

Image



# CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica  
<https://rivista.camminodiritto.it>



## LA NUOVA DISCIPLINA DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA CON PARTICOLARE RIGUARDO AL C.D. GRAVE ILLECITO PROFESSIONALE

*Il presente elaborato ha ad oggetto la disciplina delle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e seguenti del d.lgs. n. 36/2023 (Nuovo Codice dei Contratti pubblici) con particolare riguardo all'istituto del c.d. grave illecito professionale.*

di **Aurora Ricci**  
IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO  
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile  
**Alessio Giaquinto**

Pubblicato, Lunedì 8 Aprile 2024



Abstract ENG

*This paper deals with the regulation of the causes of exclusion referred to in art. 94 and following of the d.lgs. n. 36/2023 (New Code of Public Contracts) with particular regard to the institution of the serious professional offense.*

**Sommario:** Introduzione; 1. Le cause di esclusione automatiche e non automatiche; 2. Il grave illecito professionale; 3. Considerazioni conclusive.

## Introduzione

Il presente elaborato ha ad oggetto l'istituto specifico del grave illecito professionale riconducibile nel novero delle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, tema sul quale il nuovo Codice dei Contratti pubblici, Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36, ha in maniera significativa se non innovato, fortemente riordinato la disciplina preesistente.

In particolare, relativamente alle cause d'esclusione il d.lgs. n. 36 del 2023 agli artt. 94 e seguenti ha previsto, in sintesi, le seguenti modifiche rispetto all'impianto normativo recato dal previgente d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i.: a) distinzione delle cause di esclusione in "automatiche" e "non automatiche"; b) modifica dei soggetti destinatari dei controlli, con l'eliminazione dei "cessati" e del socio di maggioranza (per società con meno di quattro soci), ma con l'aggiunta dei c.d. "amministratori di fatto"; c) introduzione di una disposizione ad hoc per l'"illecito professionale grave", con facoltà d'operare l'esclusione anche sulla base di provvedimenti giurisdizionali non definitivi; d) previsione della possibilità di "superare" ogni causa d'esclusione, sia automatica che non, tramite l'assunzione di misure di "self cleaning".

### 1. Le cause di esclusione automatiche e non automatiche

Con riferimento alle cause di esclusione, il Codice ne prevede agli articoli 94 e ss. la suddivisione in due categorie: automatiche e non automatiche. La classificazione che il Codice oggi introduce – automatiche/non automatiche – sostituisce la precedente obbligatorie/facoltative che era in realtà fuorviante, perché si trattava di una distinzione che traeva spunto dalle direttive comunitarie.

Le direttive comunitarie prevedono cause di esclusione a recepimento obbligatorio e cause di esclusione a recepimento facoltativo. In proposito, occorre però precisare che, in

tal caso, l'obbligo o la facoltà vengono in rilievo per il legislatore e non per la stazione appaltante. In altri termini, il legislatore, nell'attuare le direttive, deve prevedere obbligatoriamente alcune di queste cause di esclusione, mentre è libero di non recepirne altre. Fermo restando che, nel momento in cui il legislatore sceglie di recepire tali cause, queste ultime diventano obbligatorie per la stazione appaltante. Pertanto, le cause di esclusione sono tutte obbligatorie per la stazione appaltante, in quanto, nel momento in cui il legislatore le recepisce, la stazione appaltante ha l'obbligo di applicare la norma, venendo in considerazione un'ipotesi di applicazione necessitata.

Ciò che muta è il margine di apprezzamento: in relazione alle cause di esclusione automatiche contemplate dall'art. 94 del d.lgs. n. 36 del 2023 non sussiste alcun margine valutativo. Tale cause operano sulla base di un accertamento sic et simpliciter e senza, quindi, lasciar alcun margine di valutazione all'Amministrazione appaltante, che deve di conseguenza disporre l'estromissione dal procedimento di gara al mero accertamento del "fatto storico". Pertanto, in presenza della riscontrata sussistenza di condanne definitive per certi reati a carico dell'operatore economico, l'effetto esclusivo è automatico.

Per converso, nell'ipotesi di cause di esclusione non automatiche, richiamate dall'art. 95 del d.lgs. n. 36 del 2023, sussiste un margine valutativo della stazione appaltante nel verificare se la situazione concreta corrisponde a quella normativamente prevista, espressione di discrezionalità tecnica, finalizzato a valutare l'integrazione dei presupposti costitutivi della causa di esclusione<sup>1</sup>.

Quindi, la distinzione tra causa di esclusione automatica e non automatica attiene alla sussistenza di un margine valutativo, riconducibile alla c.d. discrezionalità tecnica, in capo all'amministrazione nel valutare se è integrata la fattispecie escludente, ma sono tutte cause obbligatorie e necessitate.

Ciò che muta è il margine di apprezzamento: in relazione alle cause di esclusione automatiche contemplate dall'art. 94 del d.lgs. n. 36 del 2023 non sussiste alcun margine valutativo. Tale cause operano sulla base di un accertamento sic et simpliciter e senza, quindi, lasciar alcun margine di valutazione all'Amministrazione appaltante, che deve di conseguenza disporre l'estromissione dal procedimento di gara al mero accertamento del "fatto storico". Pertanto, in presenza della riscontrata sussistenza di condanne definitive per certi reati a carico dell'operatore economico, l'effetto esclusivo è automatico.

Per converso, nell'ipotesi di cause di esclusione non automatiche, richiamate dall'art. 95 del d.lgs. n. 36 del 2023, sussiste un margine valutativo della stazione appaltante nel verificare se la situazione concreta corrisponde a quella normativamente prevista, espressione di discrezionalità tecnica, finalizzato a valutare l'integrazione dei presupposti

costitutivi della causa di esclusione<sup>2</sup>.

Quindi, la distinzione tra causa di esclusione automatica e non automatica attiene alla sussistenza di un margine valutativo, riconducibile alla c.d. discrezionalità tecnica, in capo all'amministrazione nel valutare se è integrata la fattispecie escludente, ma sono tutte cause obbligatorie e necessitate.

Ciò premesso, l'art. 94 in materia di cause d'esclusione definite "automatiche", sostanzialmente riproduce, nei commi da 1 a 4, quanto già disposto dal precedente art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 in merito all'esclusione automatica in caso di condanne penali divenute irrevocabili per i reati previsti ed elencati in detto articolo (salvo il caso di depenalizzazione, revoca o estinzione).

Tuttavia, il primo profilo innovativo che occorre menzionare è che non rileva più, ai fini dell'esclusione, la sentenza d'applicazione della pena su richiesta delle parti (il c.d. patteggiamento) per i reati gravi elencati dalla norma stessa.

Inoltre, quanto ai soggetti sottoposti all'accertamento circa il possesso dei requisiti d'ordine generale, altra importante novità è rappresentata dall'eliminazione di ogni riferimento ai c.d. "cessati" dalla carica, mentre, nel caso di concorrente in cui uno dei soci è una persona giuridica, si precisa che l'accertamento dev'essere fatto in capo agli amministratori di detta società (se "controllante"). L'art. 94 inserisce, poi, tra i nuovi soggetti da accertare, anche il c.d. "amministratore di fatto", identificabile nel soggetto che assume decisioni e compie atti di gestione, in nome e per conto della società, pur senza essere stato investito da un atto di nomina validamente formatosi all'interno della società medesima (sulla base della legge o dello statuto).

Infine, tra i soggetti nei confronti dei quali rilevano determinati provvedimenti, si conferma l'inserimento de "l'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231" (comma 3, lett. a). In tal modo, si avalla il rilievo, ai fini espulsivi, delle sanzioni che derivano da illeciti amministrativi dipendenti da reato ex d.lgs. n. 231 del 2001, come disposto dal successivo comma 5 del medesimo art 94. Il medesimo comma 5, unitamente al 6, prevede poi l'esclusione dovuta a provvedimenti antimafia, alla violazione della normativa sull'assunzione di soggetti svantaggiati, alle interdittive ANAC, alla sottoposizione a procedure fallimentari e per gravi violazioni, definitivamente accertate, di cui all'All. II.10 (ovvero, quelle di importo almeno superiore a 5.000,00 euro, ovvero la soglia utile al rilascio del DURC). In proposito, una novità di rilievo è quella secondo cui l'esclusione per interdittiva non opera se la società è stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-bis del d.lgs 159 del 2011 entro la data di aggiudicazione (art. 94, comma 2). All'operatore economico è comunque sempre

consentito dimostrare di aver ottemperato ai suoi obblighi in materia fiscale e tributaria, purché l'adempimento sia avvenuto prima della scadenza del termine previsto per presentare l'offerta.

Nell'ambito, invece, delle cause d'esclusione "non automatiche", contemplate dall'art. 95 del d.lgs. n. 36 del 2023, vanno annoverate le gravi infrazioni in materia di diritto del lavoro, di diritto ambientale e sociale, il conflitto di interesse non risolvibile, la distorsione della concorrenza non superabile, l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, il grave illecito professionale, a cui devono aggiungersi le gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale (all. II.10, ovvero quelle d'importo almeno pari o superiore ad € 5.000,00). In ogni caso, la gravità deve essere valutata in relazione al valore dell'appalto.

Per esigenze di completezza si evidenzia, sin da ora, che nella tassonomia delle cause di esclusione, accanto a queste prime due categorie, il Legislatore inserisce, altresì, le cause di esclusione dei partecipanti a raggruppamenti, regolamentate dall'art. 97 del Decreto in commento<sup>3</sup>.

Infine, rilevante in materia è anche la disciplina dell'esclusione, recata dall'art. 96 del d.lgs. n. 36 del 2023 che introduce in maniera innovativa un'apposita previsione in tema di c.d. "self-cleaning" finalizzata ad evitare l'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica<sup>4</sup>.

## 2. Il grave illecito professionale

Nell'ambito delle cause di esclusione non automatiche, elencate nell'art. 95 del nuovo Codice, il legislatore dedica una disciplina particolare e specifica al grave illecito professionale all'art. 98. La collocazione autonoma si giustifica alla luce del fatto che il grave illecito professionale, rispetto a tutte le altre cause di esclusione sia automatiche che non automatiche, presenta delle peculiarità sotto diversi profili.

Innanzitutto, la principale novità riguarda la circostanza che le cause di esclusione diverse dal grave illecito professionale, sia automatiche sia non automatiche, sono caratterizzate dal c.d. principio del contagio, cioè possono riguardare o direttamente l'operatore economico che normalmente è un ente, una persona giuridica, una società, oppure possono riguardare anche persone fisiche che rivestono all'interno dell'operatore economico determinati ruoli qualificanti, quali amministratori, legali rappresentanti, direttori tecnici. In altri termini, la condanna riportata da un amministratore è causa di esclusione dell'operatore economico in base al principio del contagio, perché la rilevanza del ruolo rivestito all'interno della società giustifica tale contagio.

Invece, con riferimento all'illecito professionale, l'incipit dell'art. 98 enuncia proprio la regola del non contagio. Tale è il senso del primo comma: "L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente".

Pertanto, se a compiere il grave illecito professionale è la persona fisica che riveste all'interno dell'ente un ruolo professionale, non opera il contagio. La non operatività del contagio riviene una deroga soltanto in due casi, contemplati dalle lettere g) ed h) del comma 3 dell'art. 98 del Decreto in commento: si tratta di fattispecie in relazione alle quali sono intervenute sentenze di condanna che non sono ancora passate in giudicato. In particolare, vengono in rilievo sentenze di condanna per reati di particolare gravità, che, ove fossero definitive, costituirebbero cause di esclusione automatiche, poiché si tratta di condanne che, ove passate in giudicato, danno luogo ad un automatismo espulsivo.

In questo caso, in deroga alla regola del non contagio, considerando anche la gravità dei reati per i quali è intervenuta la condanna, si stabilisce che siffatte condanne possono essere valutate, anche se intervengono in capo alla persona fisica che opera all'interno della società e quindi non direttamente in capo alla società, quale grave illecito professionale.

Non si attua, quindi, l'esclusione automatica dell'operatore perché viene in rilievo una valutazione motivata che dà conto di come, tenendo conto di tutte le circostanze, anche della data dei fatti, questi ultimi, che sono stati accertati con condanna, seppur non ancora definitiva, incidono comunque sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico.

Tuttavia, tali fatti possono essere valorizzati dall'amministrazione nell'esercizio di quel potere di apprezzamento valutativo sopra richiamato prima di decidere di escludere l'operatore economico, prendendo in considerazione tali condanne non definitive che hanno riguardato le persone fisiche che operano all'interno della società stessa.

Ancora, in relazione al grave illecito professionale oltre alla regola del non contagio, viene in gioco questo principio di apprezzamento valutativo e di adeguata motivazione che il legislatore disciplina in maniera piuttosto puntuale. Invero, alla luce del dettato normativo in commento, l'esclusione dell'operatore economico per il grave illecito professionale è disposta solo se ricorrono, tre condizioni: da un lato, elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale, dall'altro lato, l'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore economico, infine, la sussistenza di adeguati mezzi di prova.

L'amministrazione qualora ritenga di escludere un soggetto in quanto colpevole del grave illecito professionale, deve innanzitutto verificare che sussista la fattispecie di grave illecito professionale nel caso concreto. In proposito, si osserva come la formulazione del grave illecito professionale sia piuttosto ampia, in quanto la relativa definizione è contenuta nella lettera e) dell'art. 95 del d.lgs. n. 36 del 2023, ovvero la norma contenente l'elenco delle cause di esclusione non automatiche. L'ultimo punto di tale elencazione richiama proprio la fattispecie di grave illecito professionale e la formula di riferimento è piuttosto ampia e indeterminata<sup>5</sup>.

Per colmare questa indeterminatezza, che nel vigore del vecchio Codice aveva creato diverse incertezze applicative, il legislatore elenca in maniera tassativa le ipotesi di gravi illeciti professionali nell'art. 98 del d.lgs. n. 36 del 2023<sup>6</sup>.

Inoltre, la stazione appaltante deve motivare le ragioni per le quali ritiene che questi fatti, così come accertati dalla sentenza o dal provvedimento, incidono sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico. Viene, quindi, introdotto un rafforzamento dell'obbligo motivazionale a carico della pubblica amministrazione, prevedendosi che il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2 della disposizione in commento.

In primo luogo, l'amministrazione deve chiarire quale illecito professionale è stato posto in essere e in che modo incide sull'affidabilità dell'operatore economico. In secondo luogo, l'amministrazione deve precisare quali sono i mezzi di prova adeguati dai quali desumere la sussistenza del grave illecito professionale. In particolare, occorre verificare a quale fattispecie tassativamente prevista di grave illecito professionale sia riconducibile l'ipotesi concreta sottoposta all'esame della stazione appaltante. Il profilo che dev'essere ben evidenziato e motivato dall'amministrazione riguarda, poi, l'idoneità della fattispecie riscontrata ad incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico, tale da condurre all'esclusione dell'operatore medesimo.

Ciò posto, nell'ambito dell'elencazione, oggi tassativa, delle condotte che integrano il grave illecito professionale, occorre soffermarsi su alcune fattispecie foriere di spunti di riflessione.

In particolare, la prima condotta descritta nell'elenco riguarda l'applicazione di una "sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto"<sup>7</sup>. Al riguardo, viene in rilievo la problematica dei provvedimenti sanzionatori dell'Antitrust o di altra autorità di settore.

In passato era stato ampiamente discusso se e a quali condizioni i provvedimenti sanzionatori dell'Antitrust che accertano un illecito anticoncorrenziale fossero rilevanti. Nel vecchio Codice tale aspetto non era stato espressamente disciplinato, ma, alla luce del fatto che l'elencazione veniva ritenuta esemplificativa e non tassativa e della circostanza che le direttive comunitarie sul punto facevano riferimento all'illecito Antitrust, era prevalsa la tesi secondo cui l'illecito Antitrust poteva integrare un grave illecito professionale. Sul tema le linee guida ANAC avevano inizialmente richiesto che questo illecito fosse accertato con un provvedimento non solo esecutivo, ma definitivo<sup>8</sup>.

Alla luce, invece, del nuovo impianto normativo si prevede più correttamente che l'amministrazione possa valutare il comportamento illecito oggetto di un provvedimento che sia non definitivo, ma esecutivo. I provvedimenti dell'Antitrust sono esecutivi quando irrogano la sanzione, a meno che l'esecutività non venga sospesa, magari in sede cautelare, o il provvedimento non sia stato annullato. Quindi, il provvedimento dell'Autorità, se non annullato o sospeso, è valutabile come prova del grave illecito professionale rappresentato dall'illecito Antitrust rispetto al quale il provvedimento esecutivo rappresenta un mezzo adeguato di prova, fatta salva la valutazione dell'incidenza di questo comportamento sull'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico. L'Amministrazione, infatti, mantiene un margine di apprezzamento, perché potrebbe ritenere comunque che quell'illecito Antitrust, stante la sua risalenza, o la sua non particolare rilevanza, o per ulteriori ragioni, non mini la credibilità e l'affidabilità dell'operatore economico.

Peraltro, oggi si ritiene che questo illecito, oggetto di sanzione esecutiva dell'Autorità Garante, debba avere ad oggetto un comportamento rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto e ciò costituisce un'altra limitazione importante. In passato, si riteneva che si potesse valorizzare l'illecito antitrust quale grave illecito professionale anche quando non sortisse un'incidenza sull'oggetto specifico dell'appalto: a titolo esemplificativo, una pratica commerciale scorretta nei confronti dei consumatori e non necessariamente un illecito anticoncorrenziale volto a restringere il mercato nel settore oggetto dell'appalto. Sotto questo profilo si reputava che fra violazione del diritto dei consumatori e violazione del diritto antitrust non vi fosse un profilo differenziale e che comunque si potesse ipotizzare sia l'una che l'altra condotta.

Ad oggi, invece, la circostanza per la quale viene espressamente prevista dal legislatore l'incidenza dell'illecito de quo sull'oggetto dell'appalto, induce a ritenere che il legislatore abbia voluto circoscrivere la rilevanza dell'illecito a quelle condotte anticoncorrenziali restrittive del mercato. In tal senso, vengono in particolare in rilievo le intese o l'abuso di posizione dominante, ma non l'illecito nei confronti del singolo consumatore che non può considerarsi di per sé un illecito rilevante sull'oggetto specifico del contratto di appalto.



Infine, un ulteriore elemento che merita di essere sottolineato è che la fattispecie in commento richiama non solo la sanzione esecutiva irrogata dall'antitrust, ma anche da altra autorità di settore<sup>9</sup>.

Ebbene, si precisa che la sanzione esecutiva che può essere valorizzata come prova del grave illecito professionale, potenzialmente implicante, quindi, l'apprezzamento valutativo sull'incidenza, sull'affidabilità dell'operatore economico, può essere irrogata anche da un'altra autorità.

Ancora, altro grave illecito professionale è la condotta di falsa informazione richiamata dalla lettera b) del comma 3 dell'articolo in commento<sup>10</sup>. Tale disposizione era già prevista nel vecchio codice e sul tema si è pronunciata anche l'Adunanza Plenaria<sup>11</sup> del Consiglio di Stato che ha statuito che tale ipotesi non costituiva causa di esclusione automatica, bensì un grave illecito professionale. In altri termini, l'amministrazione, prima di provvedere all'esclusione dell'operatore economico per aver reso una falsa dichiarazione, doveva chiarire in che modo quella falsa dichiarazione incideva sull'affidabilità e credibilità del medesimo, non sussistendo, pertanto, un'ipotesi di esclusione automatica.

Sul punto, preme evidenziare che nel vecchio codice sussisteva una sorta di contraddizione normativa perché in realtà si discorreva, da un lato, di false informazioni incidenti sul processo decisionale, ovvero idonee ad influenzare le decisioni della stazione appaltante e tali da essere qualificate come grave illecito professionale. Dall'altro lato, veniva in rilievo una lettera autonoma che, per contro, sembrava prevedere una causa di esclusione automatica in caso di false informazioni tout court, senza ulteriori specificazioni.

A fronte di questa antinomia normativa, l'Adunanza Plenaria ha stabilito che se l'informazione falsa dell'operatore economico incide sul potere decisionale della stazione appaltante si configura un grave illecito professionale e quindi l'amministrazione ha un margine di apprezzamento valutativo prima di provvedere all'esclusione. Per converso, nell'ipotesi di falsa informazione tout court, ovvero non avente tale finalità di incidenza sul processo decisionale, si configura un'ipotesi di esclusione automatica.

In chiave critica, si sottolinea, tuttavia, che tale distinzione presenta profili contraddittori, in quanto solitamente chi dà una falsa informazione in corso di gara lo fa per influenzare il processo decisionale della stazione appaltante, almeno potenzialmente, e poi tra le due ipotesi, la falsa informazione finalizzata ad influenzare il processo decisionale e la mera falsa informazione che non lo influenza, risulta più grave la prima rispetto alla seconda

fattispecie.

Oggi, invece, con il nuovo impianto codicistico non è più contemplata una norma speciale che prevede l'automatismo espulsivo dell'operatore economico per le false informazioni. Il nuovo Codice, infatti, prende in esame soltanto le false informazioni fuorvianti, ovvero capaci di influenzare il potere decisionale della stazione appaltante e le qualifica come grave illecito professionale e quindi quale causa di esclusione non automatica, essendo rimessa al prudente e motivato apprezzamento dell'amministrazione volto a valutarne la relativa incidenza sull'integrità ed affidabilità dell'operato economico<sup>12</sup>.

Il legislatore indica anche quali sono i mezzi di prova adeguati, prevedendo al comma 6 dell'art. 98 del decreto in commento che "costituiscono mezzi di prova adeguati del grave illecito professionale"<sup>13</sup>. Inoltre, l'altra valutazione che la stazione appaltante deve effettuare è come il grave illecito professionale incida sull'affidabilità dell'operatore economico, tenendo conto di tutte le circostanze, compreso il tempo trascorso dalla violazione<sup>14</sup>.

### 3. Considerazioni conclusive

La scarna e confusa disciplina in materia di cause di esclusione aveva indotto sia la giurisprudenza amministrativa, sia l'ANAC ad intervenire ripetutamente, nel tentativo di colmare le lacune della normativa interna. Con il nuovo Codice dei contratti pubblici, il Legislatore ha cercato di normare in modo più preciso tale procedimento, tuttavia permangono numerose questioni irrisolte. In particolare, l'ancoraggio del concetto della gravità dell'illecito professionale a parametri più rigorosi, che siano effettiva espressione di un attuale e concreto pregiudizio per l'affidabilità dell'operatore economico.

---

## Note e riferimenti bibliografici

1 Trattasi degli artt. 94-98 del del d.lgs. 36/2023. Fra i contributi più interessanti in dottrina si segnalano: Berloco R., Falcicchio P., L'illecito professionale grave: ANAC interviene con delibera n. 397/2023, in [www.legalteam.it](http://www.legalteam.it); Caringella F., Manuale Maior di Diritto Amministrativo – Parte Generale e Parte Speciale, Dike Giuridica (2023), pp. 1307-1358; Caruso F., Commento al nuovo Codice Appalti: le “nuove” cause d'esclusione dalle gare, in [www.studiolegalestefanelli.it](http://www.studiolegalestefanelli.it); Chieppa R., Giovagnoli R., Manuale di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre (2023), pp. 919-926; Colomban A., Ancora sulle false od omesse informazioni da parte del concorrente: il Consiglio di Stato dopo la Adunanza Plenaria dell'agosto 2020, (2021), in [www.studiolegalestefanelli.it](http://www.studiolegalestefanelli.it); Garofoli R., Manuale superiore di diritto amministrativo – Concorso in Magistratura, Molfetta (BA), NelDiritto Editore (2024), pp. 1418-1425; Lopilato V., Manuale di diritto amministrativo, Torino, Giappichelli (2023), pp. 1146-1161; Pappalardo J., Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28.08.2020, n. 16, in [www.cancriniepartners.it](http://www.cancriniepartners.it); Presti A., Il “grave errore professionale” nel Nuovo Codice dei contratti pubblici, in [www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it).

In proposito, la Relazione illustrativa al nuovo Codice degli appalti, "DECRETO LEGISLATIVO 31 marzo 2023, n. 36 Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici", ne descrive il contenuto nei seguenti termini:

“I) il primo di essi (art. 94) individua le cause di esclusione “automatica” – con ciò mutuandosi un aggettivo che si rinviene in numerose decisioni della Corte di Giustizia e della giurisprudenza nazionale, che vale ad evidenziare che sulla sussistenza delle stesse non v'è spazio per alcun margine valutativo della stazione appaltante – nonché dei soggetti destinatari di provvedimenti preclusivi idonei a determinare, “per contagio”, l'esclusione dell'operatore economico; II) il secondo di essi (art. 95) individua le cause di esclusione “non automatica” tra le quali rientra il c.d.

“illecito professionale”, che, tuttavia, è stato disciplinato autonomamente nell'ultimo articolo del Capo II (art. 98), armonicamente con la espressa prescrizione della lett. n) della legge-delega; III) nel terzo articolo (art. 96) è contenuta la disciplina procedimentale comune agli “eventi” che conducono alla esclusione dell'operatore economico; sono stati indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre alla esclusione in capo agli operatori economici ed è disciplinato il c.d. “selfcleaning” (l'applicazione di detto istituto, armonicamente alla disciplina eurounitaria, è stata dilatata rispetto alla previsione vigente); IV) il quarto articolo (art. 97) contiene la disciplina specifica che riguarda i raggruppamenti di imprese. Proprio per le incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sul tema, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la

disciplina della c.d. “sostituzione” od “estromissione” del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive. Sotto il profilo sostanziale – come meglio sarà chiarito in sede di relazione specifica su detto articolo, le disposizioni ivi contenute “corrispondono” e “superano” quanto previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016; V) il quinto ed ultimo articolo (art. 98) disciplina partitamente la fattispecie del c.d. illecito professionale, recependo, nella parte dedicata alla elencazione dei reati, l'indicazione già contenuta nelle Linee Guida ANAC n. 6 approvate dal Consiglio dell'Autorità con la delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con la deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017.”

2 A titolo esemplificativo, la valutazione relativa all'incidenza di una condotta pregressa che integra un grave illecito professionale sull'affidabilità dell'operatore economico è una valutazione tecnico-discrezionale. Tuttavia, nel momento in cui si accerta che tale incidenza si è integrata, la stazione appaltante deve necessariamente escludere l'operatore economico.

3 In particolare, all'art. 97 del d.lgs. 36 del 2023, si è voluto “differenziare” la posizione delle cause d'esclusione per gli operatori economici facenti parte di RTI, creando una disposizione ad hoc ed ammettendo una generalizzata possibilità di “sostituzione” od “estromissione” del partecipante al raggruppamento. Difatti, il raggruppamento non viene escluso anche qualora un suo partecipante risulti interessato da una causa d'esclusione (automatica o non), se

comunica alla P.A. il verificarsi di detta situazione e l'associato è stato estromesso dall'ATI oppure si dimostra l'adozione di tutte le misure di self-cleaning necessarie (che saranno valutate dall'Amministrazione). E', altresì, previsto che un partecipante che si trovi in una situazione d'incompatibilità possa essere sostituito, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Dette disposizioni si applicano anche ai consorzi ordinari ed quelli stabili (limitatamente alle consorziate esecutrici).

4 In particolare, all'art. 96, viene introdotta una disposizione di self cleaning con cui si prevede che i concorrenti possono sempre dimostrare di aver adottato misure idonee a garantire la loro affidabilità, anche con riferimento alle cause di esclusione automatiche, con la precisione che, se tali misure sono idonee e tempestive, non si dà luogo ad alcuna esclusione. Unica eccezione all'applicazione di dette misure "riabilitative" attiene alle violazioni definitivamente accertate in materia fiscale e tributaria, cui risulta espressamente esclusa ogni ipotesi "riparatrice". Quanto, invece, alle eventuali misure (quali, a titolo esemplificativo, il risarcimento del danno, la collaborazione nella ricostruzione dei fatti, il ravvedimento operoso in caso di violazioni tributarie ecc.), adottate dagli operatori economici in pendenza di contestazione, tali misure vengono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze di detta contestazione (tenuto altresì conto della tempestività della loro assunzione). Risulta poi espressamente stabilito che l'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla Stazione appaltante la sussistenza dei fatti e provvedimenti che possono costituire causa d'esclusione ai sensi degli artt. 94 e 95, qualora i medesimi non dovessero risultare menzionati nel proprio Fascicolo Virtuale (FVOE). Interessante novità è il ribaltamento della prospettiva applicativa della misura, che può avvenire anche dopo la presentazione dell'offerta, superando così l'impianto proposto dalla precedente linea Guida ANAC n. 6.

5 Invero, la disposizione in commento recita testualmente: "l'Amministrazione esclude l'offerente che abbia commesso un illecito professionale grave", quindi "una grave violazione commessa nell'esercizio dell'attività professionale, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità dimostrata dalla stazione appaltante in modo adeguato".

6 Si assiste nel nuovo Codice ad una maggiore tipizzazione della causa di esclusione in questione, che rimane, tuttavia, non automatica perché, ricorrendo una di queste condotte che poi vengono tipizzate dall'art. 98, comma 3, la stazione appaltante deve fare una valutazione che riguarda, innanzitutto, la prova dell'effettiva sussistenza di questa violazione. Tale prova è agevolata in tutti i casi in cui questa violazione sia stata comunque accertata o con sentenza o con provvedimento amministrativo, i quali possono essere utilizzati come prova del fatto.

Sul punto si segnala che, secondo la recente pronuncia del Tar Sardegna dell'11.03.2024 n. 204, la nuova disciplina in tema di grave illecito professionale supera quella del previgente Codice appalti, poiché esige la necessaria sussistenza di una delle fattispecie tassativamente indicate ai fini della configurazione del grave illecito professionale, nonché la prova acquisita con i mezzi anch'essi tassativamente contemplati. Ciò, tuttavia, non muta la natura del potere dell'amministrazione di valutare l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico. Invero, in linea con quanto previsto dal D.lgs. n. 50 del 2016, l'esclusione conseguente alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore imputabile alla commissione di gravi illeciti professionali, è una sanzione la cui operatività resta correlata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante. Tale valutazione della P.A. può essere censurata dal giudice amministrativo solo in caso di evidente illogicità e irragionevolezza. Secondo il Tar Sardegna, inoltre, l'impostazione dell'attuale Codice si pone in conformità con il nuovo principio cardine della fiducia, previsto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023 che, pur rafforzando l'autonomia decisionale della P.A. in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, in ogni caso presuppone che ogni gara sia funzionale al conseguimento del risultato, ovvero a realizzare un'opera pubblica, o ad acquisire servizi e forniture, nel modo più rispondente agli interessi della collettività.

7 Art. 98, comma 3, lett. a) del d.lgs. n. 36 del 2023.

8 In proposito, si segnala che l'espressione "definitivo" rispetto ai provvedimenti amministrativi in realtà non è perfettamente coerente o rituale, poiché la distinzione tra atto amministrativo definitivo e non definitivo sembra evocare il presupposto di ammissibilità del ricorso gerarchico o del ricorso straordinario. Com'è noto, infatti, il ricorso gerarchico è ammesso soltanto contro gli atti non definitivi, quello straordinario, invece, contro gli atti definitivi, ovvero quelli che non sono suscettibili di ulteriore impugnazione in via gerarchica. In quell'ipotesi, il termine "definitivo" indicava l'atto inoppugnabile o impugnato, ma respinto con sentenza passata in giudicato. In altri termini, si riteneva che la sanzione Antitrust rilevasse solo qualora divenuta inoppugnabile o, se impugnata, respinta con sentenza passata in giudicato. Questo determinava, tuttavia, delle incongruenze, nel senso che, richiedendosi l'accertamento definitivo, spesso trascorrevano molto tempo prima che il provvedimento potesse assumere rilevanza con il passaggio in giudicato della sentenza. Pertanto, si evitava il passaggio in giudicato proponendo anche ricorso in Cassazione contro la sentenza del Consiglio di Stato, ancorché infondato, unicamente

al fine di evitare che l'atto diventasse definitivo e quindi l'effetto escludente.

9 Si fa riferimento a quei settori regolati da autorità ad hoc come l'AGCOM, Autorità Garante della Comunicazione, l'ARERA, l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, la Banca d'Italia, la CONSOB che pure possono nei settori di loro pertinenza sanzionare condotte illecite, anche anticoncorrenziali, poste in essere dai soggetti che ivi operano.

10 L'art. 98, comma, 3 lett. b) del d.lgs. n. 36 del 2023 richiama in particolare la "condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione".

11 Cons. Stato, Ad. Plen. 28 agosto 2020, n. 16. L'Adunanza Plenaria stabilisce che la dichiarazione falsa, omessa o reticente, anche quando è falsa, non è causa di esclusione automatica, ma rileva sub specie di grave illecito professionale perché è una condotta che incide sulle valutazioni che la stazione appaltante effettua in sede di gara e nell'ambito del grave illecito professionale viene richiamata proprio tale condotta, ovvero l'aver tentato, anche mediante dichiarazioni false, fuorvianti o reticenti, di condizionare le decisioni dell'amministrazione in sede di ammissione delle offerte e valutazione delle offerte. La sentenza parte dal presupposto che il concetto di "falso" costituisca frutto del mero apprezzamento di un dato di realtà, nell'alternativa logica vero/falso. Sotto questo punto di vista, dice la Adunanza, non poteva essere tacciata di falsità la dichiarazione del concorrente, in quanto il mero importo comunicato, cifra di cumulo derivante dalla sommatoria delle cifre d'affari delle otto consorziate, non poteva dirsi inveritiero, né risultava contestato l'ammontare della cifra di affari in capo alla consorziata sospesa. Rimanendo, al più, una questione di interpretazione giuridica sulle norme di qualificazione dei consorzi stabili o dei patti consortili. In pratica la Adunanza Plenaria escludeva, in questo caso specifico, l'automatismo espulsivo di cui alla lett. "f-bis)" così come applicata dalla Amministrazione. Tanto è vero che veniva annullata l'esclusione dalla gara disposta nei confronti del Consorzio. La Plenaria attribuisce valore di regola generale alla lettera "c-bis)" e di regola residuale alla "f-bis)". Ove la falsità o le omissioni rese dal concorrente siano finalizzate a provvedimenti che concernono l'ammissione, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, richiederanno una valutazione da parte della Amministrazione ai fini della eventuale esclusione dell'operatore (lett.c-bis). Diversamente ove le falsità siano obiettivamente non rispondenti al vero, senza che la Amministrazione possa avere alcun margine discrezionale di valutazione, troverà applicazione la lett. "f-bis)" e pertanto la automatica espulsione. Va però detto che tale interpretazione non sarà sufficiente ad avere valore deflattivo in ordine ai contenziosi, in quanto nel concreto di tutti i giorni non risulta sempre facile stabilire cosa sia obiettivamente falso e cosa no. Inoltre la sentenza non chiarisce quale siano gli obblighi dichiarativi da parte di un operatore in sede di gara.

12 Tuttavia, si segnala che l'art. 94 del d.lgs. n. 36 del 2023, nel menzionare le cause di esclusione che sono, invece, automatiche, fa riferimento, tra l'altro, anche alle false informazioni rese in precedenti gare. In particolare, la lett. e) del quinto comma della disposizione in commento prevede testualmente: "l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara (...)" e si dispone che "la causa di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico". Si tratta di una causa di esclusione automatica, ma diversa da quella sopra richiamata in quanto, in primo luogo, la stazione appaltante che ha ricevuto le false informazioni deve effettuare una valutazione circa l'esclusione o meno dell'operatore economico. Dopo di che, la stazione appaltante effettua la segnalazione all'ANAC, la quale, a sua volta, valuterà la rilevanza e la gravità di questa condotta sanzionandola con l'iscrizione nel casellario informatico dell'operatore economico che ha reso la falsa informazione. Tale iscrizione determina nelle successive procedure ad evidenza pubblica un effetto escludente automatico.

13 Di estremo interesse, sul punto, la delibera Anac del 6 settembre 2023, n. 397, laddove, pronunciandosi sulla richiesta di parere AG4/2023 afferma che "ai sensi della nuova disciplina in tema di illecito professionale grave dettata dal d.lgs. 36/2023, applicabile alle procedure di affidamento indette successivamente alla data del 1° luglio 2023, l'iscrizione dell'operatore economico nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p., in quanto non espressamente citata nel comma 6 dello stesso art. 98, tra i "mezzi adeguati di prova", non può formare oggetto di valutazione ai fini della sussistenza di un illecito professionale grave, tenuto anche conto del principio di tassatività sancito dall'art. 95, comma 1, lett. e), nei termini illustrati in delibera.". Nel corpo motivo della delibera l'Anac aveva rammentato che "Nel regime normativo recato dal previgente Codice, infatti, come evidenziato in premessa – fermo restando che ai sensi dell'art. 80, comma 1, la sola pendenza di indagini penali non determinava l'automatica esclusione dalla procedura di gara (contemplando la norma solo i casi di condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., per uno dei reati ivi previsti) – l'iscrizione nel registro degli indagati, quale "indice" di inaffidabilità dell'operatore economico, poteva comunque formare oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante, quale

grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), con le modalità indicate nelle linee guida n. 6 (In tal senso si è espressa l'Autorità in diverse pronunce, ex multis delibera n. 146 del 2022 e parere Funz Cons 6 del 2023).”

14 In particolare, il comma 4 dell'art. 98 in commento prevede che “la valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico, della entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nella organizzazione dell'impresa”. Anche sotto questo profilo, pertanto, sussiste un ampio margine valutativo dell'amministrazione, potendo la stessa ritenere che, essendo decorso un tempo considerevole, prendendo atto che l'organizzazione dell'operatore economico nel frattempo è mutata, quella condotta, sebbene grave all'epoca in cui è stata compiuta, non incide più sull'affidabilità dell'operatore economico.

---

\* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:  
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=10403>