle ragioni che hanno condotto l'amministrazione a ritenere che, nel caso di specie, la pendenza di un procedimento penale (unica ipotesi trattata in questo scritto), dimostrata, però, in forza di uno degli elementi di prova individuati dallo stesso Codice, incide sull'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico. E invero, ai sensi dell'art. 98, comma 7, «la stazione appaltante valuta 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». In altri termini, la presenza degli elementi di prova indicati dal Codice non è di per sé sufficiente a determinare l'esclusione dell'operatore dalla gara, ben potendo la stazione appaltante comunque decidere per l'ammissione.

Ne discende l'importanza dell'obbligo di motivare la decisione, alla luce degli elementi che il nuovo Codice impone di considerare. Chiaro, però, che la stazione appaltante spesso non è al corrente delle circostanze che potrebbero giustificare un'ipotesi di esclusione, sicché grava in capo agli operatori che intendono proficuamente partecipare alla gara un obbligo dichiarativo al fine di fornire all'amministrazione gli elementi conoscitivi necessari a valutare la sussistenza

⁵⁹ Perché, come chiarito pure dall'ANAC, con il richiamato parere n. 21/2024, «solo la stazione appaltante è nelle condizioni di valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l'appalto ad un concorrente la cui integrità o affidabilità sia dubbia, avendo riguardo all'oggetto e alle caratteristiche tecniche dell'affidamento».

del grave illecito professionale e la necessità dell'esclusione ovvero l'opportunità di ammettere comunque l'operatore alla gara, anche eventualmente in virtù delle misure di *self-cleaning* adottate. Ai sensi dell'art. 96, comma 3, infatti, l'operatore economico, se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, è tenuto a comunicare, contestualmente a quest'ultima, la situazione da sottoporre alla valutazione della stazione appaltante. In alternativa, egli può comprovare di avere predisposto idonee misure di *self-cleaning* ovvero dichiarare l'impossibilità di intervenire prima della presentazione dell'offerta, impegnandosi a ottemperare successivamente⁶⁰.

Peraltro, ove la circostanza da sottoporre alla valutazione della stazione appaltante si sia verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore deve provvedere a darne tempestiva comunicazione e, contestualmente, secondo quanto disposto dall'art. 96, comma 4, è tenuto ad adottare le misure necessarie a dimostrare la sua affidabilità. Del resto, ai sensi dell'attuale art. 96, comma 1, l'esclusione di un operatore economico può essere disposta in qualunque momento della procedura 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 articoli 94 e 95, di guisa che il concorrente è tenuto a comunicare il verificarsi della situazione prevista dal Codice anche qualora avvenga successivamente alla presentazione dell'offerta. Anche l'ANAC, seppure con riferimento alla disciplina previgente, ha avuto modo di chiarire, infatti, che, in virtù del principio di continuità del possesso dei requisiti generali e speciali, i requisiti di partecipazione, incluso quello prima disciplinato dall'art. 80, comma 5, lett. c), «devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche per tutta la durata della procedura fino alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità»⁶¹.

Ad ogni modo, l'importanza dell'onere dichiarativo, nell'ottica di una piena collaborazione tra operatori economici e stazione appaltante, anche alla luce dei richiamati principi di buona fede e di tutela dell'affidamento di cui all'art. 5 del Codice, è ulteriormente ribadita dal comma 14 dell'art. 96, in base al quale «l'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli articoli 94 e 95, ove non menzionati nel proprio fascicolo

⁶⁰ Il nuovo Codice interviene, dunque, pure sui dubbi interpretativi sorti in ordine alla tempestività delle misure di *self-cleaning*, su cui cfr. A. di Cagno, *Le misure di self-cleaning e la prova della loro adozione nell'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Urb. e app.*, 2021, 4, 460.

⁶¹ ANAC, parere n. 35 del 20 luglio 2023. Sul principio di continuità nel possesso dei requisiti, cfr. Cons. Stato, ad. plen. 20 luglio 2015, n. 8.

virtuale»⁶². Ancora, prosegue la disposizione, superando in tal modo un'altra questione interpretativa sorta nella vigenza della precedente disciplina, «l'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare ai sensi del comma 4 dell'art. 98», ossia ai fini della valutazione della gravità della condotta e della sua incidenza sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore⁶³.

Peraltro, alla luce del nuovo Codice, pure le difficoltà relative all'individuazione delle fattispecie da dichiarare⁶⁴ sembrano superate dalla perimetrazione delle condotte che possono condurre all'esclusione non automatica⁶⁵, agevolando così gli operatori economici nel corretto adempimento dell'onere dichiarativo⁶⁶.

⁶² Sul problema, a livello penale, della compatibilità di tale obbligo con il principio *nemo tenetur se detegere*, cfr. D. Capotorto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento*, cit.

⁶³ Viene, pertanto, recepito l'insegnamento dell'Ad. plen. 28 agosto 2020, n. 16, che ha chiarito che «la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c) [ora c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; - in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; - alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; - la lett. f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lett. c) [ora c-bis]) della medesima disposizione». Cfr. C. Napolitano, *La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza Plenaria*, in *Giustiziasieme.it*, 2020.

⁶⁴ Cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. III, 25 gennaio 2024, n. 102, secondo cui, con riguardo alla disciplina previgente, specie alla luce dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato n. 16/2020, che ha chiarito che, ai fini della valutazione dell'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, quelle informazioni evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, deve ritenersi che «ai fini dell'applicazione della causa di esclusione contemplata dall'art. 80, comma 5, lett. c-bis), D.Lgs. n. 50/2016, sebbene non vi sia un obbligo normativo esplicito di dichiarare l'esistenza di carichi pendenti, nondimeno esso è comunque predicabile nel caso all'esame per l'indubbia rilevanza degli stessi in termini di corretto svolgimento della gara».

⁶⁵ Ragion per cui, nella vigenza del precedente Codice, P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, cit., aveva proposto quale soluzione quella di redigere bandi di gara meno standardizzati. In altre parole, secondo l'A., «la stazione appaltante deve porre i concorrenti nelle condizioni di individuare prima della partecipazione le condotte da dichiarare ai fini della valutazione di affidabilità con riferimento agli illeciti professionali pregressi».

⁶⁶ Sulla correlazione tra l'estensione dello spazio valutativo della stazione appaltante e l'onere dichiarativo, cfr. E. Romano, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 101.

6. *Considerazioni conclusive*

L'esame della disciplina dettata in materia di cause di esclusione non automatica dal d.lgs. n. 36/2023, ancorché nei limiti della fattispecie analizzata della pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione per grave illecito professionale, consente un giudizio almeno parzialmente positivo dell'intervenuta riforma. Sebbene, infatti, le disposizioni richiamate siano, talvolta, eccessivamente articolate e poco immediate, appaiono idonee a conseguire l'obiettivo prefissato dal legislatore delegante di restringere significativamente lo spazio valutativo delle stazioni appaltanti, a vantaggio della prevedibilità e della certezza delle "regole del gioco".

Specialmente, si apprezza la mancata riproduzione, nel testo approvato in via definitiva, della clausola di chiusura riferita anche ad altri fatti penalmente rilevanti, la cui vaghezza, oltre ad attribuire alla stazione appaltante un potere decisamente ampio, ancorché da esercitarsi sempre nei limiti della proporzionalità e della ragionevolezza, avrebbe reso eccessivamente gravosa la concreta determinazione del contenuto dell'obbligo dichiarativo incombente sull'operatore economico, finendo per renderlo onnicomprensivo⁶⁷, evidentemente al di là delle ipotesi in cui la condotta potrebbe rivelarsi indice di un rischio di affidabilità nell'esecuzione della commessa pubblica.

Le esigenze di certezza di cui sono portatori gli operatori economici che partecipano alla procedura ad evidenza pubblica sembrano, dunque, maggiormente salvaguardate, fermo restando che, sebbene concernenti fattispecie ormai più circoscritte, le ipotesi di esclusione non automatica qui considerate mantengono la loro natura affittiva pur prescindendo da un definitivo accertamento della condotta contestata. D'altronde, nell'ottica della stazione appaltante, l'esclusione dell'operatore di cui siano a rischio l'integrità e l'affidabilità si traduce in una

⁶⁷ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 28 luglio 2020, n. 8821, per cui «È ovvio, infatti, che la stazione appaltante non è in grado, di regola, di ricostruire i fatti da cui desumere il grave illecito professionale, ove essi non siano stati segnalati dal concorrente: questi ha perciò l'obbligo di indicarli, e viene infatti escluso se presenta dichiarazioni non veritiere (art. 80, comma 5, lett. *f-bis*), o se ometta le informazioni dovute (art. 80, comma 5, lett. *c-bis*). Ne segue il cd. principio di onnicomprensività della dichiarazione, che deve farsi carico di fornire "quante più informazioni possibili" (Cons. Stato, n. 5142/18), purché pertinenti, in linea astratta, rispetto al giudizio della stazione appaltante in ordine alla affidabilità ed integrità del concorrente (Cons. Stato, n. 5136 del 2018). Con riguardo ai fatti di rilievo penale, come si è detto innanzi, tale pertinenza sussiste in linea presuntiva, poiché essi sono in sé indice di una potenziale attitudine alla più severa infrazione delle regole della convivenza civile, così riflettendosi sull'affidabilità professionale del soggetto dichiarante. Ciò non significa, naturalmente, che ogni illecito penale sia, al contempo e sempre, illecito professionale. Ma, piuttosto, che il sospetto recato in sé dalla natura penale dell'illecito, quanto alla capacità di riverberarsi sugli indici di affidabilità professionale dell'operatore economico, ne rende necessaria in linea di principio l'ostensione alla stazione appaltante, perché essa possa compiere le proprie valutazioni».

misura prudenziale che trova la sua giustificazione nel principio di responsabilità, come ben spiegato dal *considerando* 101 della dir. 2014/24/UE, in cui si chiarisce che la facoltà attribuita alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla gara un operatore, allorché vi sia stata una grave violazione dei doveri professionali anche prima dell'eventuale accertamento da parte delle autorità appositamente preposte, è accordata «*Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea*».

La "responsabilità" dell'amministrazione per una sua eventuale decisione erronea – oggi ricollegabile almeno ai correlati principi del risultato⁶⁸, di cui al primo articolo del Codice, e, ancora, della fiducia⁶⁹ – costituisce il perno su cui è costruita la disciplina dell'esclusione non automatica⁷⁰: se rispetto all'esclusione automatica la valutazione circa la non affidabilità dell'operatore economico proviene dallo stesso legislatore e a quella valutazione la stazione appaltante è inevitabilmente vincolata, nelle altre ipotesi è la stazione appaltante a subire le conseguenze di un errore di giudizio circa l'affidabilità del contraente. Di conseguenza, è l'amministrazione a dovere valutare se sussistono ragioni idonee a compromettere il rapporto fiduciario con l'operatore economico, pur sempre alla luce del già menzionato principio di proporzionalità, come pure ribadito dal richiamato *considerando* 101 e, comunque, tenendo conto dell'interesse, enfatizzato dall'Unio-

⁶⁸ Per F. Fracchia, *Il principio di risultato*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 13, spec. 42-43, «il risultato "deve" essere raggiunto, altrimenti il problema non è risolto e il bisogno non è soddisfatto. Ciò spiega perché, una volta processato dal sistema del diritto (secondo un codice binario: conseguito o fallito) esso rilevi *ex post* sotto il profilo della responsabilità (altro tipico costruito del sistema del diritto). Ai sensi dell'art. 1, infatti, il risultato è criterio prioritario anche per valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, nonché per attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva. In altri termini, il raggiungimento del risultato non è solo un fattore tranquillizzante per il funzionario (una sorta di esimente), ma si configura soprattutto come un vincolo giuridicamente rilevante: ciò si spiega in quanto il risultato pertiene all'area degli interessi della collettività e non è un "bene" del dipendente, il quale, al servizio della Nazione, *ex art. 98, Cost.*, lo "affronta" nell'interesse altrui».

⁶⁹ Di cui all'art. 2 del Codice che, emblematicamente, al comma 2, chiarisce che «il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato». La correlazione con il principio del risultato e la "responsabilità" della stazione appaltante è ben messa in evidenza da Tar Sicilia, Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738, secondo cui «Il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, porta invece 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». Sull'"endiadi" costituita dai principi del risultato e della fiducia, R. Ursi, *La "trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, cit., e E. Carloni, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici e le sue implicazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2024, 1, 131.

⁷⁰ Cons. Stato, sez. V, ord. 3 maggio 2018, n. 2639.

ne europea, alla massima partecipazione degli operatori alle gare, quale declinazione del principio di concorrenza, vuoi per garantire loro concrete possibilità di aggiudicarsi la commessa pubblica, vuoi per consentire alla stazione appaltante di individuare il migliore contraente⁷¹ per fare fronte alle sue esigenze e raggiungere il “risultato” perseguito.

⁷¹ Ancora M. Calabrò, A.G. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

La pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione dell'operatore dalla gara per grave illecito professionale tra "vecchio" e "nuovo" Codice dei contratti pubblici

Il contributo analizza le novità apportate dal d.lgs. 36/2023 in materia di cause di esclusione, con particolare riguardo alla fattispecie dell'esclusione non automatica disposta per grave illecito professionale in caso di pendenza di un procedimento penale. Dopo un'analisi delle principali questioni interpretative sorte nella vigenza del d.lgs. 50/2016, a causa della indeterminatezza delle ipotesi riconducibili al concetto di grave illecito professionale con nocumento del *favor participationis*, l'articolo si propone di valutare l'idoneità della nuova disciplina a rendere più chiare e certe le "regole del gioco" per coloro che partecipano alle gare. In particolare, si sottolinea l'importante intervento di tipizzazione delle fattispecie di grave illecito professionale e dei mezzi di prova per dimostrarne la sussistenza, senza trascurare la *ratio* dell'attribuzione alla stazione appaltante di un ampio potere valutativo con riguardo all'affidabilità e all'integrità dei concorrenti.

The exclusion of the economic operator from the procedure for grave professional misconduct as a consequence of the pendency of a criminal proceeding between "old" and "new" public contracts code

The paper analyses the innovations introduced by Legislative Decree 36/2023 with reference to the exclusion grounds, with specific regard to the case of non-automatic exclusion when the economic operator is guilty of grave professional misconduct, due to a pending criminal proceeding. After an analysis of the main issues that arose during the validity of Legislative Decree 50/2016, due to the indeterminacy of the cases related to the concept of grave professional misconduct with serious damage to the *favor participationis* principle, the article aims to evaluate the capacity of the new discipline to make the "rules of the game" clearer and more certain for the economic operators. In particular, the paper underlines the important intervention of typifying the cases of grave professional misconduct and the means of proof to demonstrate their existence, without neglecting the rationale of attributing to the contracting authority a broad evaluative power with regard to reliability and integrity of economic operators.

