

La causa di esclusione dalle procedure di gara per gravi illeciti professionali:
genesi e sviluppo sino alla rinnovata disciplina del D. Lgs. n. 36/2023,
tra importanti risposte, vecchie criticità e nuovi problemi*

di Francesco Giacalone

SOMMARIO: 1. Le cause di esclusione dell'operatore economico dalle procedure di gara nel prisma della funzionalizzazione dell'attività contrattuale dell'Amministrazione. – 2. I gravi illeciti professionali nel diritto e nella giurisprudenza europei. – 3. Disamina dell'evoluzione normativa nell'ordinamento italiano: dalle fattispecie di negligenza, malafede ed errore grave ai gravi illeciti professionali. – 3.1. L'inalterata estensione del sindacato giurisdizionale. – 4. I gravi illeciti professionali nel D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36: una premessa. – 4.1. I caratteri della nuova disciplina: determinazione dei presupposti applicativi della misura, tassatività delle fattispecie rilevanti e dei mezzi di prova, giudizio sulla "gravità" delle condotte. – 4.2. (Segue): la rilevanza soggettiva e temporale delle condotte. – 5. Una ridefinizione giuridica dell'istituto contraria al diritto europeo. – 6. Riflessioni conclusive: e se i problemi e le risposte fossero altrove?

1. *Le cause di esclusione dell'operatore economico dalle procedure di gara nel prisma della funzionalizzazione dell'attività contrattuale dell'Amministrazione*

Dotata di capacità di diritto privato¹, la Pubblica Amministrazione può ricorrere al contratto quale strumento di amministrazione attiva, al pari del provvedimento. Se è vero, infatti, che l'utilizzo di moduli operativi contrattuali in luogo di quelli autoritativi produce delle sostanziali differenze nelle dinamiche relazionali tra soggetto pubblico e privato, tuttavia ad accomunare i due modelli d'azione rimane la medesima direzione finalistica, e cioè la loro funzionalizzazione alla realizzazione della vasta gamma di interessi rimessi alle cure della P.A. Ne deriva una concezione unitaria dell'attività amministrativa che trova fondamento nel ruolo che l'ordinamento nel suo complesso attribuisce allo Stato e agli altri enti

¹* Le riflessioni del presente scritto, ulteriormente ampliate e approfondite, sono tratte dall'intervento tenuto dall'A. in occasione del convegno dal titolo *Contratti pubblici e digitalizzazione: le sfide del nuovo codice*, svoltosi presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli studi di Torino il 10 marzo 2023.

Interessanti ricostruzioni dell'evoluzione storico-teorica che ha condotto al riconoscimento in capo all'Amministrazione della capacità di diritto privato sono offerte da A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 13 ss.; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 19 ss.

pubblici, chiamati geneticamente a soddisfare i bisogni della collettività².

È proprio da tale esigenza che scaturiscono due ordini di implicazioni.

Da un lato, infatti, occorre dare atto come, nell'ambito dell'agire amministrativo qui di interesse, e cioè quello "a fini di provvista" – dunque diretto al reperimento di beni, lavori e servizi strumentali all'esercizio di altre attività caratterizzanti –, l'utilizzo del contratto sia spesso necessario. Si tratta, infatti, dell'unica strada percorribile dall'Amministrazione che intenda addivenire ad una certa prestazione da parte del privato in assenza di previsioni legislative che autorizzino l'utilizzo dello strumento autoritativo e che dunque consentano un'opera regolatoria unilaterale degli interessi³.

D'altro canto, lo statuto privatistico entro cui si inserisce tradizionalmente la disciplina giuridica dei contratti non appare del tutto compatibile con i vincoli di scopo che innervano l'azione della P.A., e ciò per una pluralità di ragioni. Innanzitutto, appare imprevedibile in capo all'Amministrazione una forma di autonomia negoziale eguale a quella prevista e disciplinata dal diritto comune, perlomeno se coerentemente intesa come "libera valutazione degli interessi e del modo di soddisfarli"⁴: si ribadisce, infatti, la circostanza per cui l'Amministrazione si deve fare portatrice di interessi alieni di cui non può liberamente disporre perché la loro titolarità spetta alla collettività⁵. Va sottolineato, poi, che

² Tra le primissime riflessioni in questo senso si vedano A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubb.*, III, 1938, 485 ss.; M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941, 16 ss.; C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1954, 131 ss.

³ Già secondo A. BONONI, voce *Contratto amministrativo*, in *Dig. It.*, vol. VIII, pt. 3, Torino, 1898-1900, c. 422 ss., gli enti pubblici "sono costretti ad avere dei rapporti contrattuali" in quanto "per esplicitare la loro attività, hanno bisogno di far lavori, assumere servizi, forniture, ecc.". E tuttavia, "talvolta l'interesse generale prende talmente il sopravvento, che lo Stato, valendosi di un supremo diritto d'imperio, può prescindere da ogni norma contrattuale anche in rapporti che dalla legge del contratto dovrebbero essere regolati: ma queste sono le eccezioni?". A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., 127 ss.

⁴ F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 3, 2002, 437, che ritiene possibile riconoscere all'Amministrazione autonomia contrattuale solo "[s]e la si intende in senso ampio e generico, come potere di regolazione dei propri interessi, escludendo cioè dalla nozione qualsiasi riferimento alla libertà di apprezzamento degli interessi?". Eppure, tale approccio "rischia [...] di togliere alla nozione qualsiasi utilità effettiva. Si consideri infatti che qualsiasi potere di regolazione attiene in primo luogo alla sfera giuridica del titolare del potere stesso; cosicché anche il potere autoritativo dell'amministrazione potrebbe essere definito come potere di autoregolazione, ove ci si limiti a far leva su questo tratto caratteristico. In altri termini l'autonomia privata finirebbe per coincidere con la nozione (generica) di potere precettivo, senza ulteriori specificazioni o qualificazioni?".

⁵ Si richiamano proprio le riflessioni che sono state svolte *ibidem*, 436 ss., ma si veda

il paradigma contrattual-privatistico, sostanzialmente bipolare, mal si presta a una tutela effettiva dei soggetti terzi, ovverossia i consociati le cui posizioni giuridiche, nella contrattualità dell'Amministrazione, sono ordinariamente incise⁶. Altra criticità va ricondotta alla difficile traducibilità in termini patrimoniali – vero *proprium* del contratto “civiltistico” – dell'assetto di interessi pubblici coinvolti dalla fattispecie contrattuale⁷. Non può sottacersi, infine, il carattere della tendenziale indisponibilità unilaterale del vincolo negoziale, circostanza che limiterebbe la possibilità di intervento dell'Amministrazione nell'ottica del riadattamento del suo assetto originario al mutamento dell'interesse pubblico⁸.

Tali rilievi richiedono e fondano la specialità della disciplina dei contratti di cui si avvale la P.A., disciplina che discostandosi sensibilmente da

anche ID., *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario 2002 AIPDA*, ove si legge che “[s]e sussiste un vincolo di scopo, non vi è e non vi può essere spazio per l'autonomia privata”. Ancora, G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 261 ss., si chiede “fino a che punto uno strumento giuridico, connotato essenzialmente da un incontro libero di volontà che decidono l'assetto di interessi disponibili, possa essere adeguatamente utilizzato nelle fattispecie in cui una parte non ha la disponibilità dell'interesse”. Dopotutto, riprendendo quanto scritto da C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 113, “dire che l'amministrazione ha capacità giuridica di diritto privato significa solo dire che l'amministrazione è astrattamente idonea ad essere destinataria anche delle norme di diritto privato (e dei conseguenti diritti, obblighi, poteri, facoltà), ma non significa dire che l'amministrazione è destinataria di quelle norme allo stesso modo”, da ciò desumendosi che “l'affermazione di una capacità generale di diritto privato dell'amministrazione non impedisce la negazione dell'autonomia privata dell'amministrazione”.

Altra impostazione, pur autorevolmente sostenuta, pone l'accento più sulla formula organizzativa che sulla sostanza dell'ente, così affermando la necessaria consequenzialità tra l'individuazione di una persona giuridica – a nulla rilevando che si tratti di un soggetto pubblico o privato – e la titolarità di un'indifferenziata forma di autonomia prevista e disciplinata dal diritto comune (c.d. autonomia privata). In tal senso si veda M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Giur.*, vol. III, 1958, 988 ss., secondo cui se l'Amministrazione “*agisce come soggetto comune, non può non godere dell'autonomia privata*”.

⁶ In tal senso, A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, 33, osserva come attraverso forme di esercizio consensuale del potere amministrativo “*possano risultare compromesse quelle funzioni essenziali alle quali essi [i pubblici poteri, ndr.] attraverso l'amministrazione, non possono sottrarsi: vale a dire [...] mantenere le garanzie di adeguata protezione anche per i soggetti terzi nell'ambito di un rapporto, quale appunto quello amministrativo, che rimane pur sempre un rapporto (quasi) naturalmente multipolare*”.

⁷ Sulla questione G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 21; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., 126.

⁸ A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., 123 ss.

quella del Codice civile è chiamata a garantire la funzionalizzazione dello strumento consensuale alla cura dei pubblici interessi⁹.

È bene precisare che il campo di applicazione della predetta regolamentazione è oggi definito in base ad un approccio sostanzialistico che supera la qualificazione formale del soggetto che è parte del rapporto contrattuale e guarda, ancora una volta, ai fini pubblici che variamente connotano la vicenda giuridica. Ne deriva una certa *vis expansiva* delle norme sulla contrattualità pubblica, che non interessano soltanto l'attività contrattuale delle Amministrazioni in senso proprio, ma investono anche quella di enti privati o operanti in regime privato ogniquale volta sussistono specifiche ragioni organizzative (ad esempio perché controllati dalla P.A.), gestionali (come nel caso in cui dispongano di risorse pubbliche) o connesse alla direzione teleologica del loro agire (ad esempio perché esercitano funzioni o servizi pubblici esternalizzati)¹⁰.

Dal punto di vista dei contenuti, il riadattamento della disciplina contrattual-privatistica ha assunto nel tempo direzioni plurime, avendo dato seguito a pulsioni eterogenee e multilivello. Sicché, ponendo attenzione ai contratti passivi relativi all'affidamento di lavori, servizi e forniture, la serrata procedimentalizzazione della fattispecie negoziale pubblicistica – dalla determinazione a contrarre sino all'esecuzione delle obbligazioni assunte – si è arricchita di limitazioni, nuove fasi e istituti giuridici diretti a tutelare non solo gli interessi alla cui soddisfazione è immediatamente finalizzato il contratto, ma anche altri a portata trasversale come, ad esempio, l'economicità dell'azione amministrativa, l'efficace ed efficiente allocazione delle risorse, la prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni criminali, la tutela della concorrenza e dell'ambiente¹¹.

⁹ Per un'analisi del percorso di radicamento della prospettiva "funzionalizzante" e delle voci contrarie si rinvia ad A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., 119 ss.; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 86 ss.

¹⁰ Si può osservare come tale meccanismo abbia determinato non già un adattamento del diritto privato all'interesse pubblico, quanto piuttosto un allargamento della stessa nozione di Amministrazione. Sul tema F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, 100 ss.; A. MALTONI, *Il conferimento di società pubbliche a privati*, Torino, 2005; S. TORRICELLI, *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, 253 ss.

¹¹ Sulle principali "tecniche di adeguamento" del paradigma privatistico-contrattuale alle esigenze della "funzionalizzazione" si rimanda a G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, 88; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei*

A voler comparare i due modelli contrattuali, non vi è dubbio che la fase di scelta della controparte operata dalla P.A. registri le maggiori differenze. Invero, alla tendenziale libertà che caratterizza i rapporti *inter privatos*, si contrappone una disciplina pubblicistica che, da un lato, pur senza dimenticare la tipologia e il valore della commessa, impone alle stazioni appaltanti principi d'azione e procedure differenziate diretti a garantire la massima partecipazione delle imprese, dall'altro, le impegna in un complesso giudizio sugli operatori economici i cui parametri sono legislativamente imposti e ove confluiscono non soltanto le valutazioni che attengono strettamente all'offerta presentata, ma anche le risultanze relative alla verifica sul possesso, da parte dell'impresa, di tutta una serie di requisiti subiettivi di natura tecnico-professionale, economico-finanziaria e *latu sensu* morale.

All'interno di tale ultima categoria rientrano quelle "situazioni" che, qualora verificatesi, sono in grado di incidere sull'integrità professionale dell'operatore economico, potendo fondare un giudizio presuntivo di inaffidabilità che ne giustifica l'esclusione dalla procedura di gara o, se del caso, l'interruzione della relazione contrattuale già in essere. Si tratta, in altri termini, di pronosticare, traendo informazioni dalla sua vita professionale, l'idoneità o meno dell'impresa ad attendere agli obblighi derivanti dal futuro contratto in maniera diligente, nel rispetto della legge e senza distorcere le ordinarie dinamiche del mercato.

Sono evidenti le peculiarità di tale apprezzamento, in cui l'ambizione e la vaghezza del fine – la valutazione sull'integrità morale dell'operatore economico – si traducono nella profonda indeterminatezza dei presupposti, le fattispecie comportamentali rilevanti. Non vi è da stupirsi, dunque, se nessuna delle soluzioni giuridiche potenzialmente percorribili pare essere priva di criticità.

Non lo è, innanzitutto, la rigida previsione tassativa delle singole condotte che, dinanzi al polimorfismo della realtà, rischia di ingessare il sistema privandolo della sua reale efficacia, pur donandogli prevedibilità e certezza. E non lo è, inoltre, la creazione di automatismi operativi che rendono celere l'accertamento, ma non consentono di cogliere le diverse sfaccettature dei fatti finendo per sfociare, spesso, nella disparità, nella sproporzionalità e nell'irragionevolezza. Ma non

contratti di diritto pubblico, Milano, 1996, 118 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 161.

lo è nemmeno il ricorso a formule legislative aperte la cui ermeneusi, rimessa agli operatori del diritto, si fa sempre meno univoca e coerente negli interstizi d'ombra del dettato normativo. Una circostanza, quest'ultima, che pone lo strumento giuridico nelle condizioni di adeguarsi meglio alla realtà, ma che produce, al contempo, incertezza e imprevedibilità, rischia di creare indebite barriere per le imprese all'ingresso nel mercato e favorisce la proliferazione del contenzioso giudiziario, allungando i tempi delle gare e aumentandone i costi.

L'esclusione dell'operatore economico che ha commesso *gravi illeciti professionali*, a cui saranno dedicate le prossime pagine, rappresenta un ottimo angolo di osservazione per ragionare sulle questioni brevemente richiamate. Dopo aver delineato le coordinate offerte dal diritto europeo, ove tale causa ostativa ha trovato la sua genesi, ci si interrogherà sulle soluzioni fatte proprie a livello nazionale e su alcune delle principali criticità riscontrate. L'occasione di questa riflessione è offerta dal rinnovato Codice dei contratti pubblici, il D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che ha fornito nuove risposte a problematiche antiche della cui legittimità, anche sul piano unioniale, è talvolta lecito dubitare.

2. *I gravi illeciti professionali nel diritto e nella giurisprudenza europei*

L'interesse del diritto europeo verso le cause di esclusione morale degli operatori economici dalle procedure di gara trova un suo specifico riscontro già nelle prime direttive che hanno riguardato il settore delle commesse pubbliche. Dall'analisi diacronica dei provvedimenti via, via adottati emerge la coesistenza di plurimi interessi capaci di fondare e influenzare la disciplina di risulta¹².

Il punto di partenza va ricercato nella trasversale esigenza di tutela del

¹² I primi provvedimenti in materia sono la direttiva 71/304/CEE, concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali, e la direttiva 71/305/CEE, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. Pochi anni dopo è intervenuta la direttiva 77/62/CEE diretta al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture. Negli anni successivi all'adozione dell'Atto Unico Europeo – dove si era messa in risalto la necessità di ulteriori interventi nel settore per consolidare il mercato unico – l'allora Comunità Economica Europea ha adottato le direttive 89/295-440/CEE che hanno

mercato unico. In tal senso, il riavvicinamento delle legislazioni nazionali, tramite l'imposizione di un argine alla proliferazione di condizioni differenziate di accesso alle gare, è diretto ad evitare che i singoli Stati, in assenza di limiti generalmente validi, possano adottare misure capaci di incidere sul corretto funzionamento del mercato unico, distorcendo la concorrenza o arrivando a creare pericolosi protezionismi nazionali. E tuttavia la compresenza e la graduale emersione di interessi ultranei alla tutela del mercato, spesso frutto della messa in atto di specifiche politiche europee orizzontali, hanno inciso sulla complessiva evoluzione della disciplina dei contratti pubblici, funzionalizzando le stesse cause di esclusione al perseguimento di altri obiettivi, come la tutela dell'ambiente, della sicurezza e dell'ordine pubblici, del buon andamento dell'azione amministrativa¹³.

Il legislatore europeo ha così avvocato a sé la definizione, tendenzialmente tassativa¹⁴, di tutte le fattispecie comportamentali che possono giustificare l'espulsione di un offerente dalle procedure di selezione, spingendosi sino alla predeterminazione, in alcuni casi, del bilanciamento tra

sostanzialmente novellato le previgenti, la direttiva 90/531/CEE che ha interessato i c.d. settori esclusi e la direttiva 92/50/CEE che ha coordinato le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Nel 1993 venne poi varato un ulteriore pacchetto di direttive che hanno riformato tutti i settori abrogando le precedenti: si tratta della direttiva 93/36/CEE in materia di contratti pubblici di forniture, della 93/37/CEE in materia di contratti pubblici di lavoro, della 93/38/CEE con riguardo ai settori c.d. esclusi. Un ulteriore percorso di riforma complessivo verrà avviato dalle direttive 2004/17-18/CE. Si giungerà così alle direttive vigenti, ovvero le 2014/23-24-25/UE rispettivamente nel settore delle concessioni, degli appalti pubblici e dei c.d. settori esclusi.

¹³ La materia è stata al centro di ampio approfondimento, per cui si rinvia, *ex multis*, a C. BOVIS, *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Markets*, Aldershot, 1998; F. SCIAUDONE, *Diritto comunitario degli appalti pubblici*, Padova, 1999; M.M. SALVADORI, *Gli appalti pubblici nell'organizzazione del commercio e nella Comunità europea*, Napoli, 2001; F. ASTONE, *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, Roma, 2010; G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, 2014; C. FRANCHINI, *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, Napoli, 2015; G.M. RACCA, *Public Procurement and Corruption: the EU challenges*, in *Preventing corruption through administrative measures*, a cura di E. CARLONI in collaborazione con D. PAOLETTI, 2019, Perugia, 95 ss.

¹⁴ In tal senso CGCE, sentenza del 19 maggio 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, § 21, e CGUE, sentenza 8 febbraio 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, § 30, ove non viene esclusa, tuttavia, la facoltà per gli Stati membri di mantenere o di stabilire, in aggiunta a tali cause di esclusione, norme sostanziali dirette a garantire la parità di trattamento di tutti gli offerenti e la trasparenza, seppur in armonia col principio di proporzionalità.

gli interessi in causa.

Ciò è avvenuto già con le direttive 2004/17-18/CE che hanno previsto l'esclusione obbligatoria di tutti i soggetti condannati con sentenza definitiva per reati quali la partecipazione a organizzazioni criminali, corruzione, frode a danno degli interessi finanziari delle Comunità europee e riciclaggio dei proventi di attività illecite¹⁵. Un elenco poi ulteriormente ampliato sia con l'inclusione dei reati terroristici, di sfruttamento del lavoro minorile e di altre forme di tratta di esseri umani, sia inglobando tutti i casi di inottemperanza da parte dell'operatore economico agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, accertata da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo¹⁶. In queste ultime ipotesi, dunque, è la stessa normativa comunitaria e unio-niale a imporre la supremazia di esigenze come la tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici rispetto alle garanzie di libero accesso al mercato.

Tuttavia, buona parte delle cause di esclusione individuate nelle direttive sono prive del carattere dell'obbligatorietà, circostanza che rimette agli Stati membri la facoltà di non applicarle affatto, optando per la partecipazione più ampia possibile alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore variabile, alleviandole o rendendole più flessibili, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale¹⁷. Vi rientrano sia le condizioni volte a verificare l'onorabilità professionale o l'idoneità economica-finanziaria dell'offerente, sia quelle che potreb-

¹⁵ Si tratta dell'art. 45, par. 1 della direttiva 2004/18/CE, richiamato dall'art. 54, par. 4 della direttiva 2004/17/CE.

¹⁶ In tal senso l'art. 38, par. 4 della direttiva 2014/23/UE e l'art. 57, par. 1 della direttiva 2014/24/UE, poi richiamato dall'art. 80 della direttiva 25/2014/UE.

¹⁷ Con riferimento all'art. 29 della direttiva 92/50/CEE si rinvia a CGCE, sentenza del 9 febbraio 2006, *La Cascina*, C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, § 22-23; con riguardo all'art. 24 della direttiva 93/37/CEE si veda CGCE, sentenza del 16 dicembre 2008, *Michaniki AE*, C-213/07, EU:C:2008:731, § 49; a commento dell'art. 45, par. 2 della direttiva 2004/18/CE si richiamano CGUE, sentenza del 10 luglio 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, §36; sentenza del 14 dicembre 2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, § 29; sentenza del 20 dicembre 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA*, C-178/16, EU:C:2017:1000, § 31; sentenza del 28 marzo 2019, *Idi*, C-101/18, EU:C:2019:267, § 45; ordinanza del 14 giugno 2019, *Consorzio Nazionale Servizi*, C-425/18, EU:C:2019:476, § 25; con riferimento all'art. 57, par. 4 della direttiva 2014/24/UE si richiama CGUE, sentenza del 3 giugno 2021, *Rad Service Srl*, C-210/20, EU:C:2021:445, § 28.

bero creare una situazione che, nel contesto della singola procedura di appalto, costituisca un conflitto di interessi o un'alterazione della concorrenza. In questo quadro si innesta anche la commissione di gravi illeciti professionali, che rappresentano una vera e propria clausola di salvaguardia in grado di intercettare tutte quelle condotte rilevanti nel quadro del giudizio sull'affidabilità dell'operatore economico, ma non sussumibili nelle altre fattispecie espresse.

I loro antecedenti normativi vanno ricercati già nelle direttive degli anni Settanta che prevedevano l'esclusione di chi avesse commesso "*in materia professionale*" un "*errore grave accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice*", arricchendo così un *parterre* di cause ostative ove vi rientravano la sottoposizione a una procedura concorsuale, l'intervenuta condanna per un reato che incide sull'integrità morale dell'impresa, il mancato pagamento dei contributi di sicurezza sociale, delle imposte e delle tasse, nonché le false dichiarazioni nel fornire informazioni essenziali per il corretto svolgimento della selezione¹⁸. Si tratta di una soluzione normativa sostanzialmente confermata anche nei numerosi interventi degli anni Novanta, in cui dall'occasionale ricorso alla locuzione "*gravi violazioni dei doveri professionali*"¹⁹ non sembra potersi ragionevolmente desumere un cambio di rotta rispetto al passato²⁰. E dopotutto lo stesso pacchetto di direttive del 2004 torna a prevedere l'"*errore grave*" "*nell'esercizio dell[']attività professionale*" quale causa di esclusione dalle procedure di gara²¹.

Solo più tardi le direttive 2014/23-24-25/UE, rispettivamente in materia di concessioni, appalti pubblici e settori speciali, allargheranno il novero delle cause di esclusione facoltativa dando autonomo rilievo a fattispecie che in passato venivano fatte rientrare nell'ampia accezio-

¹⁸ Art. 23, par. 1, della direttiva 71/305/CEE; art. 20, par 1, della direttiva 77/62/CEE.

¹⁹ Così l'art. 29, par. 1, lett. d) della direttiva 92/50/CEE e l'art. 20, par. 1, lett. d) della direttiva 93/36/CEE. Mantiene il riferimento all'"*errore grave*", invece, l'art. 24, par. 1, lett. d) della direttiva 93/37/CEE.

²⁰ A ben vedere si tratta di un'oscillazione lessicale che riguarda soltanto il testo italiano delle direttive in esame. Essa non si registra, ad esempio, nella versione inglese, ove si ricorre alla locuzione "*grave professional misconduct*" sia nel pacchetto di direttive degli anni Settanta che in quello degli anni Novanta, circostanza comune anche alla versione francese ove si utilizza l'espressione "*faute grave*".

²¹ Si veda l'art. 45, par. 2, lett. d) della direttiva 2004/18/CE, a cui rinvia anche dall'art. 54, par. 4 della direttiva 2004/17/CE.

ne di “errore professionale grave” e sostituendo a quest’ultima i “*gravi illeciti professionali*” in grado di rendere dubbia l’integrità dell’operatore economico²². Anche in questo caso, tuttavia, l’evidente evoluzione del dato formale deve essere ridimensionata, sul piano sostanziale, alla luce di un’effettiva continuità semantica e teleologica tra le previsioni delle varie direttive susseguitesi nel tempo²³. In tal senso, la lettura a sistema delle pronunce della Corte di Giustizia rappresenta un valido supporto.

Invero, i Giudici del Lussemburgo non hanno mai inteso l’“*errore grave*” nel senso di “non corretta rappresentazione delle realtà”, “sbaglio”, ma hanno accolto un’accezione ermeneutica ampia che ingloba ogni comportamento scorretto che incide sulla credibilità professionale dell’operatore economico, sulla sua integrità o affidabilità²⁴ e che denoti, normalmente, un’intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità²⁵. Sul piano testuale, dunque, il ricorso all’espressione “*gravi illeciti professionali*” appare più in linea con la *ratio legis* costantemente individuata dalla giurisprudenza della Corte.

Rimane ferma, tuttavia, l’esigenza di riempire di significato una formula legislativa che ha nell’indeterminatezza il suo carattere distintivo, con le ovvie ricadute che ciò comporta sul versante del suo corretto recepimento nelle discipline nazionali. Gli Stati membri, infatti, sono chiamati a specificarne “*le condizioni di applicazione [...] nel rispetto del diritto dell’Unione*” con la conseguenza che il loro potere discrezionale, una volta assunta la decisione di adottare la misura, non è assoluto ma trova un limite invalicabile nel rispetto degli elementi essenziali, degli obiettivi e dei principi ai quali essa è ispirata²⁶.

Così sono stati ritenuti rilevanti non solo gli inadempimenti e le con-

²² Si tratta dell’art. 38, par. 7, lett. c) della direttiva 2014/23/UE e dell’art. 57, par. 4, lett. c) della direttiva 2014/24/UE. Quest’ultimo è espressamente richiamato dall’art. 80 della direttiva 2014/25/UE.

²³ Secondo CGUE, sentenza del 19 giugno 2019, *Meca Srl*, C-41/18, EU:C:2019:507, § 25, “*il testo dell’articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 è sufficientemente simile a quello dell’articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, disposizione da esso abrogata, da consentire che l’interpretazione richiesta dal giudice del rinvio si ispiri alla giurisprudenza della Corte relativa a quest’ultima disposizione*”.

²⁴ CGUE, sentenza del 13 dicembre 2012, *Forposta e ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, § 27.

²⁵ CGUE, ordinanza C-425/18, § 31.

²⁶ CGUE, sentenza C-41/18, § 33; ordinanza del 20 novembre 2019, *Indaco Service*, C-552/18, EU:C:2019:997, § 23.

dotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico²⁷, ma anche, a mero titolo esemplificativo, le infrazioni alle regole della concorrenza²⁸ o le condanne penali a carico degli amministratori per un reato che inquina la moralità professionale dell'impresa²⁹.

Sul versante dell'accertamento della condotta, poi, i considerando e il tenore letterale delle disposizioni delle direttive 2014/23-24/UE conferiscono all'Amministrazione aggiudicatrice, e ad essa sola, il compito di valutare se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione³⁰. Sicché, non sarebbe legittimo, secondo la Corte, un sistema che sposti la valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico nell'ambito di presunzioni legislative, del

²⁷ Così CGUE, ordinanza C-425/18, § 30. A conferma della citata tendenza espansiva nell'interpretazione della clausola in esame, in CGUE, ordinanza C-552/18, si ribadisce che la risoluzione di un precedente contratto è comunque in grado di assumere una propria autonoma rilevanza ai fini dell'esclusione di un operatore economico, anche se la vicenda sia ancora sottoposta al vaglio dell'Autorità giudiziaria nazionale. È bene precisare, oltretutto, che le *“significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili”* hanno finito per rappresentare nelle direttive unioniali del 2014 un autonomo motivo di esclusione rispetto alla commissione di gravi illeciti professionali, a differenza di quanto disposto dalla normativa antecedente.

²⁸ CGUE, sentenza del 18 dicembre 2014, *Generali-Providencia Biztosító Zrt*, C-470/13, EU:C:2014:2469. La Corte ha anche precisato che, per procedersi all'espulsione dell'operatore economico, non si deve necessariamente rientrare in una delle ipotesi vietate dall'art. 101 TFUE (CGUE, sentenza del 15 settembre 2022, *Landkreis Aichach-Friedberg*, C-416/21, EU:C:2022:689), né che sia intervenuta una sanzione dell'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale (CGUE, ordinanza C-425/18).

²⁹ Come precisato in CGUE, sentenza C-178/16, la condanna può avere rilevanza anche se non è ancora definitiva e l'amministratore abbia cessato di esercitare le sue funzioni.

³⁰ Il considerando 70 della direttiva 2014/23/UE e il considerando 101 della direttiva 2014/24/UE prevedono che *“[l]e amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili”*. Si precisa ulteriormente che *“[t]enendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erranea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi”*. D'altro canto, l'art. 38, par. 7, lett. c) della direttiva 2014/23/UE e l'art. 57, par. 4, lett. c) della direttiva 2014/24/UE stabiliscono che *“[l]e amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono escludere o possono essere obbligati dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione all'aggiudicazione di concessioni un operatore economico”*.

sindacato giurisdizionale o di automatismi amministrativi³¹.

I Giudici europei precisano che, a tal fine, la stazione appaltante è tenuta a esaminare in maniera diligente e imparziale tutti gli elementi pertinenti³², avendo cura di rispettare i principi di lealtà, di proporzionalità e di parità di trattamento³³. Ciò significa verificare che la definizione delle condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto, a cui l'Amministrazione si vincola, sia avvenuta in maniera chiara e inequivoca, così da permettere a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo³⁴; inoltre, implica che la cessazione del rapporto di fiducia con l'operatore economico avvenga solo quando sia strettamente necessario, riconoscendogli, se del caso, la possibilità di adottare misure correttive dell'irregolarità contestata in modo da superare il giudizio di inaffidabilità su di lui ricadente³⁵.

Solo se all'esito di un giudizio così strutturato l'Amministrazione procedente riesce a dimostrare in maniera sufficiente plausibile³⁶ che “l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali” tali da “rendere

³¹ Secondo CGUE, sentenza C-41/18, § 28, “[d]al testo della disposizione in questione [art. 57, par. 4 della direttiva 2014/24, ndr] risulta quindi che il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto è stato affidato alle amministrazioni aggiudicatrici, e non a un giudice nazionale”. Al contempo, in CGUE, ordinanza C-552/18, § 28, si ribadisce che “l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) [...] della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale in virtù della quale la presentazione di un ricorso giurisdizionale avverso una decisione di risoluzione di un contratto di appalto pubblico, adottata da un'amministrazione aggiudicatrice in ragione di un «grave illecito professionale», verificatosi in sede di esecuzione di tale contratto, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indica una nuova gara d'appalto di escludere un operatore, nella fase della selezione degli offerenti, sulla base di una valutazione dell'affidabilità dell'operatore stesso”. Anche per CGUE, sentenza 3 ottobre 2019, *Delta Antrepriză de Construcții*, C-267/18, § 28, “un'amministrazione aggiudicatrice non può automaticamente desumere dalla decisione di un'altra amministrazione aggiudicatrice di risolvere un precedente contratto di appalto pubblico, per il fatto che l'aggiudicatario avrebbe affidato in subappalto una parte dei lavori senza la previa autorizzazione dell'amministrazione medesima, che tale aggiudicatario si sia reso colpevole di significative o persistenti carenze [...] in riferimento all'esecuzione di una prescrizione sostanziale relativa a tale appalto pubblico”.

³² *Ibidem*, § 29.

³³ Molto interessanti appaiono sul punto le riflessioni di CGUE, sentenza C-171/15, § 34-44.

³⁴ Si vedano CGUE, sentenza del 2 giugno 2016, *Pizzzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, § 36-37; sentenza C-171/15, § 39-40; sentenza del 14 gennaio 2021, *RTS infra BV/BA*, C-387/19, EU:C:2021:13, § 35.

³⁵ *Ex multis*, CGUE, sentenza C-210/20, § 35; sentenza C-387/19, § 25-42.

³⁶ CGUE, sentenza C- 416/21, § 37.

dubbia la sua integrità”, sarà allora possibile disporne, in qualsiasi momento, l’esclusione dalla gara.

3. *Disamina dell’evoluzione normativa nell’ordinamento italiano: dalle fattispecie di negligenza, malafede ed errore grave ai gravi illeciti professionali*

Già in epoca prerepubblicana l’ordinamento italiano conosceva cause di esclusione “morale” dell’operatore economico. Erano così estromesse “dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell’eseguire altra impresa si [fossero] rese colpevoli di negligenza o malafede”, e ciò con effetti generali e permanenti, salvo eventuali riammissioni³⁷. Una previsione a cui si affiancava il secondo comma dell’art. 68 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, che attribuiva all’Amministrazione “piena ed insindacabile facoltà di escludere dall’asta qualsiasi concorrente senza che l’escluso [potesse] reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli [fossero] rese note le ragioni dell’esclusione”³⁸.

Si trattava di un’impostazione su cui ha profondamente inciso l’istituzione dell’albo nazionale dei costruttori, ex L. 10 febbraio 1962, n. 57, da cui è derivata la tacita abrogazione della prima delle due forme di esclusione³⁹, mentre è stata espressamente conservata la seconda⁴⁰, quantunque gradualmente ripensata in un’ottica di maggiore garantismo⁴¹.

Tuttavia, anche tale ultima previsione è stata sostanzialmente superata in occasione del recepimento delle direttive europee, dapprima, per i soli contratti soprasoglia, grazie alla L. 8 agosto 1977, n. 584⁴², e poi

³⁷ Il riferimento è all’art. 3, co. 3 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 (Nuove disposizioni sull’amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato).

³⁸ A commento M. GALLO, voce *Contratto di diritto privato degli enti pubblici*, in *Nov. dig. it.*, IV, 1959, Torino, 636.

³⁹ In questo senso si veda TAR Lazio, sede di Roma, sez. II, 14 agosto 1987, n. 1380, secondo cui l’iscrizione all’albo dei costruttori “*si deve intendere fondata sul preventivo accertamento di una serie di requisiti concernenti l’idoneità non solo tecnica e finanziaria, ma anche morale dell’impresa: il che [...] porta a impedire che rimanga in capo alla p.a. un potere generale di esclusione da tutte le gare*”. Ma non sono mancate posizioni discordanti, come quella di Consiglio di Stato, sez. V, 20 giugno 2001, n. 3260, ove si afferma che “[l]’art. 68, r.d. 23 maggio 1924 n. 827 [...] non è tacitamente abrogato dalla l. 10 febbraio 1962 n. 57, istitutiva dell’albo nazionale dei costruttori, in considerazione della diversità dei piani operativi delle due norme”.

⁴⁰ Cfr. art. 3, co. 2, L. 10 febbraio 1962, n. 57.

⁴¹ Sul punto si veda Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 1955, n. 132, che ammette la sindacabilità del provvedimento di esclusione sotto al profilo della legittimità.

⁴² L’art. 13 della L. 8 agosto 1977, n. 584 (Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica

per mano degli interventi normativi degli anni Novanta. Più specificamente, questi ultimi hanno delineato un quadro abbastanza articolato, prevedendo, tra l'altro, l'esclusione dalle procedure di gara in materia di lavori pubblici di chi avesse, ancora una volta, "*commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara*"⁴³, nonché, nel settore delle forniture e dei servizi pubblici, di quanti si fossero resi responsabili di un "*errore grave, accertato, con qualsiasi mezzo di prova, dall'ente appaltante*" commesso "*nell'esercizio dell'attività professionale*"⁴⁴.

Alla frammentarietà del contesto normativo appena descritto, che pure dottrina e giurisprudenza avevano provato a uniformare⁴⁵, ha risposto il D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice de Lise) che, cogliendo il disegno di riordino del settore fatto proprio dalle direttive comunitarie del 2004, ha optato per l'opzione legislativa di mantenere tra i requisiti di ordine generale – stavolta indistintamente vevoli per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – il binomio di cause di esclusione già previsto dalla disciplina precedente, disponendo l'estromissione dei soggetti "*che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, [avessero] commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandi[va] la gara; o che [avessero] commesso un errore grave nell'esercizio*

europea) ha recepito tutte le cause di esclusione individuate dalle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE ivi incluso l'"errore grave" commesso "*nell'esercizio dell'attività professionale*".

⁴³ Così l'art. 75, co. 1, lett. f) del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni), come novellato dall'art. 2 del D.P.R. 30 agosto 2000, n. 412.

⁴⁴ In tal senso l'art. 11, co. 1, lett. c) del D. Lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE) richiamato dall'art. 12, co. 1 del D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi). Alla disposizione citata del D. Lgs. n. 358/1992 rinvia anche l'art. 22, co. 1-2 del D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 158 (Attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi).

⁴⁵ Si riteneva, infatti, che tutte le ipotesi normative che richiamavano espressamente le condotte colpose ("*errore grave*") dell'operatore economico includessero, implicitamente, anche i comportamenti dolosi ("*malafede*"). Non sono mancanti, sul punto, i richiami agli artt. 3 del R.D. n. 2440/1923 e 68 del R.D. n. 827/1924 che le norme citate facevano espressamente salve. Sul punto, M. ZOPPOLATO, *I requisiti di partecipazione ad appalti*, in *Il regolamento della legge sui lavori pubblici: commento al DPR 21 dicembre 1999, n. 554*, a cura di D. TASSAN MAZZOCCO, Milano, 2000, 226; R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, II, 2008, Milano, 1299. In giurisprudenza, Consiglio di Stato, sez. V, 11 giugno 2003, n. 3301; sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6541.

*della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante*⁴⁶.

Sono state così ereditate una serie di questioni ermeneutiche e applicative di cui è possibile osservare traccia nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale del tempo⁴⁷.

Esclusa, non senza patemi, la necessità di un accertamento in sede giurisdizionale delle condotte dell'operatore economico poste a fondamento dell'esclusione⁴⁸, dottrina e giurisprudenza dovettero confrontarsi con le difficoltà connesse all'univoca interpretazione di concetti indeterminati quali "negligenza", "malafede", "errore" e "gravità"⁴⁹, ritenuti, da un lato, irrinunciabili dinanzi all'impossibilità di predefinire astrattamente tutte le fattispecie potenzialmente rilevanti, dall'altro, capaci di indebolire la certezza del diritto in un ambito in cui la prevedibilità dei comportamenti della stazione appaltante favorisce la concorrenza e compensa la grave compressione del diritto di iniziativa economica che deriva proprio

⁴⁶ Art. 38, co. 1, lett. f) del D. Lgs. n. 163/2006.

⁴⁷ Un interessante spaccato delle principali questioni è offerto da G. FISCHIONE, *L'esclusione dalla gara per grave negligenza, malafede e per errore professionale tra lacune normative ed esigenze di certezza, ragionevolezza e proporzionalità*, in *www.giustamm.it*, 3, 2015. Per un più ampio commento all'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 si rinvia a R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., 1299 ss.; R. GRECO, *Art. 38*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI, Molfetta, 2012, 658 ss. e 677 ss.; R. PROIETTI, *Art. 38*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI, II ed., Milano, 2015, 509 ss.; F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Torino, 2017, 321 ss.

⁴⁸ La problematica era già avvertita nella vigenza della normativa degli anni Novanta, come evidenziato da R. GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2015*, a cura di R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, Milano, 2005, 589 ss. In senso conforme all'interpretazione prospettata si vedano Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2001, n. 5610; sez. VI, 9 marzo 2004, n. 1071; sez. V, 13 luglio 2017, n. 3444; sez. V, 22 ottobre 2019, n. 7160; sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483. Per una lettura critica si rinvia a G. POGLIOTTI, *La facoltà dell'amministrazione di escludere un'impresa dalla gara ai sensi dell'art. 75, comma 1 lett. f, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554*, in *Riv. trim. app.*, 4, 2004, 1108 ss.

⁴⁹ Si è così affermato che mentre "negligenza e malafede" costituivano un'endiadi riferibile al comportamento tenuto dall'impresa nel corso dell'esecuzione di una precedente relazione contrattuale (Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4512), invece l'"errore", rappresentando un'espressione più ristretta, escludeva l'atteggiamento psicologico intenzionale dell'operatore economico e calibrava l'ambito applicativo della norma ai soli casi di imperizia, stavolta però riferiti a qualsiasi momento della vita professionale dell'impresa (FAR Sicilia, sede di Palermo, sez. I, 31 luglio 2012, n. 1726). Per un approfondimento, M. DIDONNA, *Il "grave errore professionale", tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, in *Urb. app.*, 1, 2016, 63 ss.

dall'applicazione delle cause di esclusione, ponendo quest'ultima al riparo da pericolosi abusi⁵⁰. Così, in assenza di un'elencazione, anche solo esemplificativa, delle condotte rilevanti, la giurisprudenza richiamava genericamente tutte le violazioni dei doveri professionali o contrattuali capaci di compromettere il rapporto fiduciario *inter partes*⁵¹, essendo poi compito dell'Amministrazione giungere, con qualsiasi mezzo di prova, ad un accertamento basato su elementi di fatto concreti e ragionevoli⁵² di cui fosse obiettivamente verificabile la non modesta lesività⁵³. In altre parole, doveva trattarsi di una valutazione particolarmente rigorosa e puntuale, di cui si apprezzava ulteriormente l'importanza considerata l'assenza dell'indicazione, in sede legislativa, di un termine massimo di efficacia della causa di esclusione che potesse fungere da limite al potere della stazione appaltante⁵⁴.

Altri due ordini di criticità riguardavano, poi, sia la perimetrazione dei limiti soggettivi dell'istituto, sia l'esatta determinazione degli oneri dichiarativi ricadenti sugli operatori economici. Se, sul primo versante, si è lungamente discusso della possibilità o meno che il rapporto tra l'Amministrazione e il concorrente potesse essere pregiudicato da una condotta posta in essere da quest'ultimo nei confronti di un soggetto

⁵⁰ Interessanti le riflessioni di G. MANFREDI, *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, in *Urb. app.*, 5, 2010, 508 ss.

⁵¹ In dottrina, R. GRECO, *Art. 38*, cit., 677. In giurisprudenza si vedano Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071; TAR Lombardia, sede di Milano, sez. III, 9 marzo 2004, 828; TAR Lazio, sede di Roma, sez. I *ter*, 12 dicembre 2006, n. 14212.

La graduale stratificazione dei precedenti giudiziari ha consentito di perimetrare meglio la categoria escludendo, ad esempio, la necessità che si integrino, nel caso di inadempimenti contrattuali, gli estremi della responsabilità *ex art.* 1218 c.c. (Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4512), ovvero che possano rilevare le condotte negligenti o in malafede assunte dal concorrente nel corso delle trattative contrattuali (Consiglio di Stato, sez. V, 21 luglio 2015, n. 3595; *contra* TAR Puglia, sede di Bari, sez. I, 11 giugno 2015, n. 848), o ancora che possa essere disposta l'esclusione per infrazioni del tutto estranee all'ambito dei rapporti contrattuali (Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2002, n. 2090) o nel caso in cui la stazione appaltante, dopo il verificarsi dell'evento contestato, abbia stipulato altri contratti con l'operatore (Consiglio di Stato, sez. VI, 8 luglio 2010, n. 5030).

⁵² Consiglio di Stato, sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1435; sez. V, 25 agosto 2006, n. 4999; sez. V, 27 gennaio 2010, n. 296; sez. VI, 15 maggio 2012, n. 2761.

⁵³ Consiglio di Stato, sez. III, 19 aprile 2011, n. 2403; sez. III, 4 novembre 2011, n. 5866.

⁵⁴ M. DIDONNA, *Il "grave errore professionale", tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, cit., 67 ss.

pubblico diverso⁵⁵, dall'altro, la non chiara definizione soggettiva e oggettiva delle condotte rilevanti, unita all'obbligo ricadente sull'operatore economico di attestare la sussistenza dei requisiti di ordine generale mediante una dichiarazione sostitutiva, rischiava di esporre quest'ultimo ad inconsapevoli omissioni che, oltre ai possibili risvolti penali, potevano comunque intaccare il giudizio di affidabilità su di lui espresso dall'Amministrazione⁵⁶.

Dinanzi a un quadro così strutturato, dove si facevano evidenti i rischi di applicazioni disomogenee e distorte dell'istituto⁵⁷, il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (d'ora in avanti "Codice"), abrogando espressamente la precedente disciplina⁵⁸, ha riconfigurato la fattispecie in esame col duplice obiettivo di superare le plurime criticità riscontrate nella vecchia disposizione e assicurarne una maggiore aderenza al diritto euro-

⁵⁵ La diatriba è sorta dalla discrasia del dato normativo – che richiamava “la stazione appaltante che bandisce la gara” nei soli casi di grave negligenza o malafede – e che ha visto formarsi due orientamenti opposti, il primo – maggioritario – che escludeva questa ipotesi anche dinanzi a un “errore grave”, il secondo che la riteneva possibile solo in quest'ultimo caso. In giurisprudenza, il primo approccio è stato condiviso da Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750; sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5892; TAR Sicilia, sede di Palermo, sez. III, 10 marzo 2010, n. 2670; il secondo da Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2245; sez. V, 15 marzo 2010, n. 1550; sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078; TAR Puglia, sede di Lecce, sez. III, 17 maggio 2012, n. 860; TAR Campania, sede di Napoli, sez. I, 5 maggio 2006, n. 3976.

Per un approfondimento più diffuso si rinvia a R. GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, cit., 1300 ss.; ID., *Art. 38*, cit., 677 ss.; G.F. NICODEMO, *Sull'esclusione per “grave negligenza” quando è commessa a danno di altre P.A.*, in *Urb. app.*, 5, 2013, 545 ss.

⁵⁶ Si rammenta, infatti, che ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. h) del D. Lgs. n. 163/2006 erano esclusi dalle procedure ad evidenza pubblica i soggetti che “nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara [avessero] reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara” e che, secondo l'art. 75 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), “il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera”. Ad avvertire delle criticità poste dal sistema dell'autodichiarazione G. MANFREDI, *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, cit., 511 ss.; A. NICODEMO, *Il requisito della moralità professionale tra le intemperanze interpretative*, in *Urb. app.*, 3, 2016, 299 ss.

⁵⁷ Secondo A. FALCHI DELITALA, *La soggettività della valutazione di affidabilità ex art. 38, 1° comma, lett. f) del d.lgs. 163/06 come limite al sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 12, 2012, 3147, è “lecito dubitare, che le forti tinte contrattualistiche di cui è impregnata la valutazione in esame possano in realtà celare l'esistenza anche di un interesse personale dell'amministrazione-contraente all'affidabilità della controparte contrattuale, piuttosto che la sola sussistenza di un generico interesse pubblico all'esclusione di contraenti in passato rivelatisi inadempienti”.

⁵⁸ Art. 217, co. 1, lett. e) del D. Lgs. n. 50/2016.

peo, nelle more profondamento innovato dal pacchetto di direttive del 2014 e dall'incessante lavoro della Corte di Giustizia.

A differenza dell'art. 38, co. 1, lett. f) del D. Lgs. n. 163/2006, la formulazione dell'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice, pur in seguito a una serie di interventi di riforma di cui si darà atto a breve, ha individuato, tra le cause di esclusione c.d. "non automatiche" dell'operatore economico, l'essersi reso colpevole di "*gravi illeciti professionali, tali da render[ne] dubbia l'integrità o affidabilità*", così riprendendo (quasi) pedissequamente l'espressione utilizzata dalla disciplina unioniale vigente⁵⁹.

Pur mantenendosi il ricorso a concetti giuridici indeterminati, può osservarsi come la rinnovata formula legislativa abbia una portata molto più ampia dell'omologa previsione del precedente Codice degli appalti, ricomprendendo ogni fattispecie, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa⁶⁰, a nulla rilevando che si sia verificata in un rapporto con la stessa stazione appaltante o *aliunde*⁶¹.

Il contrattare è stata una disciplina che nel suo complesso, pur non avendo abbattuto i margini di discrezionalità rimessi all'Amministrazione, ha comunque avuto il merito di perimetrarne il potere con un maggior grado di definizione rispetto al passato e ciò, tra l'altro, avvalendosi anche dell'azione regolatoria dell'Autorità nazionale anticorruzione. Si rammenta, infatti, che in attuazione all'art. 80, co. 13 del Codice, l'ANAC ha adottato le Linee Guida n. 6⁶², con cui, al di là dell'annosa questione

⁵⁹ Si precisa che le cause di esclusione definite dall'art. 80 del Codice rilevavano anche: a) ai fini della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (art. 84, co. 4 cit.); b) ai fini dell'affidamento dei contratti ai subappaltatori e della relativa stipula (art. 80, co. 14 cit.); c) in relazione all'impresa ausiliaria nei casi di avvalimento (art. 89, co. 3 cit.); d) ai fini della partecipazione alle gare del contraente generale (art. 198 cit.).

⁶⁰ Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192; sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231; sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591; sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 503.

⁶¹ A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, I, XIV ed., Milano, 2021, 137.

⁶² Si tratta delle Linee Guida recanti "*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, poi aggiornate al D. Lgs. n. 56 del 19 aprile 2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017. Come evidenziato dall'ANAC nell'atto di segnalazione del 27 luglio 2022, n. 3, par. 2.1 (approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 370 del 27 luglio 2022), all'indomani dell'entrata in vigore della legge delega n. 78/2022 per la riforma del Codice dei contratti pubblici, l'Autorità ha preferito accantonare l'opzione di un ulteriore aggior-

afferente all'eventuale sconfinamento rispetto al parametro legislativo posto dall'ultimo articolo citato⁶³, si è tentato di omogeneizzare la prassi applicativa delle stazioni appaltanti, sebbene la natura non vincolante delle prescrizioni in esse contenute, ribadita anche dai Giudici amministrativi⁶⁴.

Prendendo le mosse dai profili oggettivi dell'istituto, occorre osservare che l'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice contemplava originariamente un'elencazione di possibili illeciti professionali – a cui, peraltro, la normativa europea dava rilievo autonomo – che tuttavia, per comune e consolidato intendimento, era considerata meramente esemplificativa⁶⁵.

namiento delle Linee guida, che pure era già in fase avanzata. In dottrina R. DE NICTOLIS, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida ANAC sui gravi illeciti professionali*, in *www.giustamm.it*, 2, 2017; L. DE PAULI, L. MAZZEO, *Le linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. app.*, 2, 2018, 155 ss.

⁶³ L'art. 80, co. 13 del Codice precisava che “[c]on linee guida l'ANAC [...] può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)”. E tuttavia, come meglio si dirà, tale atto si è spinto sino a individuare ulteriori ipotesi di illeciti professionali rispetto a quelle espressamente previste dalla norma di legge, a determinare l'ambito soggettivo e temporale di operatività della causa di esclusione oltre ai criteri di valutazione delle condotte e delle misure di *self cleaning*. La questione è stata oggetto delle riflessioni di A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. app.*, 6, 2017, 771 ss.

⁶⁴ Nella premessa delle Linee guida cit. si legge che “[i]l verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nelle presenti Linee guida non dà luogo all'esclusione automatica del concorrente, ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza ostativa degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto, secondo le indicazioni fornite nel presente documento. Le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi”. In giurisprudenza si rinvia a Consiglio di Stato, comm. spec., 16 ottobre 2016, n. 2286, la cui posizione è stata però criticata da A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, cit., 763 ss. In linea con la posizione richiamata nel testo A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. n. 50 del 2016*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2018, pt. II, 224 ss.; P. SEGALERBA, *La struttura aperta del grave illecito professionale quale causa di esclusione dalla gara: il giudizio sull'integrità ed affidabilità del concorrente nel delicato punto di equilibrio tra discrezionalità amministrativa, principio di legalità e numerus clausus delle fattispecie espulsive*, in *Riv. trim. app.*, 2, 633.

⁶⁵ La natura esemplificativa della previsione emergeva dalla lettera della norma che recitava “Tra questi rientrano” ed ha trovato conferma in Consiglio di Stato, comm. spec., 13 novembre 2018, par. n. 2616; sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591; TAR Lazio, sede di Roma, sez. IV, 23 novembre 2022, n. 15623; TAR Lombardia, sede di Milano, 2 gennaio 2023, n. 19. L'elencazione comprendeva: a) le significative carenze nell'ese-

La successiva evoluzione normativa, intervenuta dapprima col D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12) e poi col D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55), ha reso autonome tali ipotesi anche nell'ordinamento nazionale, mediante l'introduzione delle lettere *c-bis*), che ha accorpato le precedenti previsioni in tema di omissioni o falsità nelle informazioni fornite dall'impresa, *c-ter*), sulle significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, e *c-quater*), che ha menzionato i gravi inadempimenti nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuti o accertati con sentenza passata in giudicato. A completare il quadro sono intervenute proprio le linee guida dell'ANAC che non si sono limitate a precisare la portata delle condotte già elencate dalla norma di legge⁶⁶, ma ne hanno isolate di nuove, tra cui le condanne anche non definitive per i reati che incidono sull'affidabilità dell'operatore economico⁶⁷ ovvero

cuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni (cfr. art. 57, par. 4, lett. g) della direttiva 2014/24/UE); b) il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio (cfr. art. 57, par. 4, lett. i) della direttiva 2014/24/UE); c) il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (cfr. art. 57, par. 4, lett. h) della direttiva 2014/24/UE): sul tema si rinvia ad A. NICODEMO, *Gravi illeciti professionali, tutto cambia affinché nulla cambi*, in *Urb. app.*, 1, 2019, 107 ss., che ricostruisce anche l'opposta posizione sostenuta da parte della giurisprudenza in termini di assoluta tassatività delle fattispecie enunciate dall'art. 80, co. 5, lett. c) cit.

⁶⁶ Ad esempio, con riferimento alle “significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto” si precisava che “*la stazione appaltante [dovesse] valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi [...] che [avessero] comportato, alternativamente o cumulativamente: a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio; b) la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina*”. Tra tali comportamenti – destinati a rilevare quando anche singolarmente costituissero un grave illecito professionale ovvero qualora fossero sintomatici di persistenti carenze professionali – rientravano, a titolo esemplificativo: l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte; le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto; l'adozione di comportamenti scorretti; il ritardo nell'adempimento; l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione.

⁶⁷ A titolo esemplificativo le Linee Guida n. 6, sez. II, par. 2.2, richiamavano l'abu-

i provvedimenti definitivi di condanna comminati dall'AGCM⁶⁸ o dalla stessa Autorità anticorruzione⁶⁹. E tuttavia, tale struttura non solo non ha comportato l'introduzione di automatismi decisionali⁷⁰, ma ha mantenuto ferma la possibilità per l'Amministrazione di prendere in considerazione ogni altro comportamento dell'operatore economico che, pur non enucleato, fosse comunque in grado di giustificare, anche in relazione ai caratteri propri della commessa da aggiudicare, le riserve sulla sua affidabilità e il conseguente diniego di partecipazione alla gara⁷¹, pur dovendo essere

sivo esercizio di una professione, i reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito), i reati tributari ex D. Lgs. n. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio, i reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, i reati previsti dal D. Lgs. n. 231/2001 e i delitti di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p.

L'ANAC, nell'atto di segnalazione del 27 luglio 2022, n. 3 cit., par. 2.2.1, ha evidenziato le criticità connesse alla rilevanza ostativa di condotte non definitivamente accertate, di cui però occorre prendere atto stante il generale approccio condiviso in sede europea. Tuttavia, secondo l'Autorità è *“paleso che tali circostanze sono meno gravi e rilevanti rispetto alle condotte definitivamente accertate e, quindi, per ragioni di equità, dovrebbero dar luogo a conseguenze diverse. A tal fine, sarebbe auspicabile, in primo luogo, che la norma chiarisca la rilevanza delle violazioni non definitivamente accertate e, in secondo luogo, che introduca la possibilità di graduare in misura proporzionale sia le conseguenze di tali condotte che l'obbligo di motivazione posto a carico della stazione appaltante in relazione alle scelte adottate”*.

⁶⁸ Si trattava, più specificamente, di condanne intervenute *“per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare”* (ANAC, Linee Guida n. 6, sez. II, par. 2.2.3.1).

⁶⁹ Si trattava dei *“provvedimenti sanzionatori esecutivi comminati [...] ai sensi dell'art. 213, comma 13, del codice e iscritti nel Casellario dell'Autorità nei confronti degli operatori economici che abbiano rifiutato od omesso, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o documenti richiesti dall'Autorità o che non abbiano ottemperato alla richiesta della stazione appaltante di comprovare i requisiti di partecipazione o che, a fronte di una richiesta di informazione o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, abbiano fornito informazioni o documenti non veritieri”* (ANAC, Linee Guida n. 6, sez. II, par. 2.2.3.1).

⁷⁰ Consiglio di Stato, sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040; TAR Puglia, sede di Bari, sez. I, 13 aprile 2018, n. 562; TAR Campania, sede di Napoli, sez. I, 7 novembre 2022, n. 6878; sez. I, 14 novembre 2022, n. 7026.

⁷¹ A. AMORE, *Gli operatori economici nel “labirinto dei gravi illeciti professionali” e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*, in *Urb. app.*, 6, 2019, 901 ss.; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 657.

Sintetizza molto bene i termini della questione il dibattito che ha riguardato le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che, a mente della lettera c-ter) dell'art. cit. (e, ancor prima, dell'originaria formulazione della lettera c) dell'art. cit.), potevano condurre all'esclusione dell'operatore economico: a) se avessero causato la risoluzione per inadempimento (che in origine doveva essere

assistiti da impegnativi e rigorosi oneri probatori e motivazionali⁷².

Un altro limite oggettivo alle potestà delle stazioni appaltanti è giunto dal disposto dell'art. 80, co. 10 *bis* del Codice che, all'esito di un lungo dibattito⁷³, ha fissato un argine alla rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali, pur con una formulazione foriera di dilemmi applicativi⁷⁴.

stata confermata in giudizio o mai contestata); b) se avessero condotto alla condanna per risarcimento del danno; c) se avessero giustificato l'applicazione di altre sanzioni comparabili. Si registrano, sul punto, due posizioni differenti, tra chi ha ritenuto che il pregresso inadempimento contrattuale potesse assumere rilievo solo nei casi (tassativamente) previsti dalla norma di legge e chi, al contrario, ha sottolineato come potesse condurre (o non condurre) all'estromissione dell'operatore economico qualunque tipo di inadempimento contrattuale (al di là delle ulteriori condizioni, non tassative, previste dalla norma di legge) purché sottoposto ad un'adeguata valutazione prognostica sull'affidabilità dell'operatore economico ad opera della stazione appaltante. L'approccio estensivo ha trovato seguito in giurisprudenza in TAR Toscana, sez. I, 1° agosto 2017, n. 1011; TAR Campania, sede di Napoli, sez. I, 11 aprile 2018, n. 2390; Consiglio di Stato, sez. IV, ord. 3 maggio 2018, n. 2639; *contra* si vedano TAR Puglia, sede di Lecce, sez. III, 22 dicembre 2016; CGA Sicilia, sez. I, 28 dicembre 2017, n. 575; TAR Lazio, sede di Latina, sez. I, 16 marzo 2018, n. 4778; TAR Lombardia, sede di Milano, sez. IV, 23 marzo 2018, n. 792. In sede di rinvio pregiudiziale sono intervenute anche CGUE, sentenza C-41/18, e CGUE, ordinanza C-552/18, per le quali si veda *supra*, nota 31. In dottrina si rinvia alle trattazioni di V. SORDI, *Alla CGUE la compatibilità dell'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice con la disciplina eurounitaria*, in *L'amministrativista*, 4 maggio 2018; P. MARTIELLO, *Gravi illeciti professionali: l'esclusione è legittima anche se la risoluzione è sub iudice?*, in *L'amministrativista*, 13 giugno 2018; C. LAMBERTI, *Gli illeciti professionali approdano alla Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 10, 2018, 2234 ss.

⁷² Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299.

⁷³ L'art. 57, par. 7 della direttiva 2014/24/UE rimette agli Stati membri il compito di determinare il periodo massimo di esclusione che, qualora non fissato con sentenza definitiva, "non supera [...] i tre anni dalla data del fatto in questione". Tuttavia, nella sua prima formulazione l'art. 80 del Codice non prevedeva alcun termine, tanto che le Linee Guida n. 6, andando evidentemente oltre ai limiti posti dalla base legislativa di cui al comma 13 dell'art. cit., avevano stabilito che "il periodo di esclusione dalle gare non può superare i tre anni a decorrere dalla data dell'annotazione della notizia nel Casellario informatico gestito dall'Autorità". Una previsione che successivamente il Consiglio di Stato qualificò come "prin[a] di base normativa" (Consiglio di Stato, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2286), aggiungendo, peraltro, che il sistema nazionale non aveva alcuna lacuna da coprire stante l'efficacia diretta della disposizione europea summenzionata. Solo più tardi il D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha espressamente introdotto il termine dei tre anni con una soluzione legislativa che di lì a poco fu oggetto di ulteriore riforma ad opera del D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55) da cui è scaturito il testo in commento. Per una ricostruzione più dettagliata si rimanda a R. DE NICOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019 «sblocca cantieri»*, in *Urb. app.*, 4, 2019, 463 ss.; M. MANGANO, *La rilevanza temporale del grave illecito professionale nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici dura (più o meno) tre anni*, in *Urb. app.*, 1, 2021, 47 ss.

⁷⁴ La norma, nello stabilire che "nei casi di cui al comma 5 [esclusione per gravi illeciti

Sul piano soggettivo, specie dopo che è stata riconosciuta la rilevanza delle vicende penali, si è imposta l'esigenza di stabilire un criterio di collegamento tra le persone fisiche a cui è imputata la condotta illecita (qualora non direttamente riferibile alla persona giuridica) e gli operatori economici partecipanti alle gare, tale da poter determinare la carenza di affidabilità di questi ultimi. Un apporto importante alla questione è stato offerto dalle Linee Guida dell'ANAC che hanno esteso per analogia al caso di specie il novero dei soggetti di cui all'art. 80, co. 3 del Codice, dettato per la medesima finalità rispetto alle fattispecie penali automaticamente ostative del primo comma dell'articolo citato⁷⁵. La soluzione, sottoposta a una critica serrata da una parte della dottrina e della giurisprudenza⁷⁶, aveva posto non pochi interrogativi

professionali, ndr.], *la durata della esclusione è pari a tre anni*”, ha indotto una parte della giurisprudenza a ritenere che essa ponesse un limite di rilevanza temporale all'esclusione, non invece alla condotta illecita, per la quale il termine andrebbe desunto direttamente dal testo delle direttive e sarebbe pari a *“tre anni dalla data del fatto in questione?”* (Consiglio di Stato, sez. V 20 gennaio 2021, n. 632). Al contrario, in altre pronunce si è sostenuto che *“laddove il legislatore utilizza l'espressione “durata dell'esclusione” e fa riferimento ai “casi di cui al comma 5”, è come se dicesse “la durata del periodo in cui è possibile disporre l'esclusione in base al medesimo fatto rilevante ai sensi del comma 5”, corrisponde al triennio”* (Consiglio di Stato, sez. III, 1° giugno 2021, n. 4201. In termini anche Consiglio di Stato, sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6635). Il *dies a quo* di tale termine, invece, veniva a coincidere con la data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, con la data di passaggio in giudicato della sentenza. Una previsione, questa, di non agevole lettura che si è tradotta nella proliferazione di differenti posizioni giurisprudenziali che, nel tentativo di tutelare l'efficacia della misura senza giungere a esclusioni sproporzionate o irragionevoli, hanno spesso individuato, a seconda dei casi, diversi momenti di decorrenza, creando così grande incertezza. Si sottolineava, al contempo, il rischio di una doppia valutazione delle condotte, poiché la stazione appaltante poteva comunque *“[n]el tempo occorrente alla definizione del giudizio, tenere conto di tal[i] fatt[i] ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che [i] abbia commess[i]”*, salvo poi far decorrere il termine triennale da un momento successivo.

⁷⁵ L'elenco enucleava il titolare o il direttore tecnico, nel caso di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico, nel caso di società in nome collettivo; i soci accomandatari o il direttore tecnico, nel caso di società in accomandita semplice; i membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, i membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o i soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

⁷⁶ In giurisprudenza, TAR Lombardia, sede di Milano, sez. I, 29 gennaio 2018 n. 250; TRGA Bolzano, 22 gennaio 2019, n.14; TAR Lazio, sede di Roma, sez. III-ter, 17

allorquando una persona fisica, titolare di una carica rilevante nella compagine interessata, fosse coinvolta in procedimenti penali, ma per condotte tenute in qualità di organo di un operatore economico diverso da quello che partecipa alla gara o addirittura per conto proprio. Sul punto, la giurisprudenza aveva sviluppato la c.d. teoria del “contagio” secondo cui, al di là dell’effettiva imputabilità della condotta antigiusuridica all’impresa, la mera presenza in posizioni rilevanti di un soggetto non affidabile inciderebbe, *de facto*, sull’integrità dell’operatore economico⁷⁷. La creazione pretoria della categoria richiamata ha generato grande incertezza, specie in considerazione dell’esigenza di evitare pericolosi automatismi, in ragione della circostanza che a dover essere valutata è la moralità delle persone non in quanto tali, ma per il loro essere *longa manus* dell’impresa⁷⁸.

Lo spettro delle valutazioni della stazione appaltante sull’integrità e affidabilità dell’impresa trovava comunque un limite anche nel diretto confronto con l’interessata tanto in sede di contraddittorio, quanto sul versante del c.d. *self cleaning*. Sul punto, occorre rammentare quell’approccio giurisprudenziale che ha ricondotto il contraddittorio alle sole situazioni “*in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della S.A., rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi [...] [D]iversamente si incentiverebbe [...] una condotta “opaca” dei concorrenti che non avrebbero alcun interesse a palesare fin dall’inizio le situazioni pregiu-*

giugno 2019, n. 7836. In dottrina S. CALDARELLI, *L’esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per “grave illecito professionale”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2019, 149 ss., secondo cui “[u]n simile iter logico-giuridico, che non trova conforto nel vigente quadro normativo, si presta a puntuali argomentazioni critiche, in quanto contrasta con il principio di legalità, con quello di tassatività delle cause di esclusione, con il divieto di gold plating e con il principio di trasparenza negli appalti pubblici”.

A favore dell’approccio estensivo, in giurisprudenza TAR Lombardia, sede di Brescia, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 218; TAR Lazio, sede di Roma, sez. III ter, 5 dicembre 2018, n. 11826; in dottrina G. TACCOGNA (a cura di), *Illeciti professionali degli operatori e relative dichiarazioni nelle gare d’appalto*, in *Urb. app.*, 6, 2021, 838 ss.

⁷⁷ Consiglio di Stato, sez. V, 30 ottobre 2018, n. 6866; sez. V, 4 giugno 2020, n. 3507; sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307; TAR Puglia, sede di Lecce, sez. III, 13 gennaio 2023, n. 48.

⁷⁸ Non sono mancate, ad esempio, le voci di chi ha sostenuto che la condotta penalmente rilevante posta in essere da uno degli amministratori possa comportare l’esclusione dell’impresa per gravi illeciti professionali solo ove commessa a vantaggio o nell’interesse della stessa. In tal senso TAR Lazio, sede di Roma, sez. II, 3 dicembre 2020, n. 7742.

*dizievoli già note*⁷⁹. Il c.d. *self cleaning*, invece, rappresenta una rilevante novità delle direttive europee del 2014 che obbliga l'Amministrazione a valutare l'idoneità delle misure adottate dall'impresa e volte a ripristinarne, *pro futuro*, l'affidabilità compromessa, nel quadro del superamento della causa di esclusione opposta⁸⁰.

3.1. *L'inalterata estensione del sindacato giurisdizionale*

Pur con le novità che differenziano il Codice del 2016 dal Codice de Lise, sembra essere rimasto inalterato l'approccio giurisprudenziale in ordine alla portata del sindacato che interessa il provvedimento di esclusione in esame.

Invero, il ricorso legislativo a concetti giuridici indeterminati fa sì che la stazione appaltante sia chiamata, in sede applicativa, ad integrare la norma, esercitando un potere afferente alla sfera della "opinabilità"⁸¹. È dunque compito dell'Amministrazione – e solo di essa – individuare nel

⁷⁹ TAR Lazio, sede di Roma, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 732. Ma sul punto si vedano anche Consiglio di Stato, sez. V, 11 aprile 2016, n. 1412; sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192.

⁸⁰ Sul tema A. DI CAGNO, *Le misure di self cleaning e la prova della loro adozione nell'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Urb. app.*, 4, 2021, 453 ss. Per una ricostruzione dei principali approdi giurisprudenziali G. TACCOGNA (a cura di), *Illeciti professionali degli operatori e relative dichiarazioni nelle gare d'appalto*, cit., 841 ss.

⁸¹ Sulla qualificazione di tale potere in termini di discrezionalità pura o tecnica si registra grande confusione in giurisprudenza. Nel primo senso sembra deporre l'approccio maggioritario, tra cui, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 610; sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260; Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16; sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 503; sez. III, 9 maggio 2023, n. 4669; TAR Lombardia, sede di Milano, sez. I, 12 ottobre 2020, n. 1881, e ciò sebbene l'operazione intellettuale posta in essere dall'Amministrazione non preveda alcuna ponderazione dell'interesse pubblico nel contemperamento con interessi contrapposti o concorrenti, secondo lo schema classico della discrezionalità amministrativa. Più raramente la giurisprudenza ha richiamato la nozione di discrezionalità tecnica, come in Consiglio di Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5063, quantunque l'operazione valutativa della stazione appaltante non presupponga il ricorso a conoscenze di carattere tecnico e/o specialistico. La problematica è stata oggetto di un ampio approfondimento critico, arricchito col richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU, da D. CAPOPORTO, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in "corto circuito" tra discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2021, 568 ss.

caso concreto i fatti costituenti illecito professionale idonei ad incidere sull'affidabilità dell'impresa, giudicarne la gravità nonché l'effetto riparatorio delle misure di *self cleaning* eventualmente adottate.

Sicché, tali valutazioni sono state ritenute dalla giurisprudenza maggioritaria insindacabili nel merito, dovendo l'intervento del Giudice limitarsi a rilevare i casi di manifesta erroneità, illogicità, contraddittorietà, travisamento dei fatti e arbitrarietà dell'itinerario motivazionale, senza incursioni sul contenuto del provvedimento che ne importassero la non condivisione⁸².

Si pongono in questa prospettiva, ad esempio, quelle pronunce che hanno escluso la possibilità di sindacare in giudizio la condotta dell'impresa che aveva portato alla risoluzione per inadempimento di un precedente contratto, poi posta a fondamento dell'esclusione per gravi illeciti professionali. Tale giudizio, infatti, "è espressione di apprezzamento discrezionale della stazione appaltante"⁸³.

Allo stesso modo, nel caso di totale assenza delle valutazioni nel provvedimento espulsivo – così come nel caso di valutazioni viziate –, esse non possono essere realizzate dal Giudice, ma verranno comunque rimesse all'Amministrazione in sede di riedizione del potere⁸⁴.

⁸² *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 22 febbraio 2021, n. 154; sez. V, 12 gennaio 2021, n. 393; sez. VI, 4 dicembre 2020, n. 7685; sez. VI, 2 novembre 2020, n. 6732; sez. V, 6 luglio 2020, n. 4304; sez. V, 21 gennaio 2020, n. 477; TAR Campania, sede di Napoli, sez. VII, 10 ottobre 2022, n. 6225. In dottrina, A. FALCHI DALITALA, *La soggettività della valutazione di affidabilità ex art. 38, 1° comma, lett. f) del d.lgs. 163/06 come limite al sindacato del giudice amministrativo*, cit., 3143 ss.; M. DIDONNA, *Il "grave errore professionale", tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, cit., 65 ss.; 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.*, 3, 2022, 796 ss. Posizione contraria è invece espressa da J. VAVALLI, *Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale nell'esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali*, in *Nuove Autonom.*, 3, 2020, 777 ss. Si richiama anche G. TACCOGNA (a cura di), *Illeciti professionali degli operatori e relative dichiarazioni nelle gare d'appalto*, cit., 846, ove si cita "il recente pronunciamento della Corte di Giustizia UE (C-927/19, *Kaipedos*), secondo cui il giudice nazionale, nell'ambito di una controversia fra un candidato o un offerente escluso dall'aggiudicazione dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, può controllare la valutazione effettuata da quest'ultima quanto alla questione se le condizioni richieste per l'applicazione di uno dei motivi di esclusione facoltativi fossero soddisfatte e, di conseguenza, discostarsene sicché, a seconda dei casi, il giudice stesso potrebbe decidere nel merito o rinviare la causa all'amministrazione aggiudicatrice".

⁸³ In tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2021, n. 2922. Ma si veda anche Consiglio di Stato, sez. V, 21 luglio 2021, n. 5486.

⁸⁴ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16; sez. V, 3 maggio 2021, n. 3466; TAR Lazio, sede di Roma, sez. II-ter, 21 ottobre 2020, n. 10688.

4. *I gravi illeciti professionali nel D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36: una premessa*

Il compimento di una buona parte delle missioni definite dal *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* transita (anche) da un attento processo di riforma delle commesse pubbliche che, non a caso, è stato interessato da un primo intervento d’urgenza nel maggio del 2021⁸⁵ e da un altro, più organico, avviato con la promulgazione della L. 21 giugno 2022, n. 78, che delega al Governo “*l’adozione di uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici*”, al fine di adeguarla al diritto europeo, così evitando l’avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione e di giungere alla risoluzione di quelle già iniziate, di armonizzarla ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, nonché di razionalizzarla, riordinarla e semplificarla⁸⁶.

Conformemente alla previsione dell’art. 14, n. 2° del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, richiamato dall’art. 1, co. 4 della Legge del 2022, l’Esecutivo si è avvalso dell’ausilio del Consiglio di Stato per la redazione dello schema del nuovo Codice dei contratti pubblici, prodotto in data 7 dicembre 2022⁸⁷, poi trasfuso, con alcune modifiche, nel recente D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (d’ora in poi “Nuovo Codice”)⁸⁸.

Tra i numerosi principi e criteri direttivi definiti dalla Legge delega

⁸⁵ Si tratta del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, che ha definito la *governance* del PNRR e le prime misure dirette al rafforzamento delle strutture amministrative, nonché all’accelerazione e allo snellimento delle procedure.

⁸⁶ Art. 1, co. 1 della L. n. 78/2022.

⁸⁷ Con la nota del 28 giugno 2022 il Presidente del Consiglio dei ministri ha affidato la formulazione del progetto di decreto legislativo recante la disciplina dei contratti pubblici al Consiglio di Stato. Successivamente, il Presidente del Consiglio di Stato, con decreto del 4 luglio 2022, ne ha deferito la redazione a una commissione speciale, composta da magistrati, esperti esterni, rappresentanti del libero Foro e dell’Avvocatura Generale dello Stato.

⁸⁸ Sullo schema, in seguito alla preliminare deliberazione del Consiglio dei ministri in data 16 dicembre 2022, sono stati acquisiti i pareri della Conferenza unificata e delle competenti commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Lo stesso Consiglio dei ministri, nella riunione del 28 marzo 2023, ha adottato la deliberazione finale.

spicca, per quanto qui di interesse, la previsione dell'art. 1, co. 2, lett. n) che prevede “*la razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe*” rimarcando il bisogno di individuare “*le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014*”.

Dopotutto, l'esperienza del Codice del 2016 non può dirsi soddisfacente. Non possono sottacersi, infatti, i punti di discontinuità prodotti dalle continue modifiche che hanno interessato l'art. 80 – spesso sollecitate da interventi demolitori della Corte di Giustizia –, le plurime incertezze che, come visto, ne hanno accompagnato l'applicazione, il ricorso a una fonte, le Linee Guida dell'ANAC, la cui funzione integrativa è stata messa in dubbio dalle perplessità afferenti al suo contenuto e alla sua efficacia, il tutto amplificato dai ripetuti scontri giurisprudenziali e dottrinali, dalla spiccata litigiosità che caratterizza tradizionalmente l'ordinamento interno e dalle ataviche difficoltà, specie per le stazioni appaltanti più piccole, di destreggiarsi abilmente dentro una materia particolarmente vischiosa. Si sono così prodotte importanti ricadute in termini di violazione delle posizioni soggettive degli operatori economici, di alterazione della concorrenza nel mercato e di inefficienza dell'azione amministrativa.

Tuttavia, se può condividersi l'esigenza di un intervento di definitiva razionalizzazione e semplificazione della disciplina, qualche perplessità è stata sollevata, già da autorevole dottrina, sul modo in cui il legislatore delegato avrebbe dovuto intendere il compito di individuare “*le fattispecie che configurano il grave illecito professionale*”⁸⁹. Non vi è dubbio, infatti, che un'interpretazione compatibile con le direttive europee imponga la conservazione, in capo alle stazioni appaltanti, di ampi margini di discrezionalità nella valutazione in concreto dei singoli casi rilevanti, circostanza che dovrebbe far rifuggire l'adozione di soluzioni troppo stringenti o, addirittura, vocate alla creazione di automatismi operativi⁹⁰.

⁸⁹ M. CLARICH, *Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici*, in *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, a cura di R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA, Napoli, 2022, 83 ss.; G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, cit., 806 ss.

⁹⁰ Secondo M. CLARICH, *Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici*, cit., 85, “[s]i potrebbe addirittura ritenere che la legge di delega sia contraria al diritto europeo e quindi il legislatore delegato potrebbe anche disinteressarsene o comunque non tenerne conto nei limiti di una sorta di tipizzazione di base che lascia spazio a una valutazione in concreto di questi casi?”.

Una tensione, quella tra rispetto della normativa unioniale e irrigidimento dei poteri rimessi all'Amministrazione, che vedrà la sua plastica rappresentazione proprio nelle vicende che dallo schema elaborato in seno al Consiglio di Stato hanno condotto la nuova disciplina dei gravi illeciti professionali nell'attuale Codice dei contratti pubblici.

4.1. *I caratteri della nuova disciplina: determinazione dei presupposti applicativi della misura, tassatività delle fattispecie rilevanti e dei mezzi di prova, giudizio sulla "gravità" delle condotte*

Il D. Lgs. n. 36/2023, abrogando la pregressa disciplina⁹¹, ha profondamente innovato la configurazione giuridica dell'esclusione per gravi illeciti professionali. Essa è oggi inserita dall'art. 95 tra le cause *non automatiche* – formula che consente di superare l'equivoco ingenerato dal D. Lgs. n. 50/2016 che richiamava la nozione di "facoltatività"⁹² – ma soprattutto è completamente interiorizzata dal Nuovo Codice che elimina il richiamo alle Linee Guida dell'ANAC e dedica l'intero art. 98 alla determinazione *"in modo tassativo, [de]i gravi illeciti professionali, nonché [de]i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi"*⁹³.

L'Esecutivo ha così deciso di fronteggiare le criticità poste dalla vecchia disciplina procedendo a una sostanziale riduzione dei margini di discrezionalità del potere sino ad allora riconosciuti all'Amministrazione, la cui eccessiva ampiezza è stata intesa come la principale causa delle disomogeneità applicative dell'istituto.

⁹¹ Così dispone l'art. 226, co. 1 del D. lgs. n. 36/2023. Il successivo art. 229 cit. stabilisce che "[i]/ codice entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023" (co. 1). Tuttavia "[l]e disposizioni del codice, con i relativi allegati acquistano efficacia il 1° luglio 2023" (co. 2).

⁹² Nella Relazione del Consiglio di Stato alla bozza del Codice, pag. 138, si legge che "[l]a ragione della modifica rispetto alla denominazione di "cause di esclusione facoltativa", sino a questo momento invalsa, riposa nella constatazione che essa si prestava ad ingenerare l'equivoco per cui, pur in presenza di un motivo di esclusione (rientrante tra quelli "facoltativi"), la stazione appaltante potesse stabilire di non disporre l'esclusione dell'operatore economico [...] In sintesi, il "potere" demandato alla Stazione appaltante non riposa in una volizione, ma in un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata. È stato pertanto considerato che l'aggettivo "non automatica" [...] meglio rendesse detto concetto, al contempo tracciando un confine chiaro rispetto alle cause di esclusione "automatica" annoverate nell'art. 94 (laddove nessun margine di apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante, che deve limitarsi a riscontrarne la sussistenza)"

⁹³ Art. 95, co. 1, lett. e) del D. Lgs. n. 36/2023.

Sicché, la norma di legge si preoccupa di enucleare, più chiaramente che in passato, quali sono i presupposti irrinunciabili che devono sussistere per disporre l'esclusione dell'operatore economico e che devono essere puntualmente motivati nel provvedimento. Si tratta: a) degli elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) dell'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e l'integrità dell'operatore; c) degli adeguati mezzi di prova⁹⁴.

Posti i pilastri dell'*iter* logico-motivazionale che deve essere seguito dall'Amministrazione, l'art. 98 cit. si spinge sino a riempire di significato, pur con un grado differente di dettaglio, i concetti giuridici indeterminati che connotano la formulazione in seno alle direttive unioniali della causa di esclusione in esame (illecito professionale; gravità; idoneità dei mezzi di prova), raccogliendo ed elevando a norma di rango primario, con tutte le ovvie conseguenze che da ciò derivano, indicazioni originariamente di matrice pretoria o affidate alle Linee Guida.

Sicché, il terzo e il sesto comma dell'articolo in commento declinano, in maniera tassativa, tutte le fattispecie che configurano un illecito professionale potenzialmente idoneo ai fini dell'esclusione, nonché i mezzi di prova adeguati.

Merita qualche breve riflessione la nozione di tassatività espressamente richiamata dall'art. 95 cit. Occorre osservare, infatti, che nello schema del Codice licenziato dal Consiglio di Stato l'elenco dell'art. 98, co. 3 – di cui si dirà più analiticamente a breve – contemplava, alla lettera i), *“la commissione, da parte dell'operatore economico, di condotte diverse da quelle di cui alle precedenti lettere, la cui gravità incida in modo evidente sull'affidabilità ed integrità del medesimo in misura tale da compromettere l'interesse pubblico”*, circostanza che, ai sensi del successivo co. 6, lett. i), poteva essere dimostrata tramite *“ogni [...] atto o fatto dai quali si desuma la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente”*. Una previsione che, al di là di quanto enunciato *expressis verbis*, rendeva il catalogo normativo meramente esemplificativo, consentendo all'Amministrazione di porre a fondamento del provvedimento espulsivo qualsiasi altra condotta, seppur con un onere probatorio e motivazionale rafforzato. Si era di fronte a una scelta che gli stessi estensori della bozza del Codice giustificavano alla luce *“della impossibilità di “codificare” ogni fattispecie comportamentale grave idonea ad*

⁹⁴ Si rinvia al combinato disposto degli artt. 98, co. 2 e 98, co. 8 del D. Lgs. n. 36/2023.

*incidere sul motivato giudizio di affidabilità ed integrità*⁹⁵.

Eppure, nel testo definitivo del Codice non vi è alcuna traccia delle lett. i) nei commi 3 e 6 dell'art. 98, soluzione che ha proiettato i cataloghi in essi contenuti in una dimensione di effettiva – e non solo paventata – tassatività. Così, le stazioni appaltanti potranno desumere l'illecito professionale esclusivamente al verificarsi di *almeno uno* degli elementi declinati dalla legge, che sarà adeguatamente provato solo se nel rispetto delle modalità che il legislatore ha avuto cura di precisare.

Dall'analisi contenutistica delle disposizioni appena richiamate si osservano conferme e importanti novità rispetto alla disciplina degli anni passati, di cui si proverà a dare atto nel prosieguo con approccio schematico e senza pretesa di esaustività.

a) I fatti di rilevanza penale.

Si ha già avuto modo di precisare che tra i gravi illeciti professionali possono rientrarvi anche le condotte dell'operatore economico dotate di rilevanza penale. Una circostanza che nella vigenza del precedente Codice aveva prodotto non poche criticità, e ciò per le difficoltà connesse all'esatta determinazione dei delitti rilevanti e degli adeguati mezzi probatori⁹⁶.

L'art. 98, co. 3 del Nuovo Codice, rendendo tassative le indicazioni che nel precedente assetto regolatorio erano state fatte proprie dalle Linee Guida n. 6 dell'ANAC, ha distinto le ipotesi enucleate dalla propria lett. g)⁹⁷ – che possono essere considerate tra i gravi illeciti professionali solo se non definitivamente accertate, comportando altrimenti l'esclusione automatica ai sensi dell'art. 94, co. 1 cit. – da quelle di cui alla lett. h)⁹⁸, valutabili dalla stazione appaltante anche nel caso di accertamento definitivo. Tale circostanza giustifica, perlomeno in parte, la differente portata dei mezzi di prova isolati dalle lett. g) e h) del successivo sesto comma, in cui, tuttavia, le scelte del legislatore sembrano essere state influenzate anche

⁹⁵ In questi termini la Relazione del Consiglio di Stato alla bozza del Codice, pag. 149-150.

⁹⁶ La questione è ben descritta da G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, cit., 783 ss.

⁹⁷ Si tratta della “*contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94*”.

⁹⁸ Si tratta degli stessi reati individuati nelle Linee Guida n. 6, sez. II, par. 2.2, ed enucleati *supra*, nota 67.

dal diseguale disvalore sociale delle condotte di cui si discute.

Ne deriva che i delitti di cui alla lett. h) del terzo comma sono provabili avvalendosi delle sentenze di condanna anche non definitive, dei decreti penali di condanna purché irrevocabili e dei provvedimenti cautelari. Per le fattispecie più gravi di cui all'art. 94, co. 1 cit., invece, è previsto il ricorso, oltre ai provvedimenti applicativi di misure cautelari e alle sentenze di condanna non definitive, anche agli atti con cui è formulata l'imputazione o è richiesto il rinvio a giudizio, nonché gli eventuali decreti che lo dispongono, ovvero alle sentenze non irrevocabili di applicazione della pena su richiesta delle parti, ovvero ancora ai decreti penali di condanna non irrevocabili. Appare così più ampio in quest'ultima ipotesi, al netto del limite dell'accertamento non definitivo, il *parterre* di atti valutabili dalla stazione appaltante.

È stato così confermato il rilievo assunto dai provvedimenti giurisdizionali non definitivi, circostanza che è stata storicamente al centro di ampie contestazioni da parte degli operatori di settore e che, tuttavia, ha trovato conferma nella stessa giurisprudenza europea⁹⁹. Il legislatore ha comunque avuto cura di precisare – come si vedrà meglio *infra* – che spetta alla stazione appaltante motivare la loro ritenuta idoneità, così scongiurando il rischio di pericolosi automatismi¹⁰⁰.

Rimane ferma in tutti i casi l'irrilevanza delle condotte se il reato è stato depenalizzato, se è intervenuta la riabilitazione, nel caso di estinzione della condanna a una pena accessoria perpetua, se il reato è dichiarato estinto dopo la condanna oppure se la stessa è stata revocata¹⁰¹.

b) *Le significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione e i gravi inadempimenti verso i subappaltatori.*

La previsione dell'art. 98, co. 3, lett. c) del Nuovo Codice raccoglie in eredità la disposizione che fu dell'art. 80, co. 5, lett. c-ter) del D. lgs. n. 50/2016. Sicché si precisa, stavolta sotto il crisma della tassatività, che possono condurre all'esclusione dell'operatore economico le carenze

⁹⁹ Sul punto si veda CGUE, sentenza del 20 dicembre 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA*, C-178/16, EU:C:2017:1000, § 44, secondo cui le previsioni della direttiva “*si presta[no] ad essere applicat[e] in una situazione in cui la sentenza che constata un reato che incide sulla moralità professionale dell'amministratore di un'impresa offerente non sia ancora definitiva*”. La questione è stata affrontata anche dall'ANAC nell'atto di segnalazione del 27 luglio 2022, n. 3, par. 2.2.1, cit.

¹⁰⁰ Art. 98, co. 7 del D. Lgs. n. 36/2023.

¹⁰¹ Artt. 94, co. 7, e 95, co. 3 del D. Lgs. n. 36/2023.

nell'esecuzione di un precedente contratto pubblico che abbiano causato la risoluzione del negozio, la condanna al risarcimento del danno ovvero l'applicazione di altre sanzioni comparabili, a condizione che tali inadempimenti siano “*particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale*”.

Il variegato novero di condotte che la disposizione normativa intende intercettare ha indotto il legislatore delegato a ricorrere volutamente a una formulazione che lascia ampissimi margini di valutabilità all'Amministrazione. Si ripresentano così una serie di questioni già fronteggiate in passato dai Giudici nazionali, tra cui si può fare menzione, a mero titolo esemplificativo, delle diatribe che hanno interessato l'eventuale progressiva applicazione di penali contrattuali¹⁰² ovvero del rilievo da attribuire a tutte quelle risoluzioni a cui fanno seguito accordi transattivi tra l'impresa e la stazione appaltante¹⁰³.

Il Nuovo Codice conferma, alla lett. d) dell'articolo in commento, la possibilità di tenere in considerazione anche gli inadempimenti riferibili all'operatore economico nei riguardi dei subappaltatori. Rispetto alla formulazione che fu dell'art. 80, co. 5, lett. c-*quater*) del D. Lgs. n. 50/2016 scompare il richiamo all'accertamento definitivo, circostanza confermata dall'individuazione tra i mezzi di prova idonei dei “*provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi*”¹⁰⁴.

c) Gli illeciti dichiarativi.

Non vi è dubbio che le questioni afferenti all'estensione degli oneri dichiarativi ricadenti sull'imprenditore e alle conseguenze che l'ordinamento riconnette alla loro violazione abbiano rappresentato storicamente problematiche spinose¹⁰⁵.

¹⁰² Consiglio di Stato, comm. spec., 16 ottobre 2016, par. n. 2286; comm. spec., 13 novembre 2018, par. n. 2616; sez. III, 26 aprile 2019, n. 2686; Sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1443.

¹⁰³ Consiglio di Stato, sez. III, 13 giugno 2018, n. 3628; sez. V, 5 marzo 2020, n. 1605; sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530; CGA Sicilia, sez. I, 11 ottobre 2021, n. 842; TAR Campania, sede di Napoli, sez. IV, 17 giugno 2021, n. 3342.

¹⁰⁴ Art. 98, co. 6, lett. d) del D. Lgs. n. 36/2023.

¹⁰⁵ In dottrina si rammentano, *ex multis*, G. BALOCCO, P.M. MINETTI, *I requisiti di moralità tra principio di tassatività e discrezionalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2, 2022, 1456 ss.; L. BATTARINO, *Sull'obbligo dichiarativo dei fatti sopravvenuti in corso di gara pubblica*, in *Urb. app.*, 3, 2022, 335 ss.; H. SIMONETTI, *Obblighi dichiarativi e reticenze nella partecipazione alla gara*, in *Urb. app.*, 2, 2022, 153 ss.; M. MANGANO, *L'incerto contenuto degli obblighi dichiarativi delle progressive vicende professionali, tra strascichi ed omissioni*, in *Urb. app.*, 1, 2022, 77 ss.; ID., *Il*

Occorre premettere che anche il Nuovo Codice prevede che l'operatore economico dichiari, tramite il documento di gara unico europeo *ex art.* 91, co. 3, o una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà *ex art.* 52, co. 1, il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, come ulteriormente precisato anche dall'*art.* 96, co. 14, a mente del quale spetta a quest'ultimo, anche nelle more dell'esecuzione del contratto, comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale di cui all'*art.* 24.

Va rilevato, innanzitutto, che le recenti novelle legislative hanno innovato la disciplina in punto di effetti giuridici.

Si rammenta, infatti, che il D. Lgs. n. 50/2016 distingueva tre fattispecie di illeciti dichiarativi, due delle quali previste dall'*art.* 80, co. 5, lett. *c-bis*) che comportavano l'esclusione facoltativa – *sub specie* di grave illecito professionale – di chi avesse fornito informazioni false o fuorvianti in grado di condizionare le scelte dell'Amministrazione ovvero avesse omesso notizie dovute ai fini del corretto svolgimento della selezione; l'altra, di cui alla lett. *f-bis*) dell'articolo citato, rappresentava una causa di estromissione automatica che raccoglieva, residualmente, tutti gli ulteriori casi di "falso" non rientrati nelle ipotesi già osservate¹⁰⁶. A rilevare, nel caso di specie, erano le sole dichiarazioni rese nella medesima gara, che potevano fondare l'estromissione automatica da altre selezioni solo ove iscritte nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC.

Il sistema delineato dal Nuovo Codice presenta, a sua volta, una struttura composita. Da un lato, si pone la previsione dell'*art.* 98, co. 3, lett. *b*) che individua, tra gli elementi da cui può desumersi l'illecito professionale, l'aver fornito informazioni false o fuorvianti, anche per negligenza, in grado di influenzare le scelte della stazione appaltante in ordine all'esclusione, alla selezione e all'aggiudicazione. È scomparso il riferimento alle condotte omissive, circostanza che potrebbe significare o la loro irrilevanza nel caso di specie o la loro riconducibilità tra le dichiarazioni false o fuorvianti, pur con un notevole sforzo ermeneutico specie se si

"fatto storico" delle pregresse vicende professionali nel perimetro degli obblighi dichiarativi a prescindere dal nomen iuris, in *Urb. app.*, 1, 2023, 67 ss.

¹⁰⁶ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16, annotata da G.F. NICODEMO, *Niente esclusione automatica per precedenti illeciti professionali, ma è indeterminato l'onere dichiarativo*, in *Urb. app.*, 1, 2021, 85 ss.

considerano gli approdi della pregressa giurisprudenza¹⁰⁷. Le dichiarazioni omesse o non veritiere diverse da quelle appena richiamate – perché non idonee ad incidere sulle decisioni assunte dall'Amministrazione –, sono espressamente annoverate dal co. 5 dell'articolo citato, in quanto utilizzabili a supporto della valutazione di gravità riferita ad altre condotte attuate dall'operatore economico tra quelle individuate dalla norma di legge. Entrambe le disposizioni riguardano dichiarazioni rese nella stessa gara, e ciò sia per l'espressa previsione del co. 5, sia perché, con riferimento alla lett. b) del terzo comma, l'art. 96, co. 10, lett. c) esclude l'estensione del termine triennale previsto per le altre ipotesi di illecito professionale.

D'altro canto, le dichiarazioni e i documenti falsi presentati dall'impresa possono assurgere a causa di esclusione automatica anche nell'ambito di gare differenti solo ove rese con dolo o colpa grave, tenuto conto, altresì, della rilevanza e della gravità dei fatti interessati, così da giustificare l'iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'ANAC. L'esclusione in tal caso perdura parallelamente all'iscrizione¹⁰⁸.

Con riguardo al contenuto dell'onere dichiarativo già nella vigenza del precedente Codice la giurisprudenza si era orientata nel ritenere che all'operatore economico non potesse riconoscersi alcun filtro valutativo, né alcuna facoltà di scelta delle vicende da indicare¹⁰⁹. Chiaramente, in quel contesto normativo, ove l'ampiezza dello spettro di vicende giudicabili dall'Amministrazione avrebbe potuto condurre alla creazione di un obbligo dichiarativo dalla latitudine inintelligibile e potenzialmente abnorme, è sorta l'esigenza di determinare specifici temperamenti che i Giudici amministrativi hanno individuato richiamando i principi di correttezza e buona fede, così da attribuire effettiva rilevanza alle sole informazioni suscettibili, in astratto, di incidere sul processo decisionale della stazione appaltante, esaltando la natura ancillare dell'onere di cui trattasi¹¹⁰.

¹⁰⁷ La giurisprudenza ha delineato con grande attenzione il *discrimen* tra dichiarazioni omesse, reticenti e completamente false. Sul tema si vedano le pronunce di Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171; sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307; sez. V, 31 marzo 2021, n. 2708; sez. V, 15 giugno 2021, n. 4641.

¹⁰⁸ Si rinvia al combinato disposto degli artt. 94, co. 5, lett. e) e 96, co. 15 del D. Lgs. n. 36/2023.

¹⁰⁹ Consiglio di Stato, sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231; sez. III, 5 marzo 2020, n. 1633; sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530.

¹¹⁰ Consiglio di Stato, sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530; sez. V, 15 giugno 2021, n. 4641.

La struttura del Nuovo Codice ha naturalmente ridimensionato la portata della problematica. Il superamento della natura meramente esemplificativa dell'elencazione dei gravi illeciti professionali, che in passato ha rappresentato il *vulnus* più rilevante, ha semplificato notevolmente l'opera dichiarativa dell'imprenditore, pur non essendo del tutto scomparse alcune zone d'ombra.

Si segnala, inoltre, il rinnovato valore assunto nella struttura del D. Lgs. n. 36/2023 dal fascicolo virtuale dell'operatore economico, operante presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici e destinato a raccogliere tutti i dati e i documenti comprovanti il possesso dei requisiti di ordine generale e tecnico-professionale dell'operatore economico. Il proclamato carattere dell'interoperatività con le banche dati delle Amministrazioni competenti al rilascio delle certificazioni e delle informazioni di interesse dovrebbe garantirne la disponibilità in tempo reale e per l'intera durata del ciclo contrattuale, così da facilitare l'opera di accertamento e alleviare quella dichiarativa.

d) Le altre fattispecie rilevanti.

La prima parte della già commentata previsione dell'art. 98, co. 3, lett. b) del Nuovo Codice conferma la rilevanza, ai fini della valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico, delle condotte con cui lo stesso “*abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio*”, nel tentativo di alterare illecitamente la *par condicio* tra concorrenti oppure per soddisfare interessi personali in danno dell'Amministrazione aggiudicatrice o degli altri partecipanti. Per una maggiore comprensione delle formule legislative può essere utile richiamare gli esempi declinati, nella vigenza del precedente Codice, dall'ANAC, che ha sottolineato l'importanza che possono assumere “*gli atti idonei diretti in modo non equivoco a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine: 1.1 alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione; 1.2 all'adozione di provvedimenti di esclusione; 1.3 all'attribuzione dei punteggi*”, nonché gli accordi tra operatori economici “*intesi a falsare la concorrenza oggettivamente e specificamente idonei a incidere sulla regolarità della procedura e debitamente documentati*”. Al contempo possono essere attenzionati “*i comportamenti volti a ottenere informazioni in ordine: 2.1 al nominativo degli altri concorrenti; 2.2 al contenuto delle offerte presentate*”¹¹¹.

Un'autonoma importanza assumono anche le eventuali sanzioni

¹¹¹ Cfr. Linee Guida n. 6 dell'ANAC, sez. II, par. 2.1.2.1 e 2.1.2.2.

irrogate dall'AGCM e dalle altre Autorità di settore, sempre che, a mente della lett. a) dell'articolo citato, il provvedimento applicativo sia già esecutivo – escludendosi la valutabilità del medesimo ove sospeso nella propria esecutività e, *a fortiori*, se annullato – e che sussista una *liaison* “*in relazione all'oggetto specifico dell'appalto*”¹¹².

Ma l'art. 98, co. 3 cit. ha riprodotto e inglobato tra gli illeciti professionali le previsioni che furono già dell'art. 80, co. 5, lett. h) ed l) del D. Lgs. n. 50/2016, in tema, rispettivamente, di omessa denuncia da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati di concussione ed estorsione aggravati dal metodo mafioso¹¹³ e di violazione del divieto di intestazione fiduciaria, purché non adeguatamente rimossa e definitivamente accertata¹¹⁴.

Individuati dal legislatore delegato le condotte rilevanti e gli adeguati mezzi di prova, la stazione appaltante conserva dei margini di apprezzamento in ordine al giudizio sulla loro gravità che deve essere realizzato, tuttavia, nel rispetto dei parametri posti dall'art. 98, co. 4 del Nuovo Codice, e cioè tenendo conto del bene giuridico violato, dell'entità della lesione inferta e del tempo trascorso dall'illecito, “*anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa*”. Si prevede, inoltre, che la stazione appaltante debba sottoporre a specifica valutazione anche i provvedimenti giurisdizionali e sanzionatori ritenuti rilevanti, senza che essi possano giustificare *ex se* l'esclusione. Allo stesso modo la loro eventuale impugnazione non assume alcun significato assoluto, essendo essenziale, anche in questo caso, il giudizio espresso dall'Amministrazione procedente¹¹⁵.

¹¹² Si tratta dell'art. 98, co. 3, lett. a) del D. lgs. n. 36/2023, che ha riprodotto la formulazione delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC, sez. II, par. 2.2.3.1, 1, in cui, tuttavia, si faceva ricorso a una formula più ristretta riferita alle condotte poste “*in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare*”.

¹¹³ Si tratta dell'art. 98, co. 3, lett. f) del D. lgs. n. 36/2023. Occorre sottolineare l'irrelevanza dell'omissione nei confronti di chi abbia commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa. La “*circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione*”.

¹¹⁴ Si tratta dell'art. 98, co. 3, lett. e) del D. lgs. n. 36/2023.

¹¹⁵ Art. 98, co. 7 del D. Lgs. n. 36/2023.

La valutazione finale non può comunque prescindere dal contraddittorio con l'impresa, pur nel rispetto del principio di lealtà, e dal giudizio sulla sufficienza delle eventuali misure di *self cleaning* tempestivamente adottate¹¹⁶.

4.2. (Segue): la rilevanza soggettiva e temporale delle condotte

Si è già fatto cenno *supra*¹¹⁷ alle plurime criticità che hanno accompagnato, nella vigenza del vecchio Codice, la determinazione dei soggetti le cui condotte possono rilevare ai fini dell'esclusione dalla gara dell'impresa interessata. Sul punto l'art. 98 del Nuovo Codice assume una precisa scelta perimetrativa, precisando che “*l'illecito professionale rileva solo se compiuto dall'operatore economico*”¹¹⁸ fatte salve le fattispecie penalmente rilevanti enunciate dalle lett. g) e h) del terzo comma dell'articolo citato, che possono essere attenzionate anche se contestate a o commesse da uno dei soggetti di cui all'art. 94, co. 3 cit.¹¹⁹.

Eppure, nonostante la prospettata soluzione normativa abbia certamente il merito di superare i dubbi che aleggiavano sopra alle soluzioni ermeneutiche adottate in passato, nulla precisa in ordine ai limiti del conseguente “contagio” dell'azione della singola persona fisica sull'integrità dell'impresa, né con riguardo alla figura, espressamente prevista alla lett. h) dell'ultimo articolo citato, dell’“amministratore di fatto” destinata a generare non poche incertezze applicative.

Si segnala, inoltre, il mancato rinvio alla previsione dell'art. 94, co. 4 del Nuovo Codice che induce ad escludere, ai fini qui di interesse, la

¹¹⁶ La disciplina è contenuta nell'art. 96, co. 3 s. del D. lgs. n. 36/2023.

¹¹⁷ Par. 3.1.

¹¹⁸ Art. 98, co. 1 del D. Lgs. n. 36/2023.

¹¹⁹ Il legislatore del Nuovo Codice ha così finito per adottare una soluzione molto simile a quella fatta propria dall'ANAC nelle Linee Guida n. 6 con riferimento al D. Lgs. n. 50/2016, estendendo il campo d'azione dell'elenco di soggetti previsto con riguardo alle cause di esclusione automatiche. Tra di essi vi rientrano: il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio amministratore o il direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; i soci accomandatari o il direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; i membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali; i componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo; il direttore tecnico o il socio unico; l'amministratore di fatto.

rilevanza delle condotte poste in essere dagli amministratori del socio persona giuridica¹²⁰.

Passando alla disciplina del termine di rilevanza delle condotte, alle numerose criticità poste dalla pregressa normativa¹²¹ ha risposto l'art. 96, co. 10, lett. c) del Nuovo Codice in cui si stabilisce che il termine triennale definito dalle direttive europee decorre, in generale, dal momento della commissione della condotta. Due le eccezioni previste: laddove la situazione escludente discenda dalla avvenuta emissione di un provvedimento sanzionatorio irrogato dall'AGCM o da altra autorità di settore, esso decorre dalla data del provvedimento sanzionatorio, in linea con le indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia¹²²; nel caso di illecito penale, invece, il *dies a quo* coincide col provvedimento del Pubblico Ministero di esercizio dell'azione penale ovvero, ove a questo cronologicamente antecedente, con la data di emissione di una misura cautelare di natura personale o reale. Tale ultima scelta è stata condivisibilmente adottata perché far coincidere, in questi casi, il *dies a quo* e il momento della commissione del fatto rischierebbe di condurre alla sostanziale irrilevanza di condotte gravi, come quelle determinate dalle lett. g) e h) dell'art. 98, co. 4 cit., e ciò sia in relazione alla lunghissima tempistica processuale italiana, sia perché, prima della *discovery* degli elementi di prova, che si verifica solo con gli atti citati, la stazione appaltante non è in possesso di un *minimum* conoscitivo realmente valutabile¹²³.

Il successivo comma 11 tutela, invece, l'esigenza di immodificabilità del termine triennale, chiarendo che l'eventuale impugnazione di uno dei provvedimenti indicati non incide sulla sua decorrenza.

Quello imposto dalla legge è, chiaramente, un termine presuntivo oltre il quale si ritiene che il singolo fatto non sia comunque più in grado di incidere sull'integrità dell'operatore economico, al di là del caso concreto. Ciò che è stato segnalato dall'ANAC è, invece, l'opportunità di graduare questo termine “*in ragione della gravità delle condotte ostative, anche*

¹²⁰ Ai sensi dell'art. 94, co. 4 del D. Lgs. n. 36/2023, per le ipotesi di cui ai commi 1 e 2 cit., “[n]el caso in cui il socio sia una persona giuridica l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti degli amministratori di quest'ultima”.

¹²¹ *Supra*, par. 3.1.

¹²² M. MANGANO, *La rilevanza temporale del grave illecito professionale nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici dura (più o meno) tre anni*, op. cit., 54.

¹²³ Relazione del Consiglio di Stato alla bozza del Codice, p. 141 s.

*nell'ottica di ricondurre la previsione a proporzionalità*¹²⁴. Una possibilità che, a ben vedere, il Nuovo Codice rimette espressamente alle valutazioni della stazione appaltante che, in sede di giudizio sulla gravità della condotta, tiene in considerazione anche il tempo trascorso dalla violazione, potendo valorizzare, se del caso, le eventuali novità intervenute nella vita e nell'organizzazione dell'operatore economico, così da ammetterlo alla procedura anche ove non sia ancora trascorso il triennio.

5. *Una ridefinizione giuridica dell'istituto contraria al diritto europeo*

L'analisi condotta in queste pagine ha fatto intendere la strada intrapresa dal legislatore delegato per rispondere alle criticità che hanno storicamente afflitto la causa di esclusione per gravi illeciti professionali. L'opzione prescelta è stata quella di ridurre il potere valutativo rimesso alle stazioni appaltanti per il tramite dell'imperatività dello strumento legislativo, così superando i tentativi meno invasivi di armonizzazione della prassi applicativa perpetrati in passato.

Invero, pur permanendo alcuni profili di incertezza che si è cercato di individuare nelle pagine precedenti, l'art. 98 del Nuovo Codice ha complessivamente alleggerito l'opera delle Amministrazioni aggiudicatrici, offrendo alcune risposte – anche nette – in grado di illuminare ataviche zone d'ombra (si pensi ai profili afferenti al sostrato personale e temporale della causa di esclusione) e semplificando, nel complesso, la fase valutativa e il corretto assolvimento degli oneri motivazionali. D'altro canto, la definizione normativa di indicatori tassativi di inaffidabilità ha prodotto evidenti effetti positivi sulla perimetrazione degli obblighi dichiarativi degli operatori economici interessati a partecipare alle selezioni pubbliche.

Eppure, la consistenza dei correttivi apportati alla disciplina ha attribuito all'istituto un nuovo aspetto, di cui occorre verificare la compatibilità col diritto unioniale e, più in generale, con le finalità che esso è chiamato a perseguire.

Si ha già avuto modo di precisare che l'estromissione per gravi illeciti professionali assume carattere di residualità nel sistema eurounitario delle cause di esclusione, essendo diretta a intercettare tutte quelle condotte non previste *aliunde*, ma certamente in grado di impattare sull'affidabilità

¹²⁴ ANAC, atto di segnalazione del 27 luglio 2022, n. 3 cit., par. 2.2.5.

dell'operatore economico, e ciò con riguardo alla specifica commessa da aggiudicare. Il suo carattere aperto, frutto della consapevolezza in ordine al polimorfismo della realtà, ha comportato l'esaltazione del ruolo delle stazioni appaltanti, gli unici soggetti in grado di calare l'astrattezza della disposizione nella concretezza del vissuto, potendo determinare, dall'analisi del singolo caso, i fatti rilevanti e la loro gravità. Sicché, appare una caratteristica ontologica dello strumento di cui si discorre la predisposizione di un potere amministrativo che consenta una sostanziale libertà nell'individuazione dei comportamenti dell'impresa e che sia dotato di ampi margini di valutazione degli stessi. Ne consegue la centralizzazione più che del dato normativo – necessariamente flessibile –, della motivazione del provvedimento applicativo della misura di rigore, ove sarà possibile cogliere in relazione all'unicità del dato empirico le ragioni che hanno condotto alla rottura dell'affidabilità dell'impresa.

Gli eventuali temperamenti previsti dal sistema per tutelare gli altri interessi in campo – *i.e.* prevedibilità, ragionevolezza, proporzionalità, non arbitrarietà dell'azione amministrativa –, a loro volta essenziali per instaurare delle corrette dinamiche di mercato e per tutelare l'efficacia e l'efficienza dell'*agere* pubblico, devono trovare spazio a condizione che non alterino l'essenza dell'istituto. Se ciò non si dovesse ritenere possibile, occorrerebbe desumerne la non recepibilità nell'ordinamento nazionale. Un'ipotesi, oltretutto, perfettamente legittima considerando che l'esclusione *de qua* è storicamente inserita dal diritto europeo tra le cause espulsive facoltative.

Ritornando alla normativa interna così come novellata dal D. Lgs. n. 36/2023, salta subito all'occhio il rinnovato regime di tassatività che accompagna l'elencazione delle fattispecie da cui può desumersi l'illecito professionale e i relativi mezzi di prova. Su questo versante lo spazio di valutazione della stazione appaltante viene confinato nell'ambito degli atti e fatti isolati dalla norma di legge e sempre nel rispetto dei limiti derivanti dalla sua formulazione. Spetterà, ad esempio, all'Amministrazione determinare quali condotte siano in grado di influenzare indebitamente il proprio processo decisionale, ai sensi dell'art. 98, co. 3 lett. b), quali sanzioni siano comparabili alla condanna al risarcimento del danno o quando le carenze nell'esecuzione di un precedente contratto possano ritenersi significative o persistenti, *ex* lett. c) dell'articolo citato.

Non vi è spazio, pertanto, per i comportamenti e per i mezzi di prova

non del tutto riconducibili alle disposizioni normative. Il legislatore delegato, superando volutamente la formulazione proposta dal Consiglio di Stato, ha ritenuto possibile “codificare” tutte le fattispecie potenzialmente rilevanti, optando per una scelta non priva di criticità. Qualche esempio può risultare illuminante.

Appare difficile ricondurre alla categoria delle significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o concessione, la revoca dell’aggiudicazione per fatti imputabili al destinatario di tale misura, circostanza che di certo può incidere sul giudizio afferente alla sua affidabilità¹²⁵ ma che, nel nuovo assetto normativo, rischia di rimanere pretermessa. La stessa logica può essere estesa anche alle vicende inerenti all’inesatta esecuzione anticipata di un contratto mai stipulato¹²⁶, così come appare molto incerta la possibilità per le stazioni appaltanti di valutare tutti quei comportamenti che hanno condotto alla risoluzione di un contratto poi annullata officiosamente per l’intervento di un accordo transattivo tra le parti, magari concepito in modo da non implicare un riconoscimento di responsabilità¹²⁷.

Né sul piano degli adeguati mezzi di prova la situazione si presenta diversa, se solo si considera che l’art. 98, co. 6 cit. esclude a monte la rilevanza di alcuni di essi, impedendone l’eventuale motivata valorizzazione ad opera della stazione appaltante. Sicché, non sarà possibile dimostrare l’inaffidabilità dell’operatore economico potenzialmente autore di uno dei delitti di cui alla lett. h) del quarto comma, avvalendosi del provvedimento del Pubblico Ministero di esercizio dell’azione penale ovvero del decreto penale di condanna non revocabile, neppure qualora le condotte in essi descritte siano difficilmente avocabili in dubbio dal punto di vista della loro accadibilità storica.

Si tratta solo di esempi che fanno però ben comprendere come la nuova impostazione normativa, pur enucleando le fattispecie di illecito in assoluto più frequenti e individuando, in linea teorica, i mezzi di prova in base a un approccio più garantista, priva comunque le stazioni appaltanti della capacità di valutare *tout court* l’affidabilità e l’integrità dell’operatore economico donando alla causa di esclusione un aspetto diverso rispetto a quello delineato in sede unioniale. Stando così le cose, è il legislatore a

¹²⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171; sez. V, 3 febbraio 2021, n. 1000.

¹²⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, 24 marzo 2021, n. 2495

¹²⁷ CGA Sicilia, sez. I, 11 ottobre 2021, n. 842.

stabilire, a priori, quali condotte possono essere rilevanti e quali no, creando un sistema che contrasta apertamente col diritto europeo, mentre apre il mercato delle commesse pubbliche a imprese potenzialmente inadatte ma non escludibili.

6. *Riflessioni conclusive: e se i problemi e le risposte fossero altrove?*

Sullo sfondo delle recenti riforme pare celarsi un'atavica diffidenza nei confronti dei poteri discrezionali delle Pubbliche Amministrazioni¹²⁸. Tuttavia, come si è già visto, l'esclusione dalla gara per gravi illeciti professionali non può che essere il risultato dell'esercizio di un ampio potere valutativo rimesso alla stazione appaltante, e ciò non solo per la configurazione che essa assume in sede europea – aspetto comunque tutt'altro che soprassedibile – ma soprattutto per la funzione intrinseca dell'istituto, vero e proprio meccanismo di chiusura nel sistema delle preclusioni alle gare pubbliche.

Si badi bene, non vuole svolgersi un'opera di indiscriminata difesa della vecchia disciplina che presentava parecchie complessità irrisolte. Dopotutto, nelle pregresse pagine, non si è mancato di esaltare l'importanza di alcune delle novità introdotte dal D. lgs. n. 36/2023.

Ma la tassativizzazione condotta non si è limitata ad adattare e semplificare le “regole del gioco”, lo ha del tutto cambiato. A parere di chi scrive, insomma, le cause delle criticità che hanno accompagnato – e accompagnano – la misura vanno cercate altrove.

Una prima riflessione attiene alla non univocità delle posizioni assunte dalla giurisprudenza in ordine all'estensione degli *oneri motivazionali* che devono caratterizzare il provvedimento adottato dalla stazione appaltante. In passato si è registrata, talvolta, una certa indulgenza nelle pronunce del Giudice Amministrativo che ha escluso la necessità di una motivazione completa, specie quando la situazione di fatto richiamata fosse ritenuta idonea *ex se* a spiegare le ragioni dell'esclusione¹²⁹. Allo stesso modo un generale minore rigore sembra emergere dinanzi ai provvedimenti che ammettono

¹²⁸ In termini, M. CLARICH, *Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici*, cit., 85.

¹²⁹ Consiglio di Stato, sez. V, 1° febbraio 2021, n. 938; sez. V, 12 aprile 2021, n. 2922.

l'operatore economico alla gara, pur in presenza di situazioni dubbie¹³⁰. Dopotutto, al di là delle vicende estreme di più facile lettura, il generico richiamo alla “congruità della motivazione”, costantemente presente in giurisprudenza¹³¹, rischia di prestare il fianco ad effettive disomogeneità dei percorsi motivazionali che potrebbero anche dipendere dalle differenti sensibilità delle Amministrazioni aggiudicatrici e delle Autorità giudiziarie.

L'apporto offerto sul punto dal Nuovo Codice appare positivo.

Invero, l'art. 98 cit., come già visto, definisce il contenuto minimo della motivazione che deve dare atto, a pena di invalidità, delle ragioni che hanno condotto a ritenere sufficienti determinati elementi al fine di integrare un grave illecito professionale, della loro idoneità a incidere sull'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico, nonché dell'adeguatezza dei relativi mezzi di prova. Si precisa, inoltre, che nella valutazione sulla gravità delle condotte la stazione appaltante considera la natura del bene giuridico violato, l'entità della lesione infertagli e il tempo trascorso dalla violazione, senza sottacere le evenienze intervenute. Si chiarisce anche la necessità di un espresso riferimento alle ragioni che hanno condotto a ritenere rilevanti i contenuti di un certo provvedimento sanzionatorio o giurisdizionale, eventualmente precisando il peso assunto dalla sua impugnazione.

Abbatte le zone grigie che hanno storicamente caratterizzato la definizione dell'estensione degli oneri motivazionali rimessi all'Amministrazione vuol dire definirne univocamente il contenuto essenziale, primo passo verso una sempre piena comprensione delle modalità di esercizio del potere discrezionale, a sua volta presupposto indefettibile per un sindacato giurisdizionale che, pur nella sua natura estrinseca, sia in grado di arginare esclusioni (o ammissioni) pretestuose.

Un altro aspetto, su cui ha pure ragionato la dottrina¹³², attiene al possibile superamento dell'*eccessiva standardizzazione dei documenti di gara* sul versante delle cause morali di esclusione. Se è vero, infatti, che il giudizio sull'affidabilità dell'operatore economico deve essere calibrato anche in

¹³⁰ Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2018, n. 1915; sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1500; sez. V, 21 aprile 2021, n. 3250; sez. III, 21 ottobre 2022, n. 9002.

¹³¹ TAR Lombardia, sede di Milano, sez. I, 14 maggio 2020, n. 811; TAR Puglia, sede di Lecce, sez. III, 14 giugno 2021, n. 912; TAR Toscana, sede di Firenze, sez. II, 16 novembre 2021, n. 1495; TAR Lazio, sede di Roma, sez. I, 15 dicembre 2021, n. 13002; TAR Piemonte, sede di Torino, sez. II, 14 marzo 2022, n. 210.

¹³² P. CERBO, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 3, 2020, 756 ss.

relazione alle specifiche caratteristiche della commessa da aggiudicare, allora dovrebbe ritenersi legittimo – ed anzi più in linea coi principi di lealtà e prevedibilità – la “personalizzazione” dei bandi e degli altri documenti così da chiarire preventivamente, evitando il generico richiamo alla norma di legge, il rilievo che nella specifica gara assumono i fatti pregressi della vita professionale delle imprese interessate a partecipare.

Un altro ausilio importante può provenire da un corretto uso delle tecnologie. Invero, una delle problematiche nevralgiche è certamente rappresentata dall'*accesso alle informazioni sulla vita professionale dell'operatore economico*. Un sistema integralmente fondato sull'autodichiarazione ha prodotto, come visto, non pochi problemi, rendendo estremamente complessa la predisposizione della documentazione richiesta per la partecipazione e incidendo negativamente sui tempi e sulla qualità dell'istruttoria amministrativa.

Il Nuovo Codice prospetta, di regola, l'utilizzo del fascicolo virtuale dell'operatore economico, ove tutti i dati e i documenti comprovanti il possesso o meno dei requisiti di partecipazione vengono raccolti e aggiornati automaticamente, beneficiando della piena interoperatività tra differenti banche dati. Si tratterebbe di un eccezionale supporto sia in termini di “semplificazione cognitiva” per le stazioni appaltanti, sia in termini di alleggerimento degli oneri comunicativi (e dei correlati rischi di errore) per le imprese. È chiaro che sarà possibile esprimere un giudizio consapevole sullo strumento solo in seguito alla sua *mise en place*, non essendo sufficiente la volontà legislativa, ma richiedendosi adeguamenti tecnici, anche complessi, e culturali, specie sul piano della reciproca collaborazione tra soggetti pubblici.

Altro profilo meritevole di attenzione attiene allo spiccato *decentramento dell'attività di controllo sui requisiti morali* dell'operatore economico, affidata a ciascuna stazione appaltante, circostanza che, in un quadro regolamentare caratterizzato da spiccata discrezionalità, potrebbe condurre ad apprezzamenti differenziati a seconda dell'Amministrazione.

Ora, *nulla quaestio* se l'esito divergente delle valutazioni trova una sua giustificazione nelle intrinseche caratteristiche di contratti diversi, che richiedono di valorizzare una certa condotta, piuttosto che un'altra. Anzi, proprio questo appare lo spirito della normativa europea, che deve perciò essere tutelato. Tuttavia, a fronte di illeciti professionali capaci di incidere in senso assoluto sull'affidabilità dell'operatore economico, le disomogeneità

valutative appaiono meno comprensibili e generano perplessità sul corretto operato delle stazioni appaltanti coinvolte.

Tali rischi, oltretutto, sembrano essere stati esasperati dal Nuovo Codice. Invero, l'art. 62 cit., in tema di aggregazione e centralizzazione delle committenze, stabilisce che “[t]utte le stazioni appaltanti [...] possono procedere direttamente e autonomamente all’acquisizione di forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti [140.000 euro, ndr.] e all’affidamento di lavori d’importo pari o inferiore a 500.000 euro”. Solo per gare dal valore superiore sorge l’obbligo di qualificazione o, eventualmente, di avvalersi di una centrale di committenza qualificata. Rispetto alla previgente disciplina si assiste ad un notevole innalzamento delle soglie economiche, considerando che l’art. 37 del D. Lgs. n. 50/2016 le fissava, rispettivamente, a 40.000 euro e 150.000 euro. Ciò comporterà verosimilmente il decentramento di un maggior numero di gare che in passato finivano per essere gestite dai soggetti aggregatori, a beneficio, tra le altre, di quelle stazioni appalti che, proprio perché prive della qualificazione, sono giuridicamente e tecnicamente meno attrezzate. Ovvie appaiono sul punto le potenziali conseguenze in ordine alla qualità – e all’omogeneità – delle valutazioni che attengono ai requisiti morali di partecipazione delle imprese.

Si dà atto, in questa sede, dell’idea avanzata da quella dottrina¹³³ che ha proposto di accentrare il giudizio sull’integrità e l’affidabilità dell’operatore economico assegnandolo a un unico soggetto – o perlomeno a un gruppo esiguo di soggetti¹³⁴ – chiamato a rilasciare una sorta di “patente di mora-

¹³³ G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l’affidabilità e l’integrità dell’impresa quali concetti giuridici indeterminati*, cit., 807 ss.

¹³⁴ L’A. ipotizza il conferimento di tale competenza all’ANAC. Si rammenta che il sistema conosce già un sistema di qualificazione delle imprese, che contempla anche una verifica dei requisiti di ordine generale, affidato alle Società organismo di attestazione (SOA) e oggi disciplinato dall’art. 100, co. 4 ss. del D. Lgs. n. 36/2023 e dall’allegato II.12, destinato ad essere abrogato dopo l’entrata in vigore di un corrispondente regolamento governativo. Al di là del fatto che tale qualificazione è richiesta per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro, si evidenziano le perplessità avanzate dall’ANAC nell’atto di segnalazione del 27 luglio 2022, n. 3, par. 2.2, secondo cui “la valutazione dell’incidenza del fatto sull’integrità e sull’affidabilità morale e professionale dell’operatore economico non può essere condotta, in tal caso, con riferimento allo specifico contratto da affidare e, quindi, deve essere necessariamente riferita all’attestazione di cui si richiede il rilascio, con valutazione, ad esempio, delle categorie e classifiche richieste. Detta valutazione appare quindi di difficile esecuzione e rischia di condurre sempre a giudizi di non rilevanza, risolvendosi, quindi in un inutile appesantimento”.

lità". È chiaro che non potrebbe predicarsi l'assoluta vincolatività di tale certificazione, dovendo comunque riconoscersi alla stazione appaltante la possibilità di discostarsene ma motivatamente.

I profili su cui si è appena ragionato mettono in evidenza due aspetti nevralgici: il primo è che le problematiche che hanno storicamente accompagnato l'istituto in esame hanno un'eziologia multifattoriale solo in parte risolta o attenuata dai recenti interventi di riforma; il secondo è che la previsione tassativa di condotte rilevanti e mezzi di prova ha rappresentato una risposta, oltre che fuori sistema, a sua volta parziale e non esaustiva.

Le intrinseche finalità dell'istituto e la sua configurazione in sede eurounitaria consigliano, pertanto, un pieno recupero delle potestà valutative in capo alle Amministrazioni. In questo quadro lo strumento legislativo ha due compiti essenziali: orientare l'azione del soggetto pubblico (ad esempio precisando i passaggi imprescindibili dell'*iter* logico-motivazionale) e porlo in condizione di svolgere al meglio la sua funzione (si pensi ai potenziali benefici scaturenti dalla corretta operatività del fascicolo virtuale dell'operatore economico), senza mai, tuttavia, imporre preclusioni aprioristiche e non superabili per il tramite di un'approfondita e ben strutturata opera motivazionale. Occorre recuperare la fiducia perduta nell'Amministrazione, quella stessa Amministrazione capace di coprire il *gap* esistente tra l'astrattezza del dato normativo e il polimorfismo della realtà.

Abstract

Il D. Lgs. n. 36/2023, nel riformare la normativa italiana sui contratti pubblici, è intervenuto profondamente sulla disciplina della causa di esclusione dell'operatore economico dalle gare per gravi illeciti professionali.

Premessa un'analisi del diritto e della giurisprudenza europei, nonché dell'evoluzione della regolamentazione nell'ordinamento interno, il presente contributo si pone l'obiettivo di individuare le principali novità introdotte dal Nuovo Codice e di comprenderne l'impatto sull'istituto, senza dimenticare la dimensione multilivello entro cui si muove.

Exclusion for grave professional misconduct: origins and development up to the new regulation of Legislative Decree no. 36/2023, between important answers, old issues and new problems

Legislative Decree No. 36/2023, which reformed the Italian legislation on public contracts, has profoundly affected the regulation of the grounds for excluding economic operators from tenders for grave professional misconducts.

After analysing European law and jurisprudence, as well as the evolution of the regulations in the domestic system, this contribution aims to identify the main innovations introduced by the New Code and to understand their impact on the legal institution, without forgetting the multi-level dimension within which it moves.