«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 315-344

Articoli e saggi

Tassatività delle cause di esclusione e *self cleaning* "allargato" nel codice dei contratti pubblici

Giuseppe Andrea Primerano

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La tassatività della cause di esclusione fra esigenze di razionalizzazione normativa e rispetto della legalità. – 3. Principio di tassatività e cause di esclusione *extra codicem*. – 4. Dicotomia delle cause di esclusione e affidabilità dell'operatore economico tramite meccanismi di ravvedimento operoso. – 5. La versione "allargata" del *self cleaning* nel nuovo Codice. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La redazione del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), nonostante i peculiari tempi di gestazione, strettissimi, soprattutto se confrontati con il processo di approvazione della l. delega 21 giugno 2022, n. 78, è il frutto di un lavoro intenso e ordinato[1] che ha saputo impiegare al meglio principi e criteri direttivi individuati dal legislatore.

L'enunciazione di principi generali, probabilmente, rappresenta l'aspetto che finora ha maggiormente catturato l'attenzione dei commentatori. In particolare, la codificazione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, che a norma dell'art. 4 sono destinati a orientare l'interpretazione e l'applicazione dell'intero articolato, restituisce la suggestiva immagine di un'amministrazione del fare, incoraggiata nell'uso della discrezionalità in vista del perseguimento di specifici traguardi[2], ancora più ambiziosi e sfidanti nella stagione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, per il cui tramite è stato possibile accede-

[1] Così L. Carbone, *La scommessa del "codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.

[2] Cfr. F.G. Scoca, *Prefazione*, in S. Cimini, A. Giordano (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2025, XIX.

re ai contributi stanziati nell'ambito del *Next Generation EU*, in relazione al quale il diritto nazionale ha assunto un ruolo strumentale e di supporto[3].

Il discorso, come si intuisce, è giuridico, ma anche culturale e politico. Si tratta di un processo che presuppone un atteggiamento meno pregiudizialmente colpevolista, certamente, anche in virtù della traiettoria evolutiva ordinamentale che consente di riflettere su riforme come quelle che hanno portato all'abrogazione del reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., a seguito dell'entrata in vigore della l. 9 agosto 2024, n. 114 (c.d. legge Nordio), e all'innalzamento della soglia della punibilità con riferimento alla responsabilità amministrativa, venendo in rilievo condotte commissive, per effetto delle previsioni sullo "scudo erariale" di cui all'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76[4]. Ed è un processo che in un quadro regolatorio in fermento, sia pure a direttive invariate, mira ad assicurare – semplificando, anche attraverso la rimozione del *gold plating* ovunque possibile[5] – un punto di equilibrio tra esigenze di celerità ed efficienza e garanzie di correttezza e legalità[6], «perché la legalità non si può scambiare, si deve solo perseguire nel modo più semplice, senza oneri inutili e con la massima efficacia possibile»[7].

---

[3] Cfr. M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale. Un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, 2021, 1025 ss. Ad avviso di F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021, è riscontrabile una sostanziale legificazione del PNRR, mentre nella prospettiva di N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 2022, 1, iv ss., si inaugura un innovativo metodo di governo che obbliga ogni Stato membro a rispettare regole e tempi di un inedito procedimento euro-nazionale.

[4] Il c.d. decreto semplificazioni è stato convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120. In base alla norma citata, la responsabilità amministrativa «è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta», ma tale limitazione non trova applicazione «per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente». Si registra così il superamento dell'indirizzo che, ai fini dell'integrazione del dolo erariale, aveva ritenuto sufficiente la volontà del soggetto legato alla p.a. da un rapporto di servizio di tenere un comportamento lesivo di un obbligo preesistente (c.d. dolo contrattuale), a prescindere dall'intenzione di nuocere alle finanze pubbliche.

[5] L'espressione, come è noto, indica la pratica delle istituzioni nazionali di andare oltre quanto richiesto dall'Unione nel recepimento della legislazione europea. La giurisprudenza costituzionale ha precisato che «l'esatta individuazione di tale fenomeno andrebbe operata tenendo conto della finalità di omogeneità che la legislazione europea mira a realizzare nell'ambito dell'Unione, per garantire parità concorrenziale tra i suoi cittadini», cosicchè «ove la legislazione europea riconosca ai singoli Stati facoltà di autonoma disciplina, in relazione alla individuazione di più stringenti sistemi di tutela, non potrebbe ravvisarsi una ipotesi di *gold plating*» (Corte cost. 27 maggio 2020, n. 100). In tale prospettiva, il divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive deve essere correttamente interpretato nell'ottica di ridurre gli "oneri non necessari" e non anche in termini di abbassamento del livello di garanzie volte a salvaguardare determinati valori costituzionali, in relazione ai quali, come riconosciuto anche dall'Adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato nel parere del 1° aprile 2016, n. 855, «le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive».

[6] Su tali aspetti e per un'analisi critica dell'evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici, con particolare riferimento all'impatto normativo sulla (auspicata) semplificazione della disciplina, F. Vetrò, G. Lombardo, M. Petrachi, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 31 ss.

[7] L. Carbone, *La scommessa del "codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, cit., 11.

Se le pp.aa. sono tenute a perseguire i fini determinati dalla legge, del resto, si comprende che le conseguenze dell'*agere* amministrativo non possono che essere, almeno implicitamente, ivi prefigurate, ossia le norme attributive del potere conducono a un effetto tipizzato che realizza un determinato assetto di interessi: un "risultato" che «proprio perché ontologicamente già considerato dalla norma, ne costituisce parte integrante, consustanziale, assurgendo in tal modo da generico bene della vita a bene giuridicamente qualificato»[8]. La novità recata dal d.lgs. n. 36/2023 non attiene tanto all'enunciazione del principio del risultato, quanto all'espresso riconoscimento della sua centralità nel nuovo sistema, trattandosi del «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto» (art. 1, comma 4), e il suo esplicito collegamento all'affidamento e all'esecuzione del contratto con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto della legalità, della trasparenza e della concorrenza (art. 1, comma 1).

Quest'ultimo principio è funzionale a garantire "il miglior risultato possibile" attraverso le regole di concorrenza per il mercato dettate dal d.lgs. n. 36/2023, la trasparenza mira alla "massima semplicità e celerità" nella corretta applicazione di tali regole, *ergo* entrambi i principi in questione contribuiscono ad avverare la legalità di risultato. I principi codicistici, infatti, non sono fine a se stessi, ma funzionali all'attuazione di un interesse pubblico, nel caso di specie, rappresentato dalla realizzazione dell'opera pubblica, dall'espletamento del servizio e dal conseguimento della fornitura[9], *id est* un risultato che, tuttavia, non presuppone alcun obbligo amministrativo in ordine alla garanzia dell'anelato bene della vita. Lo stesso potrebbe essere negato, purché attraverso una puntuale esplicazione dei presupposti fattuali e delle ragioni giuridiche concernenti l'infondatezza della pretesa.

Da qui l'importanza di accedere a una visione sostanzialistica della legalità, con ripercussioni sul piano del sindacato di legittimità sulla discrezionalità amministrativa, e la constatazione che il risultato, nella prospettiva della funzionalizzazione[10], è l'essenza stessa della legalità[11]. L'applicazione di una serie elaborata di principi, alla stregua dei primi dodici articoli del Codice, non sottende alcuna dequotazione della legalità, semmai la colora di un risultato specifico secondo

[8] Così M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, n. 9/2024, 210, che sul punto richiama L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 64.

[9] S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022, 6.

[10] Fin troppo chiaro il riferimento ai saggi di F. Benvenuti, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss., e *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 134 ss.

[11] Cfr. A. Police, *La terra, l'aria e il fuoco. Spigolature sulle innovazioni per l'effettività della tutela*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024, 140.

quanto innanzi osservato. È alla luce di tali coordinate che il presente contributo intende esplorare la tassatività delle cause di esclusione e la versione "allargata" del *self cleaning*[12] nell'attuale impianto codicistico.

2. *La tassatività della cause di esclusione fra esigenze di razionalizzazione normativa e rispetto della legalità*

L'esigenza di procedere a una razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione alle procedure di affidamento più chiare e certe, ha rappresentato uno dei criteri direttivi ai quali il Governo si è attenuto nell'esercizio della delega in materia di contratti pubblici[13]. In tale prospettiva, la riscrittura della disciplina dei requisiti di ordine generale di cui all'odierna Parte V, Titolo IV, Capo II del Codice intende perseguire un livello superiore di determinatezza normativa[14], anche in considerazione dell'ampio contenzioso sorto[15] in costanza di art. 80 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sui motivi di esclusione[16].

Il principio di tassatività delle cause di esclusione, a tale stregua, contribuirà in modo sempre più incisivo a guidare le attività delle stazioni appaltanti e ad orientare le valutazioni degli organi deputati al controllo, in quanto direttamente rapportabile alla legalità di risultato. Tassatività significa tipicità delle cause di esclusione, come si può ricavare dall'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 in

[12] Secondo quanto si legge nella Relazione del Consiglio di Stato sullo schema definitivo del nuovo Codice (p. 140).

[13] Si veda l'art. 1, comma 2, lett. n), della l. n. 78/2022.

[14] Sulla necessità di individuare le fattispecie in grado di incidere negativamente sulla partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici con adeguata precisione e tassatività, in quanto limitative dell'esercizio della libertà di iniziativa economica e della concorrenza, F.G. Scoca, *Sul trattamento giuridico della moralità professionale degli imprenditori di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app*., 1999, 531.

[15] Soprattutto con riferimento al grave illecito professionale, a causa dell'indeterminatezza della fattispecie, nonostante il tentativo di fornire coordinate più precise tramite Linee guida ANAC (n. 6 approvate con delibera del 16 novembre 2016, n. 1293, aggiornate con delibera dell'11 ottobre 2017, n. 1008, al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, e in seguito al d.l. 31 maggio 2021, n. 77, come convertito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108). In tema, fra i molti, 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, 779 ss.; F.F. Guzzi, *L'esclusione dell'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*, n. 4/2022; 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 ss.; J. Vavalli, *Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale nell'esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali*, in *Nuove auton*., 2020, 777 ss.; S. Vernile, *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*, in *Dir. econ*., 2024, 65 ss.

[16] Cfr. E. Romano, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 169 ss.

base al quale i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei cui confronti venga accertata la sussistenza di cause di esclusione "espressamente" definite dal Codice[17]. Si aggiunga a ciò, per un verso, che le cause di esclusione integrano di diritto (c.d. eterointegrazione) bandi e lettere di invito[18], per altro verso che le clausole che dovessero introdurre ulteriori cause di esclusione sarebbero affette da nullità e, come tali, si riterrebbero non apposte[19].

Il binomio tipicità-tassatività delle cause di esclusione, dettato al precipuo scopo di favorire la massima partecipazione alle gare, risale all'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, come modificato dall'art. 4, comma 2, lett. d), nn. 1 e 2, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 11 luglio 2011, n. 106. A partire da quel momento, per espressa previsione normativa, i bandi di gara sono stati legittimati a disciplinare cause espulsive, anche di carattere formale, purché conformi ai casi tassativi di cui al comma 1-*bis* della norma citata, nonché alle altre disposizioni del Codice, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali[20].

Prima di allora, era stata la giurisprudenza amministrativa a rappresentare il principale presidio all'affermazione dei valori dell'obiettività e della predeterminazione dei requisiti soggettivi di partecipazione alle gare, quantomeno, a seguito della "comunitarizzazione" della materia dei contratti pubblici[21]. Nella vigenza della precedente normativa sulla contabilità generale dello Stato, infat-

[17] Le cause di esclusione, a tale stregua, rappresentano una sorta di "sanzione" riguardante gli operatori economici privi dei requisiti di partecipazione di ordine generale: cfr. in tal senso B. Tonoletti, *Art. 10*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024, 50 ss.

[18] L'eterointegrazione della *lex specialis* desumibile dall'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 è funzionale a garantire l'affidabilità "morale" dell'operatore economico. Essa permea la disciplina di gara e condiziona la possibilità di aggiudicare e stipulare contratti pubblici. La giurisprudenza amministrativa, a più riprese, ha riconosciuto che l'eterointegrazione di tale disciplina va limitata ai casi in cui sia individuabile una "lacuna" della *lex specialis*, la quale abbia «omesso di prevedere elementi considerati come obbligatori dall'ordinamento giuridico» (Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10935, che, sul punto, richiama Id., sez. V, 6 ottobre 2022, n. 8558; Id., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903).

[19] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 dicembre 2024, n. 9734; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 15 gennaio 2025, n. 114; Tar Lazio, Roma, sez. II, 30 dicembre 2024, n. 23740.

[20] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, secondo cui «la nuova disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*». Una simile interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione è stata espressamente affermata nel senso della non necessità che la sanzione espulsiva venga esplicitamente prevista dalla legge ove sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti a una procedura di affidamento (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 16 ottobre 2013, n. 23; Id., 7 giugno 2012, n. 21).

[21] Cfr. 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, 254 ss. A scopo sinottico, si veda Tar Lombardia, Milano, sez. III, 11 giugno 2003, n. 3077, secondo cui l'esclusione dalla partecipazione alle gare – per quanto rileva nel caso di specie disciplinata dall'art. 12 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, di attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi – non consente di introdurre, attraverso singole previsioni del bando di gara, autonome situazioni ostative al conseguimento della qualificazione alla gara: «in tale quadro residua all'amministrazione procedente il potere di valutare, in concreto, la ricorrenza dei presup-

ti, era riscontrabile la regola per cui «l'amministrazione ha piena e insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione»[22].

Non che l'attuale disciplina trascuri ragioni di natura contabilistica. Proprio l'art. 10, comma 3, del Codice si riferisce all'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica. Ciò in coerenza con le declinazioni del principio di buon andamento rafforzato, nella prospettiva della sana gestione finanziaria, dall'introduzione dell'obbligo di equilibrio di bilancio per tutte le amministrazioni, ai sensi degli artt. 81, 97 e 119 Cost., come novellati dalla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1.

Il regime di favore verso l'accesso al mercato, da perseguire tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti, d'altro canto, denota la centralità delle disposizioni sulle cause di esclusione e, in particolare, il riconoscimento della loro tassatività che costituisce un canone di stretta legalità dotato di un'intrinseca funzione di garanzia, a favore dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica, nella tradizionale contrapposizione fra autorità e libertà[23].

È dunque innegabile la portata innovativa dell'art. 46, sopra richiamato, che rivela, sì, il carattere formale della tassatività, ma anche, e soprattutto, la sua indole sostanziale nella misura in cui rende insuperabile il principio in base al quale i contraenti della p.a., per divenire tali, devono dimostrare di possedere, prima ancora che specifici requisiti di natura economico-finanziaria e tecnico-professionale, requisiti "morali" enunciati dal legislatore *a contrario*[24], ossia attraverso la tipizzazione di cause di esclusione al ricorrere delle quali a essere messa in dubbio è l'integrità stessa dell'operatore economico.

Detto altrimenti, le stazioni appaltanti escludono operatori economici che si dimostrino inaffidabili, anche per ragioni di *par condicio* fra potenziali contra-

---

posti astrattamente definiti dalla legge, ma non la facoltà di riconoscere autonomo rilievo a ulteriori situazioni inabilitanti, non previste dalle norme di settore, ma liberamente determinate dalla singola stazione appaltante».

[22] Così l'art. 68 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, ossia il regolamento di attuazione del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, recante disposizioni per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato. Ad avviso di G. Tropea, *I principi del risultato, della fiducia, della buona fede e dell'affidamento in alcune interpretazioni recenti*, in *Munus*, 2024, 2, XXVIII, la vocazione strategica dei contratti pubblici emergente dal nuovo Codice segna una fase di "stasi attiva": «dopo la fase contabilistica e quella pro-concorrenziale, negli ultimi anni non si è di fatto pervenuti a una fase del tutto nuova, come attesta il carattere ibrido della fase cd. neocontabilista, connotata dei nuovi, e per certi versi non sempre univoci e coerenti, interessi della *spending review* e della lotta alla corruzione. Di fatto questi due interessi sono stati ritenuti, con alterne fortune, sublimabili nella tutela e valorizzazione della concorrenza».

[23] Sul punto cfr. M.L. Antonioli, *Art. 10*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 111, e, più in generale, V. Caputi Iambrenghi, *Libertà e autorità*, voll. I-II, Napoli, 2021-2023.

[24] S. Vernile, *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*, cit., 66.

enti[25]. Ciò posto, incidendo su libertà economiche costituzionalmente garantite, nonché sugli attuali principi codicistici di accesso al mercato, concorrenza e massima partecipazione, finalizzati a perseguire il miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti, è necessario che la disciplina delle cause di esclusione si presenti il quanto più possibile dettagliata[26].

In quest'ottica si registra un'apprezzabile evoluzione dalle disposizioni dell'art. 83, comma 8 (ultima parte), del d.lgs. n. 50/2016 – secondo cui «i bandi e le 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», con la precisazione che dette prescrizioni sarebbero comunque nulle – all'attuale art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 36/20232, ai sensi del quale le cause di esclusione *ex* artt. 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito. Una replica delle disposizioni dapprima richiamate, già inserite nella norma sui criteri di selezione e sul soccorso istruttorio, avrebbe potuto ingenerare il dubbio di una tassatività riferibile ai requisiti speciali, per converso, delineabili da stazioni appaltanti ed enti concedenti nell'esercizio della propria discrezionalità[27].

Come è noto, infatti, accanto ai requisiti di ordine generale volti a garantire l'affidabilità "morale" dei partecipanti a procedure di evidenza pubblica, il legislatore richiede che i concorrenti posseggano ulteriori requisiti, nell'insieme, idonei a dimostrarne professionalità ed elevati standard qualitativi[28]. In effetti, almeno a partire dalla pronuncia *Concordia Bus Finland* della Corte di Giustizia[29], è stato pienamente acquisito il principio per cui la tutela della concorrenza nel settore

[25] La realizzazione dell'accesso al mercato, infatti, avviene nel rispetto della concorrenza (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VII, 17 gennaio 2023, n. 579). Su tale logica, racchiusa nell'art. 3 del d.lgs. n. 36/2023, R. Dipace, *Principio dell'accesso al mercato*, in *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 89.

[26] Anche al fine di agevolare un'interpretazione quanto più possibile rigorosa e oggettiva, da cui discende il divieto di applicazione analogica delle cause tipiche di esclusione (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 10), in linea a un indirizzo giurisprudenziale risalente alle origini del binomio tipicità-tassatività: «con la disposizione di cui all'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 il legislatore ha inteso rimettere alla sola fonte normativa la competenza a individuare cause di non ammissione a procedure di gara, residuando in capo alle stazioni appaltanti, un'attività di stretta interpretazione di siffatte ipotesi, o comunque di mera ricognizione delle medesime; di tanto vi è conferma proprio nell'ultima parte della disposizione citata che vieta espressamente l'introduzione di ulteriori cause di esclusione da parte della "*lex specialis*", tale evenienza essendo stata sanzionata con la nullità radicale» (Tar Lazio, Roma, sez. II, 19 febbraio 2013, n. 1828, ripreso da Tar Campania, Salerno, sez. I, 3 novembre 2016, n. 2376).

[27] Per un esaustivo inquadramento, F. Francario, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, 952 ss. L'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023 conferma la suddivisione dei "requisiti speciali" in tre tipologie: l'idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali, successivamente, ripresi con maggiore impegno esplicativo dall'art. 100 del Codice che attua l'art. 58, par. 4, della direttiva 2014/24/UE e l'art. 1, comma 2, lett. s), della legge delega n. 78/2022.

[28] In tal senso viene valorizzata la discrezionalità di stazioni appaltanti ed enti concedenti, riservandosi loro un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e maggiormente rispondente ai bisogni della collettività: *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 1 febbraio 2024, n. 1048; Id., sez. III, 8 gennaio 2024, n. 855.

[29] Corte giust. 17 settembre 2002, causa C-513/99.

dei contratti pubblici implica anche la capacità dell'impresa di stare sul mercato attraverso l'offerta di prodotti competitivi per soddisfare una domanda pubblica qualificata, in relazione ai sottostanti interessi della collettività[30].

L'irrilevanza delle clausole addizionali eventualmente previste nella documentazione di gara, alla luce della tipizzazione delle cause di esclusione, si sostanzia ancora oggi in una forma di nullità (testuale) riferibile alla singola clausola, che non si estende all'intero atto[31]. Il carattere derogatorio di tale nullità, rispetto alla regola per cui un atto illegittimo è annullabile[32], fa sì che la stessa non possa estendersi in via analogica all'infuori dei casi previsti dalla norma, che, come poc'anzi osservato, riporta ai requisiti di ordine generale e non anche a quelli di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale *ex* artt. 10, comma 3, e 100 del d.lgs. n. 36/2023[33]. In quest'ultimo caso, difetterebbe in radice la possibilità di applicare il principio di tassatività e il corollario della nullità per clausole difformi, essendo di regola la stazione appaltante competente a fissare nel bando la relativa disciplina[34].

Rimane da chiarire quale sia il regime di invalidità nei casi di clausole escludenti non atipiche, ossia ulteriori rispetto a quelle individuate dagli artt. 94 e 95 del Codice, bensì difformi perché *contra legem*. Dato il carattere eccezionale delle ipotesi di nullità e che le norme riguardanti l'azione amministrativa, stante il loro carattere pubblicistico, sono sempre imperative, è stata prospettata l'annullabilità delle clausole difformi da far valere entro l'ordinario termine decadenziale[35]. In

[30] Su questa logica del contratto pubblico come "strumento a plurimo impiego", *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701; Id., sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807; Id., sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322; Id., 12 febbraio 2020, n. 1076.

[31] In argomento cfr. Cons. Stato, ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, e le annotazioni di F.G. Scoca, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove auton*., 2021, 155 ss.

[32] Secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, nel diritto amministrativo la sanzione prevista in via generale per l'invalidità è l'annullabilità, mentre la categoria della nullità assume un rilievo residuale. Le relative cause, cioè, costituiscono un *numerus clausus*: «in altre parole il vizio di nullità, che in diritto civile rappresenta la regola generale di invalidità, risulta inversamente configurabile in diritto amministrativo, nel quale rappresenta un vizio tipico e tassativo» (Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 29 aprile 2024, n. 693).

[33] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2024, n. 7113. Per un'applicazione della disciplina previgente, Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2024, n. 1434: «invero, la declaratoria di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 si riferisce a clausole del bando che impongono adempimenti formali e non può dunque riguardare prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara attinenti ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica (Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5828; Id., III, 7 luglio 2017, n. 3352)».

[34] Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 dicembre 2024, n. 21577.

[35] Cfr. N. Berti, *Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*, cit., 275 s., il quale ricorda la prima formulazione dell'art. 10 all'interno dello schema preliminare del Codice, ove si leggeva «le clausole difformi sono annullabili». L'Autore così conclude: «non pare vi siano ragioni per ritenere superata *per tabulas* la giurisprudenza consolidata in materia, posto che la statuizione testuale di nullità (da intendersi come eccezionale e tassativa) è stata pur sempre riservata alle sole clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione, risultando perciò inutile (e potenzialmente foriera di confusione) la precisazione – opportunamente eliminata – che tutte le altre sono annullabili (se difformi dalla legge)».

giurisprudenza è dato riscontrare precisazioni circa la «nullità delle previsioni della *lex specialis* di gara che stabiliscano cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate»[36], in base all'argomentata continuità di disciplina recata dagli artt. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163/2006 e 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 che, al pari dell'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, statuiscono la nullità delle prescrizioni ulteriori rispetto a quelle prefigurate a livello normativo.

Dal punto di vista pratico, invero, non è sempre agevole tracciare il solco fra annullabilità e ipotesi di nullità, in senso tecnico, delle clausole escludenti[37]. Per provare a fare chiarezza è utile richiamare alcuni spunti offerti dall'Adunanza Plenaria n. 9/2014[38], in questa parte non superata dalla successiva pronuncia n. 22/2020[39].

Nulla quaestio nei casi di legge di gara che recepisce o rinvia alla disciplina codicistica ovvero che nulla dice al riguardo: la portata imperativa delle pertinenti norme conduce, alla stregua di quanto accade *ex* art. 1339 c.c., all'eterointegrazione della *lex specialis*. Venendo alle ipotesi patologiche, si distinguono casi di nullità delle clausole escludenti non previste dal Codice, come tali lesive del principio di tassatività, e casi di clausole recanti una disciplina incompatibile con quella codicistica, allorquando si rende necessaria l'impugnazione diretta della clausola invalida per poter dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento. In tale ultima evenienza, l'Adunanza Plenaria sembra riferirsi a clausole inclusive derogatorie rispetto alle prescrizioni codicistiche che, data la natura del bando come atto amministrativo generale d'indole imperativa non disapplicabile, subiscono la caducazione degli effetti in conseguenza del loro annullamento per violazione di legge.

---

[36] Tar Sardegna, sez. II, 20 gennaio 2020, n. 30; Tar Campania, Napoli, sez. V, 17 maggio 2019, n. 2616; Tar Basilicata, sez. I, 22 settembre 2018, n. 647; Tar Veneto, sez. I, 13 agosto 2018, n. 861; Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 6 giugno 2017, n. 202.

[37] In tal senso v. A. Barone, M. Di Pace, *La violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione nei bandi di gara pubblica*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020, in nota a Cons. Stato, ad. plen., n. 22/2020.

[38] Ci si riferisce, segnatamente, al punto 6.2.1 della sentenza.

[39] Secondo cui la clausola escludente, lesiva del principio di tassatività, «è nulla, ma tale nullità, se da un lato non si estende al provvedimento nel suo complesso (*vitiatur sed non vitiat*), d'altro canto impedisce all'amministrazione di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola, rendendoli altrimenti illegittimi e quindi, attesa l'autoritatività di tali atti applicativi, annullabili secondo le regole ordinarie». Deriva da ciò, a integrazione di quanto già affermato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, che, al cospetto di una clausola nulla, non sussiste alcun onere per l'impresa di proporre ricorso: «Tale clausola – in quanto inefficace e improduttiva di effetti – si deve intendere come "non apposta", a tutti gli effetti di legge […]. Non vi è dunque alcun onere per le imprese partecipanti alla gara di impugnare (entro l'ordinario termine di decadenza) la clausola escludente nulla e quindi "inefficace" *ex lege*, ma vi è uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente» (Cons. Stato, ad. plen., n. 22/2020). Per una ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale, R. Caroccia, *La tassatività delle cause di esclusione* ex *art. 10 d.lgs. 36/2023: una nuova forma di nullità nel diritto amministrativo*, in *Nuove auton.*, 2023, 1062 ss.

È appena il caso di osservare, in tale prospettiva, che la perdurante efficacia delle clausole difformi, fino al loro eventuale annullamento, non consente di ritenere operante alcun meccanismo di sostituzione automatica che presuppone l'esistenza di clausole nulle o non apposte, secondo quanto poc'anzi delineato. Di certo, la riserva a favore della legge in ordine alla scelta delle cause di esclusione massimizza il principio di legalità, circoscrivendo in modo significativo l'area dei poteri discrezionali della p.a.[40].

3. *Principio di tassatività e cause di esclusione* extra codicem

La tassatività delle cause di esclusione disciplinate nella Parte V, Titolo IV, Capo II del Codice denota un significativo sforzo, in chiave programmatica, del legislatore che restituisce un testo molto articolato[41], contraddistinto dall'esplicazione di numerosi principi, ma anche da una puntuale disciplina di dettaglio che – proprio grazie ai principi[42] – si presenta maggiormente intellegibile[43]. Si percepisce in modo netto, come è stato precisamente osservato, «il percorso verso la cosiddetta "legalità di risultato" che deve superare vuoti formalismi che spesso hanno ingessato l'opera della Pubblica Amministrazione»[44]. Ciononostante,

[40] M.L. Antonioli, *Art. 10*, cit., 110.

[41] Come è noto, il nuovo codice dei contratti pubblici è stato elaborato da una Commissione speciale istituita, con decreto n. 236 del 4 luglio 2022 del Pres. Franco Frattini, presso il Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 14 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, richiamato dall'art. 1, comma 4, della l. n. 78/2022. Sull'iter dello schema di Codice, M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 2022.

[42] Sulla rilevanza dei principi enunciati dal nuovo Codice dei contratti pubblici, a distanza di circa due anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023, si annoverano numerosissimi contributi. Cfr., senza pretesa di esaustività, P. Marzaro, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici: la funzione nomopoietica del Consiglio di Stato per un "nuovo paradigma" di amministrazione*, in *Dir. econ*., 2024, 441 ss.; M. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023; G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm*., 2023, 287 ss.; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app*., 2023, 5 ss.; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 2023; M.R. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 2023, 24, 222 ss.

[43] Cfr. R. Cavallo Perin, *Principi e autonomia nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice*, cit., 44 ss.; ivi C. Contessa, *I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici: alcuni spunti di riflessione*, 33 ss., che riconosce alla disciplina di principio quattro distinte funzioni: nomogenetica, volta a indirizzare *ex ante* le scelte dello stesso legislatore; quella di orientare *ex ante* le scelte discrezionali dell'amministrazione attraverso la fissazione di criteri e priorità circa la valutazione e la graduazione dei diversi interessi coinvolti; la funzione di individuare con valenza ricognitiva, nel panorama normativo, obiettivi e finalità cui riconoscere il carattere della prevalenza; una funzione, infine, che contribuisce a delineare le operazioni ermeneutiche demandate all'interprete.

[44] G. Carlino, *Prefazione*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., XVII. Si veda, inoltre, M. Ramajoli, *I principi generali*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 47, la quale sottolinea che le stazioni appaltanti sono invitate «a ricorrere alla discrezionalità e allo spazio valutativo di tipo tecnico abbandonando una mentalità obbediente alla sola legalità formale».

come viene rilevato nella Relazione del Consiglio di Stato sullo schema definitivo del nuovo Codice, l'assenza nel nostro ordinamento della figura della *loi organique* francese non preclude l'introduzione, in via legislativa, di norme speciali (asistematiche) relative a ulteriori cause di esclusione.

La tassatività di dette cause e le correlate previsioni sulla nullità, dopotutto, mirano a garantire la piena attuazione dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE. Tale circostanza diviene apprezzabile alla stregua del divieto di *gold plating* di cui all'art. 1, comma 2, lett. a), della legge delega n. 78/2022, ma ciò non impedisce che fonti primarie tipizzino cause di esclusione extracodicistiche. Il comune presupposto fondante tassatività e nullità in esame, infatti, attiene solo alla competenza esclusiva del legislatore[45] a disciplinare i requisiti generali di accesso alle gare, diversamente da quanto è predicabile, come già anticipato, rispetto ai requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, espressione di discrezionalità della p.a., che devono in ogni caso apparire attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto[46], essendo le stazioni appaltanti tenute a considerare l'interesse pubblico al più ampio numero – alla massima partecipazione – di potenziali concorrenti, ivi incluse le piccole e medie imprese[47].

È accaduto così che quella programmaticità, connessa alle segnalate esigenze di razionalizzazione, dimostrata dal legislatore del Codice è stata in un certo senso ridimensionata per effetto della tendenza ordinamentale a prevedere ipotesi di esclusione dalle procedure di gara fuori dal d.lgs. n. 36/2023[48]. Significative, in tal senso, le disposizioni dell'art. 29, comma 19, del d.l. 2 marzo 2024, n. 19 (c.d. decreto PNRR-*bis*), come convertito dalla l. 29 aprile 2024, n. 56, le quali, nell'introdurre il nuovo sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi che operano nei cantieri temporanei e mobili tramite "patente a crediti"[49], stabiliscono l'esclusione dalla partecipazione ai lavori pubblici, per un periodo di sei

[45] Statale, data la riconducibilità alla materia tutela della concorrenza di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. dell'intera disciplina delle procedure di evidenza pubblica, le quali devono svolgersi nel rispetto di regole e principi europei di libera circolazione delle merci, libera prestazione dei servizi e libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione (*ex multis*, Corte cost. 11 febbraio 2021, n. 16; Id. 7 novembre 2013, n. 259; Id. 26 febbraio 2013, n. 28).

[46] Per una ricostruzione della relazione fra criteri di attinenza e proporzionalità all'oggetto del contratto e individuazione dei requisiti speciali di partecipazione, M. Calabrò, A. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Ambientediritto.it*, 2023, 2, 14 ss., secondo cui la "proporzionalità" è accostabile al *favor partecipationis* e all'interesse della singola impresa di poter accedere a determinati segmenti di mercato (visione "micro" ispirata a ragioni pro-concorrenziali), mentre il parametro della "attinenza" appare maggiormente legato al principio di massima partecipazione osservato dal lato dell'amministrazione (visione "macro" in funzione del buon andamento).

[47] Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 dicembre 2024, n. 21577, secondo cui «per i requisiti speciali, per i quali è di regola la stazione appaltante competente a fissare, nel bando, la relativa disciplina, difetterebbe (in radice) la possibilità di applicare il principio di tassatività (e il corollario della nullità per le clausole difformi), atteso che la *lex specialis*, non la legge, è competente a stabilirli».

[48] Cfr. M. Allena, *Art. 94*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 858.

[49] Attraverso la riscrittura dell'art. 27 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

mesi, delle imprese che ne risultino prive o siano sprovviste di documentazione equivalente, ovvero operino con una patente avente un punteggio inferiore a quindici crediti[50]. Ancora, l'art. 3 del d.l. 7 giugno 2024, n. 73, come convertito dalla l. 29 luglio 2024, n. 107, sancisce che l'inadempimento contrattuale, definitivamente accertato, da parte dei soggetti affidatari dei contratti per la gestione del Centro Unico di Prenotazioni (CUP) di una Regione integra una nuova ipotesi di illecito professionale grave ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 36/2023; ipotesi, quest'ultima, di particolare rilevanza poiché individua una causa di esclusione (non automatica) non assoggettabile a misure di *self cleaning*[51].

Come osservato dalla dottrina, del resto, fin dall'entrata in vigore del Codice era emersa la difficile conciliabilità del principio di tassatività delle cause di esclusione con la previsione dei protocolli di legalità *ex* art. 83-*bis*, comma 3, del Codice antimafia[52], da leggere in combinato con l'art. 1, comma 17, della l. 6 novembre 2012, n. 190, secondo cui le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, nei bandi di gara o nelle lettere di invito che il mancato rispetto di tali protocolli o dei patti di integrità[53] costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto[54].

Detto fenomeno è stato ricondotto, talvolta, alla categoria delle condizioni generali del contratto[55], talaltra a una dimensione prettamente pubblicistica[56]. In tale scenario hanno acquisito rilievo norme come l'art. 1362 c.c. sull'intenzione dei

[50] La patente, rilasciata in formato digitale dall'Ispettorato nazionale del lavoro a seguito di autocertificazione dei requisiti di cui al primo comma dell'art. 27 sopra richiamato, è dotata di un punteggio iniziale di trenta crediti che, tuttavia, subisce decurtazioni ai sensi dell'all. I-*bis* d.l. n. 19/2024. Non sono tenute al possesso della patente di cui all'art. 27 in argomento le imprese in possesso dell'attestazione di qualificazione SOA in classifica pari o superiore alla III *ex* art. 100, comma 4, e all. II-*bis* d.lgs. n. 36/2023.

[51] Nello specifico, ai sensi dell'art. 3, comma 6, del d.l. n. 73/2024 «l'esclusione è disposta dalle gare avviate in qualsiasi regione e l'operatore economico non può avvalersi della possibilità prevista dall'art. 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, del d.lgs. n. 36 del 2023».

[52] L'art. 83-*bis* del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, rubricato «verifiche antimafia e protocolli di legalità», è stato introdotto dall'art. 3, comma 7, del d.l. n. 76/2020.

[53] Sulle origini di protocolli di legalità e patti di integrità, F. Saitta, *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Riv. trim. app.*, 2014, 161 ss. Con la sottoscrizione del patto di integrità, al momento della presentazione dell'offerta, l'operatore economico accetta regole volte a rafforzare comportamenti già doverosi le quali prevedono, in caso di loro violazione, sanzioni di carattere patrimoniale quali l'incameramento della cauzione, in disparte l'esclusione dalla procedura. In tal senso, vengono in rilievo misure attuative inquadrabili nelle strategie di prevenzione della corruzione. In argomento, da ultimo, G. Di Mitri, *La prevenzione della corruzione nei rapporti tra imprese e Pubblica Amministrazione, dal D.lgs. n. 50/2016 al D.lgs. n. 36/2023*, in *Federalismi.it*, n. 9/2024, 82 ss., cui *adde*, per ulteriori sviluppi, D. Capotorto, *Uso e abuso dei protocolli di legalità nella prassi amministrativa e nella regolazione*, in *GiustAmm.it*, n. 12/2021; G. Iudica, *Spigolature critiche sui patti d'integrità*, in *Riv. trim. app.*, 2020, 1727 ss.; S. Vinti, *I protocolli di legalità nelle procedure di evidenza pubblica e il giudice amministrativo come nuovo protagonista nelle politiche anticorruzione*, in *GiustAmm.it*, 2016, 2.

[54] Cfr. M. Allena, *op. ult. cit.*; M. Renna, *I principi*, in S. Fantini, H. Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, Milano, 2023, spec. 18 e 24.

[55] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 722.

[56] Cfr. CGARS 12 gennaio 2022, n. 32.

contraenti, ove assume carattere preminente la regola dell'interpretazione letterale, con la conseguente necessità di ricostruire l'intento della p.a. alla stregua del contenuto complessivo dell'atto, ovvero l'art. 1366 c.c. sull'interpretazione del contratto secondo buona fede, cosicchè la perimetrazione degli effetti della clausola è limitata a quanto è dato ragionevolmente intendere, anche in virtù del principio di buon andamento che impone all'amministrazione di operare in modo chiaro e lineare, in modo da fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure[57]. Ciò, soprattutto, quando possono derivare specifiche conseguenze negative come, appunto, l'esclusione da una procedura di affidamento o la risoluzione di un contratto stipulato.

In sostanza, in relazione alla fase esecutiva, il patto implementa le ordinarie tutele del codice dei contratti pubblici, consentendo di configurare quale causa di scioglimento del vincolo provvedimenti occorsi in un determinato contesto; nel corso dell'evidenza pubblica le medesime circostanze possono incidere, in termini preclusivi, sull'aggiudicazione della procedura e sulla successiva stipula[58]. In conformità al principio di proporzionalità di matrice europea e all'esegesi della Corte di Giustizia[59], peraltro, protocolli e patti non devono eccedere quanto necessario per raggiungere gli obiettivi prestabiliti, per cui è rimessa alle stazioni appaltanti la valutazione in ordine all'idoneità della condotta, benintesa la garanzia del contraddittorio procedimentale e l'obbligo di motivare la scelta[60]. Se, dunque, le norme sopra richiamate non legittimano forme di automatismo espulsivo[61], come si intuisce, è stato necessario chiarirne la portata applicativa, attraverso un'interpretazione rigorosa, onde evitare una loro sovrapposizione alla disciplina della cause di esclusione recata dal codice dei contratti pubblici.

Anche per tale via emerge che il principio di tassatività preclude l'introduzione di cause di esclusione con *lex specialis* di gara o fonte regolamentare, ma non vieta al legislatore di accostare alle ipotesi espressamente enunciate dal d.lgs. n. 36/2023 fattispecie extracodicistiche. Si può convenire con l'osservazione, diffusa in dottrina, per cui la riscrittura della disciplina relativa alle cause di esclusione ha delineato un insieme di regole più organizzato e conciso[62] che risponde a esigenze di qualità della

[57] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989.

[58] Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 dicembre 2023, n. 18918.

[59] Il riferimento si intende effettuato a Corte giust., sez. X, 22 ottobre 2015, causa C-425/14, *Impresa Edilux e SICEF*, con nota di S. Vinti, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm*., 2016, 318 ss.

[60] Cfr. la delibera ANAC del 22 dicembre 2020, n. 1120, in merito alle novità introdotte dal d.l. n. 76/2020 in materia di patti di integrità.

[61] Tar Piemonte, sez. II, 2 aprile 2024, n. 322, allorquando il patto di integrità rilevante nel caso di specie si riferiva a una clausola risolutiva espressa e richiamava l'art. 1456 c.c., in linea a Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2023, n. 1302.

[62] In questi termini si esprime R. Rolli, *L'interdittiva antimafia: misure di prevenzione connesse e controllo giudiziario*, in *Dir. econ*., 2024, 54. Cfr., inoltre, R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 17/2023, 280. Sulla riserva di legge in tema di cause di esclusione dell'operatore economico, ulteriormente, S. Fantini, H.

regolazione e di conoscibilità preventiva delle condizioni di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica[63], tanto più in considerazione del principio di eterointegrazione già richiamato[64]. Sembra più difficile, invece, riconoscere valore precettivo all'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023 e, a tale stregua, concludere per una "riserva di codice" in tema di cause di esclusione[65], per le seguenti ragioni.

In primo luogo, per quanto concerne le disposizioni volte a prevedere obblighi o divieti a pena di esclusione dalle gare pubbliche, in vigore al momento dell'emanazione del Codice, rileva osservare che l'art. 226 del d.lgs. n. 36/2023 non fa riferimento ad alcuna fattispecie escludente. In merito alle disposizioni successive, invece, appare dirimente l'interpretazione "autentica" fornita dal Consiglio di Stato nella Relazione sullo schema definitivo del nuovo Codice, che riconosce una chiara valenza programmatica all'art. 10 nella parte in cui stabilisce che le cause di esclusione espressamente definite dagli artt. 94 e 95 sono tassative. Tassatività significa tipicità delle cause di esclusione, cioè tali cause possono essere introdotte solo tramite fonti di rango primario. Ad assumere rilievo, pertanto, è una riserva di legge e non di Codice.

In secondo luogo, a proposito dell'esigenza di assicurare la certezza del diritto, in materia di contratti pubblici e per quanto in questa sede è più d'interesse, è stato chiarito che a essere vietate sono, per l'esattezza, interpretazioni giurisprudenziali relative a disposizioni nazionali poco chiare in grado di produrre un immediato effetto escludente, laddove il comportamento doveroso richiesto all'o-

---

Simonetti, *Lo svolgimento del procedimento e gli organi di gara*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., 169 ss.; B. Giliberti, *Art. 10*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2023, 76, per il quale la scelta di riservare al legislatore la competenza a introdurre ipotesi di esclusione dalle gare mira a fronteggiare «l'altrimenti naturale propensione delle stazioni appaltanti ad esercitare, non necessariamente in maniera arbitraria, discrezionalità in sede di *lex specialis*, mediante la individuazione di ipotesi di espulsione atipiche».

[63] In tale ottica va letto l'art. 226 del d.lgs. n. 36/2023, in base al quale «ogni intervento normativo incidente sulle disposizioni del codice e dei suoi allegati, o sulle materie dagli stessi disciplinate, è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in essi contenute».

[64] Bisogna, infatti, escludere che sia l'interprete a eterointegrare il bando sulla scia di valutazioni soggettive di opportunità ovvero laddove l'esegesi si sostanzi in operazioni ermeneutiche complesse o sia volta a recepire nell'ambito di una gara in corso sopravvenienze normative: cfr. B. Giliberti, *Art. 10*, cit., 78, che sul punto richiama l'indirizzo giurisprudenziale in base al quale l'eterointegrazione può operare solo mediante meccanismi automatici. Cfr., inoltre, Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433, secondo cui «la procedura di affidamento di un contratto pubblico è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio *tempus regit actum* ed alla natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola, cui non solo le imprese partecipanti, ma anche l'amministrazione non può sottrarsi». Pertanto, anche in considerazione della tutela dell'affidamento degli operatori economici, si deve escludere che le sopravvenienze normative possano avere effetti diretti sul procedimento di gara, venendo altrimenti sacrificati i principi di certezza del diritto e di buon andamento, con assoluta imprevedibilità degli esiti (Cons. Stato, ad. plen., n. 9/2014, in linea alla quale v. Cons. Stato, sez. III, 1° settembre 2014, n. 4449). Cfr., inoltre, Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 7, con nota di M. Silvestri, *Dall'atipicità alla tassatività delle cause di esclusione dalle pubbliche gare*, in *Giur. it.*, fasc. 8-9, 2020, 1976 ss. Nella prospettiva accolta da Tar Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 5 novembre 2024, n. 19503, l'irrilevanza dello *ius superveniens* e il necessario rispetto del principio *tempus regit actum* si estende anche alla fase esecutiva dell'affidamento (v. anche Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1318).

[65] Cfr. N. Berti, *Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*, cit., spec. 267 s.

peratore economico non sia neppure individuabile in base alla disciplina di gara. Ciò è agevolmente riscontrabile in base alla pronuncia *Pizzo Pippo* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, per la quale «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti»[66].

La tassatività delle cause di esclusione, in definitiva, costituisce un argine nei confronti della discrezionalità amministrativa e non legislativa, almeno fintanto che vengano rispettati livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive europee. Il riferimento effettuato dall'art. 10, comma 2, del Codice alla nullità di clausole volte a introdurre ulteriori – rispetto agli artt. 94 e 95 – ipotesi di esclusione, pertanto, riguarda bandi e lettere di invito. Deriva da ciò che l'eterointegrazione della disciplina di gara enunciata dalla medesima norma, funzionale a garantire l'affidabilità dell'operatore economico che condiziona la possibilità di procedere all'aggiudicazione e alla stipula, data la necessità di assicurare l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della p.a. fin dal momento genetico[67], non potrà prescindere dalla considerazione di tutti i requisiti indicati da norme imperative, quand'anche si tratti di fattispecie tipizzate fuori Codice.

4. *Dicotomia delle cause di esclusione e affidabilità dell'operatore economico tramite meccanismi di ravvedimento operoso*

Giunti a questo punto dell'analisi appare opportuno chiarire l'assoluta compatibilità del principio di tassatività con la dicotomia della cause di esclusione, automatiche (art. 94) e non automatiche (art. 95) contemplate dal Codice. Nel primo caso la valutazione in ordine all'effetto espulsivo è compiuta direttamente dal legislatore senza che residuino in capo alla stazione appaltante margini di discrezionalità, ossia il potere amministrativo è vincolato. Nel secondo caso la stazione appaltante svolge valutazioni attinenti alla sussistenza di presupposti prefigurati a livello normativo che, laddove appurati, rendono necessitata l'esclusione dalla procedura di affidamento, ossia la discrezionalità è tecnica[68].

[66] Corte giust., sez. VI, 2 giugno 2016, causa C-27/15.

[67] Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2017, n. 3444.

[68] Come si legge nella Relazione sullo schema definitivo del nuovo Codice «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

Per chiarire questi concetti, si prenda il caso dell'operatore economico che abbia reso false dichiarazioni o falsa documentazione. La stazione appaltante è tenuta a darne segnalazione all'ANAC che, riscontrando dolo o colpa grave, alla luce della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto per un periodo fino a due anni, a norma dell'art. 96, comma 15, d.lgs. n. 36/2023. L'iscrizione nel casellario vincola il potere espulsivo della stazione appaltante.

Diverso è il caso dell'operatore economico che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni della stazione appaltante circa la selezione o l'aggiudicazione, allorquando occorrerà verificare la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente la configurabilità di un illecito professionale grave, causa di esclusione non automatica *ex* artt. 95, comma 1, lett. e), e 98 del d.lgs. n. 36/2023. La stazione appaltante, in altri termini, è qui tenuta a operare una valutazione di integrità e affidabilità dell'operatore economico senza alcun automatismo espulsivo[69] e, tuttavia, la sussistenza dei predetti indizi renderebbe l'esclusione necessitata[70].

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi. Restando nell'ambito delle cause non automatiche di esclusione[71], si pensi alla fattispecie del conflitto di interessi, che il Codice ha esteso a qualsiasi soggetto, sia pure non dipendente in senso formale della stazione appaltante, che intervenga nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione con compiti funzionali, ossia implicanti l'esercizio di funzioni amministrative, allorchè, ai fini espulsivi, è sufficiente appurare che l'interesse finanziario, economico o altro – diretto o indiretto – interesse personale possa essere "percepito" come una minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità[72]. Si pensi, anco-

disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata». L'aggettivo "non automatiche" – impiegato anche da Cons. Stato, ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9 – in tale prospettiva consente di tracciare un confine chiaro rispetto alle cause di esclusione "automatica" *ex* art. 94 «laddove nessun margine di apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante, che deve limitarsi a riscontrarne la sussistenza».

[69] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, con nota di C. Napolitano, *La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza Plenaria*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020.

[70] Come precisato da Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2025, n. 167, spetta alla stazione appaltante, chiamata a valutare il punto di rottura del rapporto fiduciario con l'operatore economico, stabilire se l'informazione sia effettivamente falsa o fuorviante; se la stessa o l'omissione dichiarativa sia stata in grado di sviare le proprie valutazioni; se il comportamento tenuto dall'operatore economico abbia inciso in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Ne consegue che «gli obblighi dichiarativi imposti ai concorrenti hanno carattere strumentale rispetto alla valutazione di competenza della stazione appaltante sull'integrità e affidabilità degli stessi e, in quanto tali, si estendono necessariamente a "ogni dato o informazione comunque rilevante" rispetto alla valutazione stessa».

[71] Merita ricordare, al riguardo, che il legislatore europeo discorre di «motivi di esclusione facoltativi» (considerando 101 della direttiva 2014/24/UE) senza, peraltro, ambire alla loro omogeneità su tutto il territorio dell'Unione. La previsione di simili motivi di esclusione, infatti, è legata a considerazioni e obiettivi di ordine economico e sociale dei singoli Stati membri (Corte giust., sez. II, 30 gennaio 2020, causa C-395/18, *Tim s.p.a.*).

[72] Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. V, 4 dicembre 2023, n. 6670, che ha escluso la dimostrazione di un effettivo svolgimento di attività professionali da parte del presidente della commissione di gara in favore di

ra, alla distorsione della concorrenza derivante dal previo coinvolgimento dell'operatore economico nella preparazione della procedura di appalto, causa di esclusione non automatica la cui operatività è stata dalla giurisprudenza negata in presenza di attività di progettazione affidata mediante gara strumentale a una successiva procedura di affidamento per un servizio diverso[73]. In ipotesi del genere non opera alcun automatismo espulsivo, ma l'inaffidabilità del potenziale contraente della p.a., se verificata in concreto, preclude un'aggiudicazione a suo favore, donde l'adozione di un provvedimento di esclusione espressione di discrezionalità tecnica.

Non si tratta, peraltro, delle uniche ipotesi in tema ove ad assumere rilievo è la discrezionalità della stazione appaltante. La valutazione delle misure di *self cleaning* intraprese dall'operatore economico, a norma dell'art. 96, comma 6, del Codice, è espressione di discrezionalità implicante una prognosi, proporzionata e ragionevole, in ordine al ripristino, o meno, della "credibilità" del concorrente. Il *self cleaning*, infatti, rappresenta un meccanismo di ravvedimento operoso attivabile dall'operatore economico che versa in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 36/2023, a eccezione dei casi di esclusione per gravi violazioni in materia fiscale e previdenziale[74], sia automatiche che non automatiche[75], ovvero di esclusione conseguente a una sentenza definitiva[76].

Nel contesto del complessivo giudizio di affidabilità dell'operatore economico, le misure di *self cleaning* possono avere natura ripristinatoria oppure tec-

---

una delle società del raggruppamento aggiudicatario. Diversamente, Tar Puglia, Bari, sez. I, 11 giugno 2024, n. 736, ha annullato una gara in cui un dirigente della stazione appaltante vantava legami di stretta parentela con un dipendente di una società concorrente.

[73] Come il servizio di coordinamento della sicurezza in fase esecutiva (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2024, n. 6191).

[74] Per quanto concerne i tratti della "gravità" della violazione, nonché della "definitività" o meno dell'accertamento – circostanza, quest'ultima, che rileva ai fini della natura, automatica o non automatica, della causa di esclusione – si veda l'allegato II.10 al d.lgs. n. 36/2023. Da ultimo v. il parere di precontenzioso ANAC n. 564 del 3 dicembre 2024, in base al quale il limite dei € 5.000 di cui all'art. 48-*bis*, commi 1 e 2-*bis*, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (rilevante ai sensi e per gli effetti dell'art. 94, comma 4, d.lgs. n. 36/2023) va riferito all'importo complessivo delle violazioni accertate dall'Agenzia delle Entrate e la somma è comprensiva di interessi, sanzioni e altri oneri. Cfr., inoltre, la pronuncia del Cons. Stato, ad. plen., 24 aprile 2024, n. 7, la quale ha confermato che la carenza dei requisiti di regolarità fiscale può riguardare anche pagamenti non diretti all'Agenzia delle Entrate: nel caso di specie, l'aggiudicataria non aveva pagato le sanzioni irrogate per l'omesso versamento del contributo unificato rispetto a un precedente giudizio davanti al Consiglio di Stato e non aveva dichiarato detta carenza del requisito di regolarità fiscale, declinato come assenza di debiti tributari.

[75] In argomento, anche in rapporto al principio del risultato «che in effetti consente di orientare l'operato delle stazioni appaltanti anche avendo a riferimento il "criterio temporale" della tempestività dell'affidamento ed esecuzione del contratto, in sostanza imponendo il superamento delle situazioni di inerzia o di *impasse*», si veda Tar Campania, Napoli, sez. I, 18 novembre 2024, n. 6332. Più di recente, cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2025, n. 1628, che, nel riconoscere la legittimità dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di gara in presenza di gravi violazioni fiscali definitivamente accertate, ha riscontrato, altresì, i presupposti del grave illecito professionale non essendo state le stesse comunicate alla stazione appaltante in violazione dei principi di trasparenza, buona fede e leale collaborazione.

[76] Nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza, ai sensi dell'art. 96, comma 7, del Codice.

nico-organizzativa. Come riconosciuto fin dal considerando 102 della direttiva 2014/24/UE e, ulteriormente, specificato nel successivo art. 57, par. 6, l'operatore economico può «fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione», ossia egli può provare «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», mentre spetta alla stazione appaltante valutare dette misure «considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito». In modo del tutto analogo si esprime il legislatore nazionale, nell'art. 96 sopra citato, confermando che il giudizio di inadeguatezza della misura intrapresa andrebbe, comunque, congruamente motivato[77].

In entrambi i casi di *self cleaning*, ripristinatorio e tecnico-organizzativo, il ravvedimento operoso dell'operatore economico, laddove positivamente apprezzato, è idoneo a configurare un'eccezione alla regola della continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale[78]. Può, peraltro, accadere che la causa di esclusione si verifichi prima della presentazione dell'offerta, allorchè l'operatore economico dovrà comunicarla – contestualmente all'offerta – alla stazione appaltante dimostrando di avere adottato misure di *self cleaning* o di non averle potute adottare prima di quel momento, donde l'esigenza di comunicarle successivamente,

[77] Cfr. cit. Cons. Stato n. 167/2025, nonché Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2022, n. 9782; Tar Campania, Napoli, sez. I, 24 febbraio 2025, n. 1514; Tar Veneto, sez. I, 21 febbraio 2025, n. 254. Nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016, l'ANAC ha approvato apposite Linee guida (n. 6) al fine di chiarire la portata del *self cleaning* di natura tecnico-organizzativa (§ 14): «l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative; l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale; la rinnovazione degli organi societari; l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento; la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo»; tutte queste, nella prospettiva dell'ANAC, che tuttora può ritenersi un utile riferimento, rappresentano misure in cui si traduce un ravvedimento operoso dell'operatore economico potenzialmente in grado di dimostrare il rispristino della sua integrità e affidabilità. Ciò implica un contraddittorio con detto operatore economico, come si legge nel medesimo § 14 e risulta confermato dalla giurisprudenza dapprima citata, nell'ambito di un «confronto effettivo e coerente con il principio di proporzionalità e con i canoni generali della buona fede oggettiva».

[78] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, sulla cui scia, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2025, n. 1617; Id., sez. V, 24 maggio 2024, n. 4660. Costituiscono un corollario della regola sopra menzionata le disposizioni dell'art. 96, comma 14, del Codice, in base alle quali l'operatore economico è tenuto a comunicare alla stazione appaltante la sussistenza di fatti e provvedimenti che possono costituire causa di esclusione *ex* artt. 94 e 95, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale. L'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare quale illecito professionale grave ai sensi dell'art. 98, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

ovvero che detta causa si verifichi dopo la presentazione dell'offerta. In quest'ultimo caso, nuovamente, in base ai principi generali di leale collaborazione e buona fede di cui all'art. 1, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990, nonché, con riferimento alla normativa settoriale, ai sensi degli artt. 2 e 5 del d.lgs. n. 36/2023, spetterà all'operatore economico comunicare senza indugio le misure di ravvedimento operoso intraprese per consentire alla stazione appaltante di valutarne l'idoneità.

Il possesso dei necessari requisiti di ordine morale, infatti, deve considerarsi un principio di carattere generale, applicabile anche ai contratti c.d. esclusi[79], strumentale a garantire la *par condicio* fra i concorrenti e il buon andamento nell'ottica della legalità di risultato. Le regole di concorrenza per il mercato vanno applicate con imparzialità, in considerazione di preminenti ragioni di ordine pubblico economico[80], il risultato consiste nel portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più confacente agli interessi della collettività[81], in ossequio alla normativa di riferimento[82].

Alla stregua di simili premesse, la giurisprudenza ha ritenuto il principio del risultato "immanente" al sistema, in quanto riconducibile al buon andamento, già prima della sua codificazione ad opera dell'art. 1 del nuovo Codice[83]. In effetti, l'attuale disciplina del *self cleaning* coniuga assieme concorrenza, massima partecipazione, imparzialità e trasparenza[84], in base ai presupposti principi di tipicità delle cause di esclusione e di possesso dei requisiti di carattere generale, consentendo alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di selezionare operatori integri dal punto di vista "morale" e, quindi, affidabili. La valutazione della loro qualificazione sul piano della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale è successiva e, come si è visto, rimessa alla discrezionalità della p.a. che, onde assicurare un'ampia partecipazione strumentale alla selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è legittimata a individuare requisiti speciali attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto.

---

[79] Cfr. Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 1° dicembre 2021, n. 534.

[80] Cfr. Tar Liguria, sez. II, 11 gennaio 2016, n. 19. Si veda, inoltre, Corte giust., grande sezione, 24 maggio 2016, causa C-396/14, *MT Højgaard A/S e Züblin A/S*, ove si legge che «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza […] costituiscono la base delle norme dell'Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici». In tale ottica, in base alla medesima pronuncia, «il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti». Sul rispetto dei principi della parità di trattamento e di trasparenza in relazione alla tassatività delle cause di esclusione, altresì, Corte giust., grande sezione, 16 dicembre 2008, causa C-213/07, *Michaniki*.

[81] Sul punto cfr. A. Police, *La terra, l'aria e il fuoco*, cit., 140.

[82] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924.

[83] Cfr. Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 2 gennaio 2025, n. 4.

[84] R. Dipace, *Principio dell'accesso al mercato*, cit., 103.

Le misure di *self cleaning*, come meccanismi di ravvedimento operoso, consentono all'operatore economico di "dissociarsi" da condotte che ne determinerebbero l'esclusione. La pubblica amministrazione è chiamata a orientare la propria valutazione al risultato[85], declinazione del buon andamento – e dei correlati principi di economicità, efficacia ed efficienza – in materia di contratti pubblici, assicurando un contraddittorio effettivo e, comunque, la motivazione della propria decisione dalla quale dovrà emergere, in caso di esclusione, il punto di rottura del rapporto fiduciario con l'operatore economico. Il risultato, dunque, non autorizza alcuna forzatura del principio di legalità, nel cui perimetro rientrano i principi costituzionali e il formante normativo eurounitario[86], anzi la *vis espansiva* del principio del risultato – inteso come scopo di realizzare contratti pubblici con la massima celerità e il miglior rapporto qualità/prezzo[87] – è temperata da quello di legalità, cui non si potrebbe comunque derogare[88].

Se, dunque, è vero che la legalità non coincide con il mero formalismo legale[89], tanto più nel contesto dell'amministrazione di risultato, ciò non significa che il risultato possa prescindere dal rispetto della legalità. Il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione, infatti, avviene in ossequio ai principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Come osservato fin dalle battute introduttive, se quest'ultimo principio è funzionale a garantire il miglior risultato possibile, tramite

---

[85] Da ricercare, senza considerare direttamente le esigenze degli operatori economici, sul terreno dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto e, cioè, della risposta al singolo bisogno pubblico, come viene puntualmente osservato da F. Fracchia, *Il principio di risultato*, in *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 28.

[86] F. Fracchia, *ibidem*, secondo cui «questa banale osservazione vale, da sola, a rigettare eventuali tentazioni di leggere il risultato nella prospettiva della logica aziendalistica e isolatamente strettamente intesa».

[87] L. Carbone, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, cit., 13, il quale sottolinea, ulteriormente, che «il risultato, in tempi di PNRR, è parte della legittimità stessa dell'atto amministrativo». Si veda, inoltre, F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti*, cit. Cfr., *amplius*, F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR*, cit.

[88] Sul rapporto tra principio di legalità e amministrazione di risultato, per tutti, L. Iannotta, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. Pinelli (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti* (Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Milano, 2000, 37 ss.; M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004; A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. I, Napoli, 2001, 813 ss.; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, nonché, da ultimo, Id., *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici*, cit., 210, il quale osserva: «Il ricorso alla terminologia "amministrazione di risultato", con il suo implicito richiamo anche semantico alle logiche aziendalistiche […] aveva generato perplessità negli studiosi preoccupati delle conseguenze che una subentrante "filosofia manageriale" avrebbe potuto produrre nei confronti della legalità, valore proprio e imprescindibile dell'agire amministrativo. La logica di ciò che veniva definito in senso dispregiativo "risultato a tutti i costi" avrebbe potuto compromettere seriamente il legittimo esercizio dell'attività amministrativa, obbligata a dare esecuzione ai dettati legislativi nel rispetto di tutte le regole poste dall'ordinamento».

[89] Seguendo il magistrale insegnamento di A. Romano Tassone, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, nonché di F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003.

le regole codicistiche di concorrenza per il mercato, e la trasparenza è proiettata alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione di tali regole, ne discende che entrambi i principi contribuiscono ad avverare la legalità di risultato.

Il potere è conferito in vista di uno specifico "risultato" – il fine determinato dalla legge, nei termini poc'anzi ricordati – il quale condiziona la formulazione delle regole che, sul piano dell'azione, disciplinano il potere medesimo. Il risultato, a tale stregua, è esso stesso elemento essenziale della fattispecie normativa e procedimentale, e contribuisce a delineare la regola del caso concreto[90] secondo quanto dispone l'art. 1 del Codice. Una simile impostazione «non soltanto consente di superare qualsiasi contraddizione fra risultato e legalità, ma rende il primo parametro di riferimento per la verifica della legittimità dell'operato dell'amministrazione»[91].

In base a tali premesse, ritenere che il conseguimento del risultato è inscritto nella norma attributiva del potere consente di ridimensionare l'osservanza della legalità come valore in sé, senza per questo dequotarne la portata sostanziale. Non si potrebbe, quindi, conseguire il risultato prescindendo dal rispetto della legalità, in ossequio al criterio di non contraddittorietà[92] inteso come conformità all'assetto normativo, proiettato a (e costruito in modo tale da) assicurare il raggiungimento di quel risultato.

5. *La versione "allargata" del* self cleaning *nel nuovo Codice*

In tale apparato concettuale, che ruota intorno alla legalità di risultato, si inserisce anche la nuova versione "allargata" del *self cleaning*. Per comprendere le novità dell'attuale disciplina è utile scindere l'analisi soffermandosi, in prima bat-

[90] Cfr. M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici*, cit., 221.

[91] M.R. Spasiano, *Ibidem*. Si segnala, inoltre, Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866: «L'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione non va riguardata ponendo tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al contrario […] il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad "ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo", facendo "transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili"». Riecheggia qui l'impostazione dottrinale per la quale la rilevanza attribuita al risultato «costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa; ed è tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari amministrativi intendono la loro azione» (F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir*., agg. VI, Milano, 2002, 101). Sul rapporto fra legalità di risultato e sindacato di legittimità sulla discrezionalità amministrativa, L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm*., 1998, 302 ss., nonché, più di recente, S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità* utile, II ed., Torino, 2024, 201 ss.

[92] Sul punto cfr. F. Fracchia, *Il principio di risultato*, cit., 39.

tuta, sui profili diacronici e, in seguito, su alcune novità normative in linea con l'ampliamento dell'efficacia delle misure di *self cleaning*.

Quanto al primo aspetto, non è superfluo ricordare che l'interpretazione giurisprudenziale del previgente art. 80, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 50/2016, avallata dall'Autorità nazionale anticorruzione[93], militava nel senso che «il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle misure di *self cleaning* e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte»[94]. Il comportamento dell'operatore economico che, in presenza di un fatto di reato o di una condotta di illecito, avesse dimostrato di essersi adoperato per l'eliminazione retrospettiva del danno cagionato, ovvero per l'adozione di misure tecnico-organizzative idonee a prevenire la commissione di ulteriori reati o illeciti, in tale prospettiva, avrebbe potuto operare solo *pro futuro*. Ciò, principalmente, per non alterare la *par condicio* dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica[95] alla stregua del principio di libera concorrenza, vera e propria stella polare di tutte le politiche economiche degli Stati membri in grado di condizionare anche, e soprattutto, la materia dei contratti pubblici[96].

Bisogna, tuttavia, considerare che l'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE[97] non pone specifiche preclusioni circa il momento entro il quale attivare misure di *self cleaning*. A rilevare, piuttosto, è il giudizio di adeguatezza di tali misure sul piano della loro trasparenza, non discriminazione e proporzionalità[98]. Non si configurerebbe, quindi, alcuna lesione della *par condicio* dei concorrenti laddove si ammettesse il *self cleaning* a seguito del termine di presentazione delle offerte, sia perché gli operatori economici verrebbero comunque valutati sulla base di identiche condizioni, sia perché la valutazione da svolgere riguarda segnatamente la concreta incidenza delle misure in questione sull'affidabilità dell'operatore economico[99].

---

[93] Il riferimento è alle già citate Linee guida n. 6, ove si legge che «l'adozione delle misure di *self-cleaning* interviene entro il termine fissato per la presentazione delle offerte» (§ 14.2).

[94] Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2020, n. 481. Cfr., inoltre, Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2024, n. 10105, che richiama detto indirizzo confermato anche da Cons. Stato, V, 22 agosto 2023, n. 7903; Id., sez. III, 2 agosto 2021, n. 5659; Id., sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260.

[95] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158; Id., 24 gennaio 2019, n. 598.

[96] In argomento, senza pretesa di esaustività, R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Conc. e merc.*, 2015, 197 ss.; M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, 705 ss.; nonché, per un più generale inquadramento a livello monografico, A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

[97] Una disposizione analoga non era rintracciabile nella precedente direttiva 2004/18/CE, la quale si limitava a prevedere (art. 51) la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti relativi alla loro situazione individuale.

[98] Sotto tale profilo è da salutare con favore il superamento della regola contenuta nel previgente art. 80, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016 che limitava la possibilità del *self cleaning* ai casi in cui la pena detentiva irrogata non fosse superiore a diciotto mesi ovvero a quelli nei quali la sentenza definitiva avesse riconosciuto l'attenuante della collaborazione.

[99] Cfr. Corte giust., sez. IV, 24 ottobre 2018, causa C-124/17, *Vossloh Laeis*.

Non si vede per quali ragioni, allora, gli effetti del *self cleaning* vadano limitati alle sole procedure di affidamento *pro futuro*. Se così fosse, a risentirne non sarebbe solo l'operatore economico estromesso dalla procedura, privato del diritto a invocare i benefici scaturenti da meccanismi di ravvedimento operoso[100], ma la stessa stazione appaltante alla quale sarebbe preclusa la possibilità di perseguire il miglior risultato possibile – che passa anche attraverso la valutazione di quell'operatore – nell'affidamento e nell'esecuzione del contratto. Si andrebbe, cioè, oltre quanto è necessario per il raggiungimento dell'obiettivo prefigurato dal punto di vista normativo.

Consegue da ciò, per un verso, che la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso ben potrà essere fornita dall'operatore economico sia di propria iniziativa che su espressa richiesta amministrativa e, per altro verso, che il momento di presentazione dell'offerta è inidoneo a impedire gli effetti del *self cleaning* nei confronti dei procedimenti in corso[101]. Se ne trae definitiva conferma nell'art. 96 del d.lgs. n. 36/2023[102] che, da un lato, fissa il principio di continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale e, dall'altro lato, pone le condizioni al ricorrere delle quali, nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione, l'operatore economico non viene comunque estromesso in quanto ha effettivamente dimostrato la propria dissociazione dalla condotta potenzialmente idonea a mettere in discussione la sua affidabilità. In tale scenario, il giudizio di sufficienza delle misure adottate consente *ex se* di prevenire l'esclusione dell'operatore economico qualora l'emenda sia intervenuta prima della presentazione dell'offerta, mentre rientra nel prudente apprezzamento della stazione appaltante considerare le misure adottate in corso di procedura e valutarne l'idoneità, anche alla luce della tempestività dell'intervento riparatore.

Esaurita la questione dei profili diacronici del *self cleaning*, a questo punto, si tratta di contestualizzare l'istituto nell'attuale Codice. Sono, infatti, individuabili una serie di previsioni innovative, da leggere nell'ottica della legalità di risultato e

---

[100] Cfr. Corte giust., sez. IV, 14 gennaio 2021, causa C-387/19, *RTS infra e Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*.

[101] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 10 marzo 2025, n. 1937; Id., sez. VII, 21 novembre 2024, n. 9362; Id., sez. V, 25 agosto 2023, n. 7949; Id., sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1791; CGARS 13 luglio 2022, n. 829; Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2022, n. 4363. Tale linea interpretativa è stata avallata anche dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado. Si veda Tar Sardegna, sez. I, 24 giugno 2024, n. 489: «Il Collegio ritiene tale impostazione condivisibile anche in ragione di una interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, con la conseguenza che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, le misure di *self cleaning* non possono essere considerate irrilevanti per il solo fatto di essere state adottate successivamente alla presentazione delle offerte o nel periodo di tempo intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto. Dunque, le misure di "*self cleaning*" possono essere valutate non solo per il futuro, ma anche per le gare in corso».

[102] Lo rileva anche N. Paolantonio, *Grave illecito professionale*, in F. Manganaro, N. Paolantonio, F. Tigano (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici* (documento di lavoro AIPDA), Messina, 2024, 133, che, tuttavia, esprime qualche perplessità sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale in argomento.

della razionalizzazione delle cause di esclusione, munite di un'intrinseca coerenza con l'art. 96 più volte citato[103].

In primo luogo, viene in rilievo l'art. 97 del d.lgs n. 36/2023 sulle cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi, in base al quale, ferma restando la disciplina delle misure di *self cleaning* finora considerate[104], è possibile sostituire o estromettere un soggetto interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione, ovvero dal venir meno di un requisito di qualificazione[105]. Ciò, sia prima che dopo la presentazione dell'offerta[106], benintesa l'immodificabilità sostanziale dell'offerta medesima e la discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti circa la sufficienza e la tempestività dei provvedimenti di sostituzione o estromissione adottati, diretti a garantire l'integrità e l'affidabilità degli offerenti e, quindi, la mancata "rottura del rapporto di fiducia" con gli operatori economici interessati[107].

[103] A parte le previsioni che si passeranno in rassegna, idonee a rivelare (tutte) l'evoluzione ordinamentale all'insegna del principio della legalità di risultato, merita, altresì, richiamare gli artt. 94, comma 6, e 95, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023 – norme, come anticipato, che delineano deroghe all'operatività del *self cleaning* nei casi di violazioni gravi e definitivamente (ipotesi di esclusione automatica) o non definitivamente (ipotesi di esclusione non automatica) accertate in materia fiscale e previdenziale – nelle parti in cui rispondono a una logica in senso lato di *self cleaning*. Ci si riferisce al fatto che l'operatore economico non sarebbe escluso dalla procedura di affidamento ove dimostrasse di avere ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale venisse comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si perfezionino anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II-*ter*, 3 febbraio 2025, n. 2546), ovvero – nell'ipotesi dell'esclusione non automatica – qualora l'operatore economico compensasse il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della p.a. (cfr. Tar Campania, Salerno, sez. II, 31 ottobre 2024, n. 2033).

[104] Incluse le eccezioni, per quanto in particolare attiene alla carenza dei requisiti di regolarità fiscale o previdenziale (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. V, 17 giugno 2024, n. 12296; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 22 gennaio 2024, n. 218). Merita segnalare la recente ordinanza con cui il Tar Lazio, Roma, sez. IV-*ter*, 2 aprile 2025, n. 6562, ha rimesso in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia la questione relativa all'esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese per violazioni fiscali della mandante.

[105] Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. IV-*ter*, 24 dicembre 2024, n. 23457, secondo cui, in base al tenore letterale dell'art. 97 del d.lgs. n. 36/2023, le ipotesi di "carenza originaria" che possono rilevare ai fini dell'applicazione del rimedio dell'estromissione o della sostituzione sono specificamente quelle riferite ai requisiti generali di partecipazione, ai sensi degli artt. 94 e 95, e non anche ai requisiti speciali di cui all'art. 100 del Codice, per i quali il legislatore ha inteso limitare l'operatività della norma ai soli casi di "perdita" (e non anche di carenza originaria).

[106] Secondo quanto disposto dall'art. 97, comma 1, lett. a) e lett. b), del d.lgs. n. 36/2023. In argomento, merita ricordare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (27 maggio 2021, n. 10), onde prevenire possibili effetti distorsivi della concorrenza, aveva escluso la sostituibilità in corso di gara della mandante e della mandataria con altro operatore economico esterno al raggruppamento. La successiva pronuncia del 25 gennaio 2022, n. 2, d'altro canto, ha riconosciuto che la modificazione soggettiva dei RTI, in caso di perdita dei requisiti soggettivi *ex* art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, sarebbe possibile anche durante la procedura di gara, allorquando la stazione appaltante dovrebbe interpellare il raggruppamento e, ove quest'ultimo intendesse effettuare una riorganizzazione del proprio assetto per poter riprendere la partecipazione alla gara, assegnare un congruo termine per tale riorganizzazione.

[107] In tal senso v. Corte giust., sez. IV, 3 ottobre 2019, causa C-267/18, *Delta Antreprizã de Construcţii şi. Montaj 93*.

In tal modo, l'art. 97 delinea una disciplina speculare a quella sul *self cleaning* dettata dall'art. 96, attraverso l'istituzione di una modalità di superamento della regola della continuità nel possesso dei requisiti fissata dal primo comma di quest'ultima norma[108]. Si tratta di disposizioni deputate all'attuazione dell'art. 63, par. 1, della direttiva 2014/24/UE, nella parte in cui il legislatore europeo fa riferimento alla sostituzione di un soggetto per il quale sussistono motivi obbligatori o non obbligatori di esclusione[109], e coerenti con il criterio di cui all'art. 1, comma 2, lett. n), della l. delega n. 78/2022 sulla semplificazione delle cause di esclusione. Bisogna, infatti, considerare che la disciplina codicistica della sostituzione o dell'estromissione in esame appare molto agile contemplando, sia prima che dopo la presentazione dell'offerta, meri oneri di comunicazione da parte del RTI o del consorzio alla stazione appaltante, nel rispetto del principio del risultato che richiede garanzie in ordine alle tempistiche dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti, soprattutto nella stagione del PNRR, compatibilmente con i programmi pubblici.

Ulteriori previsioni in linea con la versione allargata del *self cleaning* di cui all'art. 96 sono quelle dettate dall'art. 94, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023 nella parte relativa al controllo giudiziario *ex* art. 34-*bis* del Codice antimafia. Una simile misura di prevenzione patrimoniale diversa dalla confisca, qualora applicata entro la data di aggiudicazione, è suscettibile di neutralizzare l'ipotesi di esclusione automatica derivante dall'adozione di un'informativa attestante un tentativo di infiltrazione mafiosa ai sensi dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 159/2011. Il riferimento alla data dell'aggiudicazione, che non compariva nell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016[110], consente di superare l'indirizzo volto a circoscrivere gli effetti dell'ammissione al controllo giudiziario unicamente *pro futuro*, da cui discendeva che l'operatore economico avrebbe potuto beneficiarne solo con riguardo a procedure non ancora avviate[111].

Non meno rilevanti sono le disposizioni dell'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023 nella parte in cui non riproducono il riferimento ai «soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara» contenuto nell'art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016. A dispetto della possibilità contemplata dalla norma previgente di dimostrare una completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata[112], infatti, emergeva un "inutile appesantimento"

[108] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2024, n. 6944.

[109] Cfr. Corte giust., grande sezione, 7 settembre 2021, causa C-927/2019, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* (punti 149-158).

[110] In relazione a tale norma, cfr. G. Corso, G. Pesce, *Requisiti generali: in particolare la normativa antimafia*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 920 ss.

[111] Cfr. M. Allena, *Art. 96*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 872.

[112] In base alla c.d. teoria del contagio, l'affidabilità della persona giuridica non può che dipendere da quella degli esponenti persone fisiche attraverso le quali essa agisce. In tema, per alcuni rilievi critici, N. Paolan-

dei possibili oneri in capo agli offerenti, peraltro, privo di giustificazione in quanto riferibile a soggetti non facenti più parte della compagine societaria[113]. L'evoluzione normativa non solo si giustifica alla luce della segnalata esigenza di procedere alla razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, ma è coerente con l'ampliamento della sfera operativa del *self cleaning*. La predetta dissociazione, nei casi di condanne riportate da persone fisiche, è ora molto più celere.

Sotto diverso, ma connesso, aspetto anche l'attuale irrilevanza, nell'ambito delle cause di esclusione automatica di cui all'art. 94 del Codice, della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* art. 444 c.p.p. è sintomatica di un'evoluzione ordinamentale[114] incline ad ampliare il novero dei potenziali contraenti della p.a.[115]. Non è del tutto agevole, pertanto, inquadrare il richiamo alla pronuncia non irrevocabile di patteggiamento effettuato dall'art. 98 del Codice a proposito dei mezzi di prova adeguati per ricostruire l'illecito professionale grave[116], pur trattandosi di una causa non automatica di esclusione[117]. In tale ambi-

---

tonio, *Grave illecito professionale*, cit., 129 s.

[113] Così la Relazione sullo schema definitivo del nuovo Codice, la quale comunque precisa che l'omesso riferimento ai "soggetti cessati" non precluderebbe ipotesi espulsive nei casi di strumentale cessazione dalla carica e continuazione dell'attività gestoria, per effetto del richiamo all'amministratore di fatto *ex* art. 94, comma 3, lett. e), del d.lgs. n. 36/2023. Considerazioni analoghe, in tale prospettiva, potrebbero traslarsi alla figura – parimenti contemplata dall'art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 – del "socio di maggioranza" in caso di società con numero di soci pari o inferiore a quattro.

[114] Da inquadrare, nel caso di specie, alla luce del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia), che ha escluso gli effetti extra-penali, ossia le conseguenze in sede civile o disciplinare-amministrativa, del patteggiamento. In tema v. Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 3 marzo 2025, n. 166: l'art. 94, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 «appare in sintonia con il nuovo art. 445, comma 1-*bis*, c.p.p., giacché esclude che la sentenza irrevocabile di patteggiamento possa avere un effetto extra-penale sfavorevole quale causa di esclusione automatica dalle gare d'appalto».

[115] L'evoluzione in argomento è stata rilevata da Tar Lazio, Roma, sez. II, 9 gennaio 2025, n. 401: «Per quanto concerne il possesso del requisiti di ordine generale, l'art. 94, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 stabilisce che "è causa di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile". A differenza della vecchia formulazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, non è più prevista come causa automatica di esclusione la sentenza di patteggiamento *ex* art. 444 del c.p.p.».

[116] Coglie le criticità di un simile richiamo anche M. Allena, *Art. 94*, cit., 859, là dove osserva che «la sentenza (ancora) non definitiva, nonostante sia un atto dal contenuto di accertamento meno "sicuro", può paradossalmente rilevare come causa di esclusione, sia pure non automatica».

[117] Ciò anche in considerazione di significative innovazioni, ulteriori rispetto alla riscrittura del grave illecito professionale, che hanno riguardato la disciplina delle cause non automatiche di esclusione. Si pensi, ad esempio, alle previsioni sull'imputabilità delle offerte a un unico centro decisionale. L'art. 95, comma 1, lett. d), del Codice, nel recepire l'orientamento inaugurato da Corte giust., sez. IV, 19 maggio 2009, causa C-538/07, *Assitur s.r.l.*, supera nella sostanza la portata dell'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016, che individuava il presupposto dell'unico centro decisionale nella sussistenza di una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, in grado di alterare l'effettività della concorrenza. Il Codice fa ora più genericamente riferimento alla sussistenza di «accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara» e la sussistenza di una posizione di controllo societario o di una più generica relazione di fatto fra due concorrenti, in uno scenario informato alla legalità di risultato e alla valorizzazione della discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti, è condizione necessaria, ma non sufficiente affinché si possa inferire il reciproco condizionamento tra le offerte formulate (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. II, 26 settembre 2024, n. 1010).

to, peraltro, alla predetta pronuncia andrebbe *de iure condito* equiparata quella irrevocabile giacchè, se rileva la sentenza non irrevocabile di patteggiamento, a maggior ragione deve rilevare la sentenza irrevocabile che rappresenta un atto dal contenuto di accertamento più sicuro[118].

Il discorso potrebbe, ulteriormente, svilupparsi sul fronte delle novità normative riguardanti l'avvalimento sul piano del "ravvedimento" dell'ausiliata, in caso di dichiarazioni mendaci, consistente nell'indicazione di altra impresa ausiliaria idonea, purché una simile sostituzione non determini modifiche sostanziali dell'offerta[119], e del soccorso istruttorio "correttivo" di cui all'art. 101, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023 che prescinde dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente[120] e abilita il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, sempre nei limiti del rispetto dell'anonimato e della sostanziale immodificabilità. Tali previsioni, infatti, rispondono a una fondamentale direttiva antiformalistica che guida l'azione dei pubblici poteri e traducono canoni di leale collaborazione e reciproco affidamento nell'ottica della realizzazione di un certo risultato[121], giuri-

[118] In tal senso, infatti, si veda Tar Lombardia, Brescia, n. 166/2025: «Le alternative sono o che [*la sentenza irrevocabile*] abbia la stessa rilevanza della sentenza non irrevocabile di patteggiamento, cioè quale grave illecito professionale, causa di esclusione non automatica, oppure che abbia la stessa rilevanza della sentenza irrevocabile di condanna, cioè quale causa di esclusione automatica. La soluzione corretta è senz'altro la prima».

[119] Ai sensi dell'art. 104, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023. Per comprendere l'evoluzione normativa, merita almeno richiamare la pronuncia della Corte giust., sez. IX, 3 giugno 2021, causa C-210/20, *RAD Service s.r.l. Unipersonale*, che ha applicato l'istituto della sostituzione a una fattispecie di causa escludente, per false dichiarazioni, riguardante un'impresa ausiliaria nell'ambito di un rapporto di avvalimento. Secondo la Corte di Giustizia, l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, in combinato disposto con l'art. 57, par. 4, lett. h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso «osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto».

[120] Per cui non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto, come rilevato da Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870, sulla cui scia v. Cons. Stato, sez. III, 7 ottobre 2024, n. 8048; Id, sez. V, 4 giugno 2024, n. 4984; Tar Lazio, Roma, sez. V, 17 ottobre 2024, n. 18000; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 30 settembre 2023, n. 1192.

[121] Riecheggia qui la reciprocità invocata dall'art. 2 del d.lgs n. 36/2023 a proposito del principio della fiducia. Assumono rilievo previsioni, precipuamente, volte a favorire e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici (sul punto cfr. A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ*., 2023, 154) «con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato». In argomento, fra i molti, E. Carloni, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici e le sue implicazioni*, in *Dir. pubbl*., 2024, 131 ss.; G. Tulumello, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, spec. 7; R. Ursi, *La "trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 47 ss., ad avviso del quale, per quanto in questa sede è più d'interesse, il rafforzamento del soccorso istruttorio o le disposizioni sul *self cleaning* evocate come espressione della nuova narrazione collaborativa basata sulla fiducia sembrano, più correttamente, espressione dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (p. 58), fermo restando che, in termini più generali, la p.a. «può, e deve, sceglie-

dicamente qualificato dal punto di vista normativo e, come tale, incluso nel perimetro della legalità[122].

6. *Osservazioni conclusive*

L'analisi condotta induce a considerare la legalità di risultato il primo e più importante principio generale dell'azione amministrativa in materia di contratti pubblici[123], da assumere come parametro di riferimento per una corretta applicazione di tutti gli altri, a partire dal principio di concorrenza, per lungo tempo vero e proprio "totem" del diritto europeo degli appalti[124], da contemperare con la disciplina delle cause automatiche e non automatiche di esclusione[125]. La connessione tra *favor partecipationis* e tipicità di tali cause è ben evidenziata dall'art. 10 del Codice, che sanziona con la nullità le clausole che dovessero prevedere ulteriori ipotesi espulsive e valorizza la legalità tramite il principio di eterointegrazione di bandi e lettere di invito.

Ritenere che la concorrenza è strumentale al raggiungimento di uno specifico risultato, consistente nell'affidamento del contratto e nella sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, e che la stessa è bilanciata dalle norme sulle cause di esclusione, significa ammettere che il perseguimento di tale risultato è conformato dalla legalità. Il fine di attuare il

re in un clima di fiducia "legale"» (p. 71). La circostanza per cui la fiducia 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», è stata evidenziata, congiuntamente alla centralità del fascicolo virtuale dell'operatore economico *ex* artt. 24 e 99 del Codice, da Tar Campania, Napoli, sez. I, 7 marzo 2025, n. 1894.

[122] Come è stato puntualmente osservato, in base alle attuali regole in materia di contratti pubblici, «è la fattispecie normativa che dà la misura della rilevanza giuridica del risultato e della sua efficacia giuridica», sicchè non può esservi alcun contrasto fra principio di legalità e risultato amministrativo, dal momento che è tale fattispecie a conferire rilevanza giuridica ed efficacia a detto risultato: così S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, cit., 8, il quale rileva che, accedendo a una simile impostazione, «il risultato amministrativo diventa un parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa concretamente posta in essere». Nella prospettiva di F. Fracchia, *Il principio di risultato*, cit., 41, che argomenta in base alla teoria sistemica di Niklas Luhmann configurando il risultato come forma di accompagnamento a due valori – riuscita o non riuscita dell'operazione nel mondo esterno – strumentale a gestire la complessità, «quando il codice si riferisce al risultato, riconducendolo alla legalità e al sistema del diritto, non intende dunque riferirsi alla "cosa" (che già è o che – nella fase di costruzione dell'operazione e di scelta dell'aggiudicatario – sarà) esistente "nel mondo esterno" e reale, ma al costrutto interno elaborato dal sistema del diritto che, irritato da quell'evento o dalla previsione dello stesso, si riallinea immediatamente a quanto comunicato dal sistema diverso».

[123] In termini più generali v. A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2025, 191, il quale rileva che il principio di legalità «costituisce l'unico e vero principio generale dell'azione amministrativa, che in sé racchiude ed è felice sintesi di tutti gli altri».

[124] Così F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit.

[125] In tal senso v. S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, cit., 15.

buon andamento attraverso il principio del risultato, in altri termini, non è perseguibile derogando alla legalità[126].

Il legislatore, come si è visto, prescrive alle stazioni appaltanti di selezionare operatori economici integri, ossia affidabili, attraverso regole oggi più chiare e da interpretare in modo rigoroso. La valutazione della qualificazione di tali operatori sul piano della loro capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, mediante l'individuazione di requisiti speciali attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, in ossequio ai principi di accesso al mercato e di massima partecipazione, è successiva.

Anche la valutazione discrezionale delle misure di *self cleaning* adottate dagli operatori economici che si trovino in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95 del Codice, con le eccezioni segnalate, è conformata dal principio del risultato. Tuttavia, come si è avuto modo di illustrare, non è autorizzata alcuna forzatura del principio di legalità. Si potrà finanche immaginare di rimeditare la teorica della discrezionalità e valorizzarne i contenuti alla luce del principio della fiducia enunciato dall'art. 2 del Codice, ma non depotenziare la legalità.

Se si tiene presente la correlazione e, al contempo, la peculiarità dei principi enunciati dal d.lgs. n. 36/2023, non sarà difficile scorgerne la convergenza nella legalità di risultato, che assurge a precipuo parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa in materia di contratti pubblici.

[126] Nella prospettiva indicata, per riprendere le parole di M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici*, cit., 212, il risultato «diviene la ragione della legittimazione anche costituzionale della disposizione attributiva del potere amministrativo e non soltanto alla luce del principio di buon andamento».

Giuseppe Andrea Primerano - Abstract

Tassatività delle cause di esclusione e self cleaning *"allargato" nel codice dei contratti pubblici*

Il contributo analizza la disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici in materia di cause di esclusione, prestando particolare attenzione alla loro tassatività, e di *self cleaning* "allargato" alla luce della legalità di risultato. Lo studio evidenzia la centralità di tale principio nell'ambito delle regole di concorrenza per il mercato senza trascurare le esigenze di razionalizzazione e semplificazione, indicate nella legge delega, finalizzate a superare meri formalismi ed a rendere più chiari i precetti sulla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica; approfondisce il tema dell'affidabilità degli operatori economici, che assume carattere pregiudiziale rispetto alla valutazione dei requisiti speciali di natura economico-finanziaria e tecnico-professionale; si occupa del ruolo che la discrezionalità delle stazioni appaltanti è destinato a svolgere in base all'attuale impianto normativo.

Mandatory of the causes of exclusion and "extended" self cleaning in the public contracts code

The paper analyses the discipline of the new public contracts code on the causes of exclusion, paying particular attention to their mandatory, and on the "extended" self cleaning in the light of the legality of result. The study highlights the centrality of this principle within the context of competition rules for the market without neglecting the need for rationalisation and simplification, indicated in the enabling law, aimed at overcoming mere formalisms and making clearer the precepts on participation in public evidence procedures; it explores the issue of the reliability of economic operators, which precedes the assessment of special economic-financial and technical-professional requirements; it deals with the role that the discretion of contracting authorities is intended to play under the current regulatory framework.