

L'ESCLUSIONE DELL'OPERATORE ECONOMICO DALLA GARA EX ART. 80, COMMA 5, LETT. C), C-BIS) E C-TER) DEL CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI: BREVI RIFLESSIONI CRITICHE.

Federico Francesco Guzzi*

Abstract: L'articolo analizza le cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici (con particolare riferimento al "fattore temporale") alla luce della giurisprudenza e delle modifiche legislative succedutesi nel tempo. Vengono messe in evidenza le criticità e la farraginosità della normativa, in riferimento alla quale si ritiene urgente e necessaria la revisione.

The article analyzes the exclusion causes of art. 80, paragraph 5, public contracts Code (with particular reference to the "temporal factor"). The article mentions the jurisprudence and legislation and focuses on critical aspects of legislation to which revision is deemed urgent and necessary.

SOMMARIO **1.** Introduzione. **2.** La normativa del Codice dei contratti pubblici. **3.** Distorsioni applicative e profili di criticità in merito al potere discrezionale di esclusione della stazione appaltante ex art. 80, comma 5, del Codice. **4.** Arresti giurisprudenziali e interventi legislativi di cui ai commi 10 e 10-bis dell'art. 80 del Codice in merito al limite triennale delle esclusioni. **5.** *Il dies a quo* del termine di decorrenza triennale. **6.** Violazione degli obblighi dichiarativi/informativi da parte dell'operatore economico. **7.** Conclusioni.

1. Introduzione.

Il Codice dei contratti pubblici¹ si caratterizza per una corposa, quanto complessa normativa in cui convivono molteplici esigenze di legalità, efficienza amministrativa, speditezza e al contempo controllo dell'attività espletata, tutela della concorrenza e del mercato. Elementi che talvolta possono trovare punti di frizione, se non addirittura risultare in contrapposizione. L'interesse della stazione appaltante a scegliere la migliore offerta economica, e a stipulare il relativo contratto con l'operatore che ritenga il più adeguato, deve ad esempio conciliarsi con l'esigenza del

¹* RTD, tipo B, di Diritto amministrativo - Università della Calabria. Abilitato alla funzione di professore di II fascia.

In merito si veda L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2016; Id., *Una nuova delega sui contratti pubblici e i problemi di sempre*, in *Astrid - Rassegna*, n. 8/2022.

favor participationis e della tutela della concorrenza²; con la necessità, quindi, che vengano coinvolti nella procedura il maggior numero possibile di operatori economici con tutto ciò che ne consegue relativamente ai ‘tempi procedurali’.

Con queste brevi note non si vogliono analizzare, in termini generali, gli aspetti sopra citati; si vuole invece focalizzare l’attenzione su una fattispecie specifica, più di dettaglio, che però impatta in queste tematiche: le ipotesi di esclusioni discrezionali ex art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici³; disposizione che esprime appunto la tensione tra diverse esigenze: l’interesse dell’amministrazione a contrattare con un soggetto affidabile e la tutela della concorrenza e dell’iniziativa economica⁴.

È stato sottolineato sul punto che: “gli obiettivi dei due soggetti spesso non coincidono. Infatti il primo persegue generalmente come obiettivo il massimo profitto, magari anche a discapito della qualità della prestazione, mentre il secondo persegue l’obiettivo di operare un acquisto qualitativamente ed economicamente conveniente. Inoltre le informazioni di cui dispone l’“agente” in relazione alle specifiche caratteristiche della prestazione sono di regola superiori a quelle del “principale” (asimmetrie informative) e ciò rende difficile la redazione dei bandi, la valutazione della qualità dell’offerta e il monitoraggio in sede di esecuzione delle prestazioni. Molte regole pubblicistiche hanno dunque come funzione quella di allineare gli incentivi e di prevenire comportamenti “opportunistici” da parte dell’“agente” a danno del “principale”.⁵

Possono di conseguenza venire in rilievo taluni profili di criticità posto che, come si evince dai considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE: *“le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l’integrità di un operatore*

² Sul principio in oggetto in relazione ai contratti pubblici, si veda: M. D’ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; S. SIMONE- L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007; F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013

³ Più in generale, sulle cause di esclusione si veda: S. CACACE, *La disciplina dei contratti pubblici dopo il D.lgs. n. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. FISCHIONE – F. LILLI, *Casi e materiale sull’illecito professionale e contrattuale nelle gare pubbliche*, Napoli, 2021; C. GUCCIONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: requisiti degli operatori economici*, in *Giorn. dir. amm.* n. 4/2016; G. MARGIOTTA – P.L. PORTALURI, *Commento all’art. 80*, in R. Garofoli - G. Ferrari, *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017.

⁴ Al livello nazionale il riferimento costituzionale è l’art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione il quale tra le materie di competenza legislativa esclusiva statale, inserisce appunto la “tutela della concorrenza”.

⁵ Cfr. M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astridonline - Rassegna* n. 19/2015, p. 9.

economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto".

Se è vero quindi che il *favor participationis* e la tutela del mercato e della concorrenza hanno valore immanente nell'impianto codicistico⁶ (cosa che, a cascata, si riflette sull'interpretazione delle disposizioni normative le quali, nell'ottica concorrenziale, vanno lette in senso *estensivo*), non bisogna trascurare il potere dell'amministrazione di perimetrare e restringere, a monte, la platea dei partecipanti oppure di procedere, a valle, ad escluderli, sulla base di valutazioni a volte prestabilite dal legislatore, tassative e perciò vincolate (le esclusioni di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 80 del Codice, sono ad esempio vincolate, cioè l'amministrazione deve necessariamente procedere all'esclusione qualora l'operatore economico si trovi in una delle condizioni elencate come ad esempio aver commesso delitti, consumati o tentati, di associazione per delinquere, corruzione, frode fiscale, riciclaggio, illeciti tributari etc.); altre volte gli atti di esclusioni sono frutto di scelte discrezionali che ridimensionano i richiamati principi concorrenziali in nome di esigenze di legalità e buona amministrazione.

2. La normativa del Codice dei contratti pubblici.

L'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice⁷, prevede la possibilità di escludere l'operatore economico nei confronti del quale sia venuta meno l'affidabilità a condizione però, che si dimostri in modo adeguato che lo stesso si sia reso colpevole di "*gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*" (la lett. c-ter, fa riferimento invece a: "*significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto*" che siano state fonte di risoluzione per inadempimento o di risarcimento del danno o di altre sanzioni).

La disposizione cerca quindi di coniugare l'interesse della stazione appaltante a contrattare con un soggetto che dia garanzia di affidabilità professionale ma, al contempo, fa riferimento alla nozione di "*gravità dell'illecito professionale*" al fine di

6 Sottolinea invece la 'non primazia' della concorrenza M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., secondo cui: "l'art. 2 del Codice dei contratti pubblici, nell'individuare i principi che ispirano l'intero corpo normativo, pone in primo piano la qualità delle prestazioni e i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. La disposizione aggiunge che l'affidamento dei contratti "deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché quello di pubblicità. Potrebbe costituire forse una forzatura instaurare una gerarchia tra l'uno e l'altro gruppo di principi, ma certamente il principio di libera concorrenza non si colloca al primo posto".

7 In merito si vedano: M. GIOVANNELLI, *Esclusione dalla gara per grave inadempimento pregresso*, nota a Cons. Stato sez. IV, 11 Luglio 2016, n. 3070, in *Urb e app.*, n. 10/2016; L. SPAZIANI, *Dichiarazioni ex artt. 80, comma 1 e 80 comma 5, lett. c): tra tassatività delle fattispecie di reato e "grave illecito professionale"*, in www.appaltiecontratti.it; M. TOCCI, *L'illecito concorrenziale quale causa di esclusione da gara pubblica nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Istituz. feder.* n. 3/2019; G. VERCILLO, *L'illecito antitrust ed esclusione dalle gare pubbliche. Tra vecchie e nuove incertezze*, in www.federalismi.it, n. 23/2017.

garantire l'attività imprenditoriale e di iniziativa economica di modo che, la stessa, non venga compromessa in ragione di scelte amministrative che possano escludere l'operatore economico dalla gara (o determinare la revoca dell'aggiudicazione) in base a pregressi illeciti o inadempimenti 'ininfluenti' o comunque di lieve entità.

In sostanza - anche sulla base dell'art. 4 dello stesso Codice, il quale richiama i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, nonché, ancora, alla luce dei principi stabiliti nel Trattato e nelle Direttive europee (vedi Direttiva 2014/24/UE, considerando 1) che stabiliscono appunto la parità di trattamento e soprattutto la proporzionalità connessi al più generale principio del *favor participationis* e della tutela della concorrenza - per limitare la partecipazione è necessario una grave violazione, una condotta cioè, palesemente scorretta nonché contraria alle regole di natura civile penale e amministrativa; diversamente, l'esclusione si porrebbe in contrasto con il citato principio del *favor participationis* il quale mira a garantire non solo gli operatori economici, bensì la stessa amministrazione che ha così la possibilità di scegliere l'offerta più conveniente sulla base di un'ampia scelta rintracciabile nell'ambito del mercato.

Come affermato dalla Corte Costituzionale - sentenza n. 401/2007 - la tutela della concorrenza sta *"nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi"*, nonché è finalizzata ad *"assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza"*.

In questo quadro la tutela della concorrenza si aggancia agli altri principi europei di libera circolazione delle merci, delle persone nonché dei servizi, in ottica dunque di garanzia più ampia che riguarda l'iniziativa economica in genere.

3. Distorsioni applicative e profili di criticità in merito al potere discrezionale di esclusione della stazione appaltante ex art. 80, comma 5, del Codice.

Se questo è il quadro normativo, in alcuni casi concreti il contemperamento degli interessi in gioco può essere messo in crisi da alcune valutazioni della stazione appaltante la quale, limitandosi a richiamare pregressi illeciti del partecipante, ritiene di dover procedere all'esclusione sulla base dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e c-ter) del Codice dei contratti pubblici.

Quadro reso ancor più critico dall'atteggiamento della giurisprudenza amministrativa che, nel timore di sostituirsi al potere discrezionale dell'amministrazione (in ordine alla gravità dell'illecito professionale) e di

conseguenza al fine di non debordare in un giudicato di tipo sostitutivo, non sempre pone in essere un sindacato penetrante circa i presupposti dell'esclusione, ritenendo invece *sufficiente* l'illecito richiamato/invocato dall'amministrazione e dunque il giudizio della stazione appaltante circa la "inaffidabilità dell'operatore economico". *Mutatis mutandis*, è quanto avviene per le informative antimafia prefettizie che spesso vengono ad assumere valore assorbente e dirimente di modo che, da una parte, la stazione appaltante si limita a *recepire* l'informativa ai fini dell'esclusione e, dall'altra parte, il giudice amministrativo – sebbene sia stato chiarito che lo stesso "*sia chiamato a valutare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae dai fatti*" – non pone in essere un sindacato penetrante circa il giudizio di pericolosità⁸ (ciò anche in virtù del noto problema concernente l'indeterminatezza delle condizioni che possono consentire al Prefetto di emettere l'informativa antimafia⁹).

In merito, un arresto del Consiglio di Stato, III, n. 6105/2019, nel mettere in evidenza che per costante giurisprudenza il pericolo di infiltrazione mafiosa è valutato secondo un "*ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipica dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere "più probabile che non", appunto, il pericolo di infiltrazione mafiosa*", ha però sottolineato che al fine di non determinare le criticità a cui si accennava: "*il pericolo dell'infiltrazione mafiosa, quale emerge dalla legislazione antimafia, non può tuttavia sostanziarsi in un sospetto della pubblica amministrazione o in una vaga intuizione del giudice, che consegnerebbero questo istituto, pietra angolare del sistema normativo antimafia, ad un diritto della paura, ma deve ancorarsi a condotte sintomatiche e fondarsi su una serie di elementi fattuali, taluni dei quali tipizzati dal legislatore*".

Con riferimento invece, al tema oggetto del presente scritto, è bene specificare e chiarire che la scelta discrezionale dell'amministrazione è indubbio debba essere vagliata alla luce di un sindacato di legittimità, nel rispetto dunque dei parametri normativi (senza debordare nel merito della scelta); ma è anche vero che la conformità alla norma stessa non può essere soddisfatta in via meramente formale; è necessaria una valutazione di carattere sostanziale che, nella fattispecie in oggetto,

⁸ Sul punto v. Consiglio di Stato, III, n. 758/2019; Consiglio di Stato, III, n. 1743/2016.

⁹ Sul punto si veda F. LUCIANI, *Informativa antimafia e poteri di autotutela dell'amministrazione*, in www.giustamm.it, secondo cui: "difficilmente si può in linea generale dubitare della costituzionalità di tali strumenti nell'ambito del complesso di reazioni predisposte dall'ordinamento per fronteggiare la criminalità organizzata. Nello stesso tempo, vi è anche la piena consapevolezza che si ponga una delicata questione di contemperamento con altri valori costituzionalmente rilevanti, dal principio di legalità, che vieta la previsione di poteri puramente rimessi all'arbitrio della pubblica amministrazione, ai principi della presunzione di innocenza e della libertà d'iniziativa economica privata. Né va dimenticato l'eventuale pregiudizio per l'interesse pubblico delle amministrazioni destinatarie, specialmente nel settore degli appalti".

prenda in debita considerazione il principio di proporzionalità¹⁰; principio peraltro espressamente richiamato nel considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui appunto: *“nell’applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l’esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull’affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l’esclusione”*.

Di conseguenza, anche alla luce della norma che ne richiama la gravità e interpreta le lievi irregolarità come eccezioni, la condotta pregressa non può essere di per sé sufficiente a determinare l’esclusione dell’operatore economico, pena la lesione del principio del *favor participationis* e di tutela della concorrenza. La circostanza secondo cui, ad esempio, un inadempimento mero possa giustificare l’esclusione (sfuggendo la nozione di gravità ad un più penetrante sindacato giurisdizionale) può determinare pesanti conseguenze economiche per l’operatore economico.

Il provvedimento di esclusione - in questa fattispecie - è strumento da maneggiare con cura; non a caso le linee guida ANAC n. 6/2016¹¹ prevedono appunto che: *“la rilevanza delle situazioni accertate ai fini dell’esclusione deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità”*¹².

Sul punto, il Consiglio di Stato, III, sentenza n. 4192/2017, ha affermato, in un’ottica onnicomprensiva, che: *“il concetto di grave illecito professionale ricomprende ogni condotta collegata all’esercizio dell’attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa”*. Si veda altresì Consiglio di Stato, V, sentenza n. 6530/2018, il quale ha messo in evidenza che: *“tenuto conto dell’ampia formulazione della norma e in assenza di indicazioni di segno contrario, deve altresì ritenersi che le condotte significative ai fini di una possibile esclusione non siano solo quelle poste in essere nell’ambito della gara all’interno della quale la valutazione di “integrità o affidabilità” dev’essere compiuta, ma anche quelle esterne a detta procedura”*.

Alla luce del quadro illustrato, la valutazione della stazione appaltante (seppure esercizio del potere discrezionale) deve tenere debitamente in considerazione le circostanze, i fatti, la tipologia di illecito e di violazione, le conseguenze sanzionatorie, il tempo trascorso, le eventuali recidive, le omissioni informative, al

10 Sul principio in oggetto, in un quadro generale, si veda D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell’Unione Europea)*, in *Riv. ital.dir. publ. com.*, 2019

11 Sulla natura giuridica delle linee guida ANAC, si veda M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell’ANAC nei settori speciali*, in www.rivistadellaregolazioneideimercati.it, nonché, ivi L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*.

12 In merito si veda: L. MAZZEO - L. DE PAULI, *Le linee guida dell’ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. e app.*, n. 2/2018; J. NARDELLI, *I gravi illeciti professionali alla luce delle Linee guida ANAC n. 6 del 2016*, in www.italiappalti.it

fine di applicare in modo corretto la norma che consente l'esclusione e di conseguenza il restringimento della platea dei soggetti che possono partecipare alla procedura di gara.

In sostanza, un provvedimento che si limiti a richiamare pregressi illeciti e/o si limiti ad asserire l'importanza e la gravità degli stessi, pecca per difetto, in quanto non tiene in debita considerazione la necessità di valutare in modo rigoroso - nell'ottica di tutela della concorrenza - gli elementi che minano l'affidabilità dell'operatore escluso. La professionalità dell'operatore economico non può dunque essere derubricata e/o sminuita in poche righe motivazionali attraverso un mero richiamo a illeciti pregressi che vengono ad assumere valore assiomatico ai fini della esclusione¹³. La giurisprudenza però, si veda di recente, Consiglio di Stato, V, n. 7728/2022, afferma che la valutazione circa la sussistenza di gravi illeciti professionali è ad esclusivo appannaggio dell'amministrazione, essendo una scelta ampiamente discrezionale: *“da ciò consegue che il sindacato del giudice amministrativo sulle relative motivazioni non può che limitarsi al riscontro “esterno” della non manifesta abnormalità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto”*.¹⁴

¹³ In questa ottica (in un caso di omessa informazione dell'illecito), è da condividere quanto affermato al TAR Piemonte, sentenza n. 1108/2021, secondo cui appunto: *“l'ampia discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante in termini di individuazione delle condotte integranti gravi illeciti professionali trova, poi, un limite nella motivazione del provvedimento in cui dovrà essere dato adeguato conto dell'iter logico-giuridico seguito, e presuppone comunque il vaglio di rilevanza dell'omissione in considerazione della fisiologica indeterminazione delle fattispecie cui è ancorata [...]. Trasponendo suddette coordinate ermeneutiche al caso di specie, il provvedimento di esclusione delle odierne ricorrenti appare viziato per difetto di motivazione”*. Si veda altresì quanto affermato dal TAR Campania - Salerno - n. 721/2021: secondo cui *“nel caso in esame, è manifestamente irragionevole l'operato della stazione appaltante, nella misura in cui essa ha ritenuto, senza addurre ulteriori motivazioni o specifiche circostanze giuridico-fattuali (desunte primariamente dagli atti dei procedimenti penali e, soprattutto, dalla sentenza di condanna di recente emissione), che la mera assenza di definitività delle pendenze non concretizzasse gli estremi per ritenere compromesso il rapporto fiduciario, cui è sottesa la fattispecie espulsiva recata dall'art.80, co.5, lett. c) del Codice. La scelta compiuta dalla stazione appaltante non solo è irragionevole perché rinuncia in pratica alla valutazione, in concreto, delle pendenze (di cui pure è venuta a conoscenza), attestandosi sul mero dato formale della non definitività, ma perché finisce per obliterare del tutto la differenza che continua a residuare fra fattispecie espulsiva automatica ex art.80, co.1 (che richiede il requisito della definitività della condanna, e che dispensa del tutto da qualsivoglia aleatorietà di valutazione) e quella dei gravi illeciti professionali ex art.80, co.5, lett. c, la quale, proprio perché ispirata alla ratio di tutelare la discrezionalità della stazione appaltante nella considerazione del rapporto fiduciario, non esclude a priori che pendenze non definitivamente accertate possano, in relazione al complesso degli elementi fattuali e procedurali che si riscontrino, determinare, motivatamente, l'esclusione dalla gara”*.

¹⁴ Il Consiglio di Stato, V, n. 2922/2021, ha messo in evidenza che la stazione appaltante - nel disporre l'esclusione di un operatore concorrente - deve ottemperare all'obbligo di motivazione esternando il percorso logico-giuridico seguito: *“l'apprezzamento della “gravità” e del “tempo trascorso dalla violazione” è intrinseco alla modalità con la quale la stazione appaltante rappresenta i fatti rilevanti, ossia dando particolare evidenza alla condotta dell'impresa”*. In precedenza, si veda Consiglio di Stato, III, n. 8236/2020, il quale ha sottolineato che siamo in presenza di *“una fattispecie escludente ad applicazione non automatica né, per tale ragione, i relativi presupposti applicativi sono acclarabili autonomamente dal giudice, in quanto presupponente lo svolgimento di apposite valutazioni della stazione appaltante, estese anche al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa: ne discende che non è il mero accertamento del provvedimento sanzionatorio aliunde adottato (sotto forma di risoluzione per inadempimento, condanna risarcitoria o altra “sanzione comparabile”)*

Oltre al problema relativo alla discrezionalità amministrativa e al sindacato giurisdizionale sulla stessa (che è il primo punto critico messo in evidenza in questo scritto), un secondo aspetto problematico, che si ritiene meritevole di approfondimento, è quello connesso al “fattore temporale”¹⁵ che viene in rilievo in base ai commi 10 e 10-bis dell’art. 80 del Codice, in rapporto appunto alle cause di esclusione; fattore che, nell’ambito oggetto di analisi, ha assunto portata di non poco conto e che, nell’interpretazione della giurisprudenza (impegnata a colmare i vuoti nonché la farraginosità normativa) è divenuto fattore di ulteriore complicazione anziché di semplificazione.

4. Arresti giurisprudenziali e interventi legislativi di cui ai commi 10 e 10-bis dell’art. 80 del Codice in merito al limite triennale delle esclusioni

Il riferimento (nonché l’importanza) del dato temporale è stato al centro di numerose pronunce del giudice amministrativo, connesse altresì agli interventi legislativi (in particolare, l’art. 80, comma 10, e comma 10-bis, del Codice dei contratti pubblici concernenti il regime di durata dell’esclusione).

Più nel dettaglio, nel caso di sentenza penale di condanna (che non fissi la durata della pena accessoria), il comma 10 dell’art. 80 del Codice, prevede la durata dell’esclusione: perpetua nei casi di cui alla lettera a); 7 anni nei casi di cui alla lettera b); cinque anni nelle ipotesi diverse dalle lettere a) e b).

In base al successivo comma 10-bis dell’art. 80 del Codice, nei casi in cui le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura di gara un operatore economico che si trovi nelle condizioni elencate nel comma 5, sempre dell’art. 80 - tra le quali rientrano appunto quelle di cui, ad esempio, alla lettera c) “*i gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*” e lettera c-ter) relative a “*significative e persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto*” - “*la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di*

a far scattare la sanzione espulsiva, in quanto, sebbene lo stesso sia astrattamente atto a veicolare "significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto", queste sono a loro volta autonomamente valutabili dall'Amministrazione ai fini dell'esercizio del potere escludente dalla specifica gara".

¹⁵ L’elemento temporale, come noto, sta assumendo importanza sempre più significativa al fine di cristallizzare la situazione giuridica (nell’ottica di tutela degli assetti giuridici dati), si veda appunto la modifica fatta all’art. 21-*nonies* della legge sul procedimento amministrativo che prevede appunto l’impossibilità di procedere all’annullamento d’ufficio trascorsi diciotto mesi (ora ridotti a dodici) dal momento dell’adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. Si cerca così di trovare un (difficile) bilanciamento tra le esigenze di certezza del diritto e la repressione delle condotte di reato che determinino vantaggi illeciti posto che, in quest’ultimo caso, l’esercizio del potere di autotutela è ammesso anche oltre il termine. In giurisprudenza si veda Consiglio di Stato, VI, n. 3940/2018. Nella fattispecie oggetto della nostra analisi, il dato temporale vale invece a ‘paralizzare’ la contestazione di inadempimento che sarebbe stata causa di esclusione.

passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore che l'abbia commesso". Saremmo in presenza: "del fenomeno, ben noto alla teoria generale, della cd digressione dell'atto in fatto: la sentenza o il provvedimento amministrativo di accertamento della violazione sono presi in considerazione da altra norma, e ad altri fini, per inferirne un giudizio normativo di "incapacità" o di "inaffidabilità" per un determinato periodo temporale"¹⁶.

La giurisprudenza - anche prima della modifica (di cui al d.l. n. 32/2019) ai commi 10 e 10-bis dell'art. 80 del Codice - aveva messo in evidenza il *valore ostativo del fattore temporale* in merito all'esclusione per condanne relative a reati diversi da quelli di cui al comma 1 dell'art. 80, e più in generale, per pregressi illeciti e inadempimenti contrattuali, ritenendo appunto in contrasto con il principio di proporzionalità, una esclusione che trovava fondamento, ad esempio, in una risoluzione in danno dell'impresa adottata più di tre anni prima della pubblicazione del bando di gara, individuando di conseguenza nel lasso temporale triennale un limite coerente con l'applicazione di tale principio di derivazione europea.

In merito, esemplificativa una pronuncia del TAR Lombardia - Milano - n. 705/2017, secondo cui un'interpretazione della normativa nazionale, in linea con il diritto europeo: "deve indurre ad escludere che una misura preclusiva della partecipazione agli appalti pubblici basata sul rilievo di un accertato - tramite qualsiasi mezzo idoneo - grave errore professionale, possa essere disposta in via automatica e anche nel caso in cui dalla data del fatto in questione sia trascorso un congruo lasso temporale. In sostanza la preclusione alla partecipazione per chi abbia commesso un grave errore durante la propria attività professionale: "deve essere necessariamente interpretata come azionabile soltanto entro un determinato arco di tempo dal compimento (o dall'accertamento) del grave errore".¹⁷

Il Consiglio di Stato, V, n. 6576/2018, aveva successivamente affermato, con riferimento alla durata dell'esclusione, che il periodo di vigenza della stessa, per

¹⁶ Cfr. TAR Lombardia n. 2421/2019, punto 2.4.1

¹⁷ "Non può interpretarsi come espressione di una sanzione *sine die* nei confronti di un'impresa che abbia commesso un grave errore professionale; ciò contrasterebbe in modo frontale, come detto, con il principio di proporzionalità di derivazione comunitaria, che obbliga, specie in materia di appalti pubblici di rilevanza comunitaria - in cui vige il principio del *favor participationis* - legislatore ed amministrazione a imporre ed applicare obblighi, divieti e restrizioni in modo adeguato e ragionevole rispetto alle fattispecie prese in considerazione e agli obiettivi pubblici perseguiti. In secondo luogo, il periodo temporale entro il quale può essere sanzionata con l'esclusione l'impresa che abbia commesso un grave errore professionale può essere ragionevolmente individuato in tre anni dalla data del fatto in questione, in coerenza con quanto stabilito dall'art. 57, paragrafo 7 della direttiva UE n. 24 del 2014. Tale limitazione temporale, al di là del *dictum* della intervenuta direttiva - che può in ogni caso costituire canone interpretativo delle norme nazionali, a prescindere dalla questione della sua diretta applicabilità -, era astrattamente individuabile anche con riferimento alla normativa previgente, in ossequio al rispetto del principio generale di proporzionalità di matrice comunitaria, che impone di ancorare gli effetti di misure restrittive a parametri oggettivi, determinati e adeguati, anche in termini di necessità, agli obiettivi perseguiti." Cfr. TAR Lombardia - Milano - n. 705/2017.

grave illecito professionale connesso alle significative carenze nell'esecuzione dell'appalto, fonte di risoluzione anticipata non contestata in giudizio - in applicazione diretta della direttiva 2014/24/UE, art. 57, § 7 - aveva durata triennale dalla data del fatto riconducibile alla data di adozione della determinazione dirigenziale di risoluzione unilaterale¹⁸; nonché Consiglio di Stato, V, n. 5365/2018, secondo cui: *"l'art. 80, comma 5, lettera c) del Codice dei contratti pubblici - per quanto sia norma di non agevole esegesi stante la disomogeneità delle fattispecie contemplate - sembra comunque permeata da una nozione di attualità dell'illecito, nel senso di annettere rilievo ai soli fatti commessi in un arco temporale tale da far ritenere vulnerato il rapporto fiduciario con il concorrente"*. Nello stesso senso, successivamente, il Consiglio di Stato, n. 2895/2019, ha affermato l'illegittimità per sproporzionalità, di un'esclusione fondata su una risoluzione ante triennio.

Ancora, il già citato TAR Lombardia - sentenza n. 2421/2019 - ha connesso il limite temporale di cui all'art. 80, comma 10, anche alla potestà discrezionale di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) - alla luce sia della conformità al dettato sovranazionale - posto che: *"l'art. 80, comma 10, costituisce attuazione dell'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24, il quale demanda agli Stati membri la fissazione del "periodo massimo di esclusione", con omnicomprendivo riferimento a tutte le cause di esclusione contemplate "dal presente articolo", sia quelle "obbligatorie" sia quelle "facoltative" - sia alle statuizioni della Corte di Giustizia (C-425/18, punto 34), secondo cui: "il periodo massimo di tre anni entro cui la stazione appaltante può, nell'esercizio della sua discrezionalità, escludere da una gara il partecipante che si sia reso "colpevole" di violazioni del diritto della concorrenza, è da rinvenire nel momento di adozione del provvedimento sanzionatorio da parte della competente Autorità (CGUE, 24 ottobre 2018, causa C-124/17)"*.

La questione, però, non si è posta in termini chiari, alla luce di diversi argomenti interpretativi, ad esempio con riferimento agli illeciti connessi a sentenze penali di condanna attratti nell'alveo dell'art. 80, comma 5, lett. c). Si veda appunto il Consiglio di Stato, V, sentenza n. 6529/2018, secondo cui: *"sotto il profilo degli effetti, è diverso l'obbligo di dichiarare sentenze penali di condanna rientranti tra quelle previste dall'art. 80, comma 1, ovvero rilevanti ai sensi del successivo comma 5, lett. c); nel primo caso l'esclusione è atto vincolato in quanto discendente direttamente dalla legge, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), la valutazione è rimessa alla stazione appaltante (fermo restando che, nella prospettiva della norma da ultimo indicata, l'operatore economico non può valutare autonomamente la rilevanza dei precedenti penali da comunicare alla stazione appaltante,*

¹⁸ Nella fattispecie al vaglio dei giudici, poiché il triennio andava computato a ritroso, dalla data del bando alla data del fatto, nel caso di specie, alla data del bando - 23 dicembre 2016 - era decorso più di un triennio dalla data della risoluzione unilaterale - 12 giugno 2013. La causa di esclusione conseguente non aveva più la rilevanza attribuita dall'art. 80, comma 5, lett. c). Nello stesso senso, Consiglio di Stato, V, n. 8480/2019; Consiglio di Stato, V, n. 2895/2019; Consiglio di Stato, V, n. 5228/2020; TAR Toscana n. 955/2019; TAR Lazio, n. 4917/2020.

poiché questa deve essere libera di ponderare discrezionalmente la sua idoneità come causa di esclusione). Tale diversità di effetti (espulsivi in un caso, meramente informativi, con finalità preistruttoria nell'altro) giustifica anche, pur nella difficile ermeneusi del comma 10 dell'art. 80, perché solo nel primo caso l'ordinamento attribuisca un'efficacia temporale alla sentenza definitiva di condanna".

Con riferimento invece a significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, causa di risoluzione anticipata, la sentenza del Consiglio di Stato, V, n. 6530/2018 aveva affermato, a conferma di quanto statuito in primo grado dal TAR Campania - Salerno - sentenza n. 650/2018 (secondo il quale: *"non vi è alcuna previsione espressa che i gravi illeciti professionali devono essersi verificati entro tre anni dalla pubblicazione del bando di gara e tale limitazione temporale pertanto non è rilevante"*), che: *"il Codice esemplifica alcune ipotesi di gravi illeciti professionali, tra cui le significative carenze nell'esecuzione 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. La norma in esame non prevede alcuna espressa previsione sulla rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali nel senso cioè, sostenuto dall'appellante, che essi devono essersi verificati nei tre anni precedenti la pubblicazione del bando di gara e tale omissione è coerente con il potere discrezionale di valutazione di tali fattispecie attribuito alla stazione appaltante; una limitazione triennale è invero richiamata dal successivo comma 10, ma attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A. (limitazione che ben si giustifica con la natura necessariamente temporanea della sanzione afflittiva) e non attiene in alcun modo all'esercizio del potere della P.A. di escludere l'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c) da una procedura di appalto".* Nello stesso senso si veda altresì TAR Lazio, n. 1695/2019, secondo cui, nella sostanza: *"le previsioni di durata massima del periodo di interdizione dalle gare si riferisce alle sole condizioni che abbiano efficacia automaticamente escludente e in presenza delle quali la stazione appaltante è priva di poteri di valutazione"*.

Secondo un diverso angolo visuale, quindi, non erano possibili letture sistematiche posto che le fattispecie attengono a profili differenti. In merito si vedano altresì Consiglio di Stato, n. 3331/2019 secondo cui: *"contrariamente a quanto eccepito dalle imprese, il limite di tre anni, previsto dall'art. 80, comma 10, non si riferisce alle ipotesi di esclusione per gravi illeciti professionali, e conseguente onere dichiarativo, in questione, ma soltanto alle cause di esclusione c.d. automatiche di cui al comma 1"*; nonché Consiglio di Stato n. 1603/2020, secondo cui: *"essendo la previsione di durata massima del periodo di interdizione dalle gare riferibile alle sole condizioni che abbiano efficacia automaticamente escludente e non anche all'ipotesi residuale di cui al comma 5, lett. c), la tesi avanzata in senso contrario da Daf e poi accolta dal Tar Toscana va respinta. In sostanza, la sentenza di primo grado sconta un limite interpretativo nel momento in cui applica all'art. 80, comma 5 lett. c), d.lgs. 80/2016, la disciplina specificamente ed unicamente posta per le ipotesi di cui al comma*

1 dal successivo comma 10, confondendo l'illecito professionale con l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione ("periodo di esclusione" di cui all'art. 57 par. 7 della Direttiva comunitaria e "pena accessoria della incapacità di contrattare" di cui al citato comma 10).".

Più di recente il TAR Piemonte, sentenza n. 1108/2021, ha messo in evidenza l'incongruenza dell'applicazione, in ogni caso, del limite triennale, sottolineando appunto che: sebbene non sia "ignoto al Collegio l'indirizzo ermeneutico secondo cui, mediante il generico riferimento "al comma 5", contenuto nel nuovo comma 10-bis dell'art. 80 – introdotto dal D.L.18 aprile 2019, n. 32 – il limite di rilevanza temporale del fatto astrattamente configurabile quale "grave illecito professionale" viene indicato come triennale in ogni caso, ivi incluse le condanne e decorrente, appunto in tal caso, dalla data del passaggio in giudicato. Questa soluzione pare tuttavia al collegio che ingenererebbe, nella procedura per cui è causa, effetti di incoerenza sistematica che sarebbero obiettivamente sproporzionati.". ¹⁹

Ad ogni modo, in altre e diverse pronunce, anche alla luce delle successive modifiche legislative, è stata confermata la lettura sistematica (per lo meno con riferimento al regime della durata dell'esclusione) che tende ad equiparare le fattispecie.

Esemplificativo il Consiglio di Stato, V, sentenza n. 6635/2020, secondo cui: "il comma 10 – bis dell'art. 80 è stato introdotto per dar risposta all'esigenza di delimitare il periodo nel quale una pregressa vicenda professionale negativa possa comportare l'esclusione di un operatore economico dalle procedure di gara, nella consapevolezza che col passar del tempo le pregresse vicende professionali perdono il loro disvalore ai fini dell'apprezzamento dell'affidabilità del concorrente e possano ritenersi superate dalla regolare continuazione dell'attività di impresa". ²⁰

Consiglio di Stato, V, n. 6233/2021, il quale ribadisce che la: "la questione, in definitiva, va risolta alla luce della norma di cui all'articolo 57, § 7, della direttiva

¹⁹ "L'equiparazione delle condanne non tipicamente escludenti ai fatti storici di illecito contrattuale, pur pacificamente acquisita dalla giurisprudenza nell'applicazione dell'art. 80 co. 5, necessariamente pone sullo stesso piano illeciti la cui emersione segue iter strutturalmente diversi; l'illecito contrattuale implica infatti contestazioni formali tra le parti, che lo rendono immediatamente percepibile, mentre il reato non può che emergere in esito al complesso iter delle indagini e dell'accertamento in sede giudiziaria. Per tali ragioni il collegio ritiene, sul punto, più convincente ed aderente al tipo di causa escludente invocata, omogenea per questo profilo ad ogni altra condanna ritenuta escludente dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, una valutazione che tenga conto del passaggio in giudicato della sentenza, come per altro espressamente imposto dal medesimo art. 80 in tutti i casi in cui menziona esplicitamente la rilevanza di condanne penali. La lontananza nel tempo della condotta oggetto di reato, per canto suo, entrerà legittimamente nelle valutazioni discrezionali spettanti alla stazione appaltante". Cfr. TAR Piemonte, sentenza 1108/2021.

²⁰ Negli stessi termini, Consiglio di Stato, V, n. 1605/2020 e Consiglio di Stato, V, n. 4934/2020: "il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo 4 (all'interno del quale rientrano sia la causa di esclusione dei gravi illeciti professionali [lett. c]), sia quella delle «false dichiarazioni [...] richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione» [lett. h]) non può essere superiore a «tre anni dalla data del fatto in questione». Alla norma della direttiva si è ricondotta la giurisprudenza della Sezione, che ne ha affermato l'efficacia diretta (c.d. "verticale") nell'ordinamento interno e della conseguente immediata applicabilità".

2014/24/UE, il quale ha previsto, in termini generali, che il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo 4 (all'interno del quale rientrano sia la causa di esclusione dei gravi illeciti professionali [lett. c)], sia quella delle «false dichiarazioni [...] richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione» [lett. h)]) non può essere superiore a «tre anni dalla data del fatto in questione»). Alla norma della direttiva la giurisprudenza della Sezione ha attribuito efficacia diretta (c.d. "verticale") nell'ordinamento interno e la conseguente immediata applicabilità.".

Riepilogativa del quadro sopra emerso, è la pronuncia del TAR Campania - Salerno – n. 731/2021, la quale ha appunto messo in evidenza che “*punctum dolens della questione è, in primo luogo, l'applicabilità o meno del termine triennale ai gravi illeciti e, in rapida successione, l'individuazione del dies a quo, che la norma, letteralmente, fissa a partire dal provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza [...]. L'art.80, co.10-bis, secondo periodo, del Codice, come novellato dalla L.n.55/2019, ratione temporis applicabile alla gara in oggetto, contempla espressamente il limite triennale di rilevanza e lo riferisce in modo generico alle ipotesi di cui al co.5, senza ulteriori distinzioni*”.²¹

Il quadro, ad ogni modo rimane spinoso, perché si innestano e sovrappongono più problematiche attinenti innanzitutto all'evidenziato tema della valutazione (discrezionale) circa la gravità dell'illecito (a cui si aggiunge la facoltà della stazione appaltante di valutare l'incidenza del fatto costituente grave illecito professionale anche quando sull'accertamento dello stesso è ancora pendente un giudizio); ancora, si aggiunge il problema della tipologia dell'illecito nonché delle dichiarazioni degli operatori economici in merito agli illeciti stessi (sul punto si veda il paragrafo successivo); infine il *dies a quo* e il regime della durata dell'esclusione (se è equiparato o meno per tutti gli illeciti), che è aspetto distinto dalla valutazione della gravità dell'illecito quale fonte di esclusione dalla gara.

²¹ “Il Collegio non ignora la sussistenza di una divergenza interpretativa di fondo fra l'orientamento che nega l'applicabilità del limite triennale alle fattispecie ricadenti nell'alveo dei gravi illeciti professionali (v., Consiglio di Stato, 4.3.2020, n.1603; Consiglio di Stato, 22.5.2019, n.3331) e quello che viceversa ritiene doverosamente applicabile tale limite (cfr., Consiglio di Stato, 5.3.2020, n.1605; Consiglio di Stato, 6.5.2019, n.2895; Tar Roma, 11.5.2020, n.4917; Tar Firenze, 19.10.2020, n.1227; ma v. Delibera Anac n.490 del 10.6.2020). Il primo approccio si basa sulla peculiarità della causa di esclusione dei gravi illeciti, caratterizzata dalla presenza di intrinseca discrezionalità valutativa ad opera della stazione appaltante, rispetto alle fattispecie automaticamente espulsive, fra cui quelle legate alle condanne definitive per i reati ostativi di cui all'art. 80, co.1 D.Lgs.n.50/2016. In tale ottica, il limite temporale di efficacia inibente si attaglierebbe esclusivamente alle ipotesi di condanne definitive automaticamente escludenti, dovendo essere regolato il rapporto con la pena accessoria dell'incapacità a contrarre e, per converso, sarebbe incoerente con il pieno esercizio di discrezionalità cui è chiamata la stazione appaltante nel caso dei gravi illeciti ex art.80, co.5, lett. c). Il secondo orientamento fa leva, soprattutto, sulla necessità di evitare sperequazioni nel trattamento giuridico fra situazioni nelle quali intervengano condanne ostativo (per le quali è pacifica la limitazione del periodo di inibizione e dunque la rilevanza temporale della condanna, ex art.80, co.10 e 10-bis, primo periodo, del Codice) e situazioni diverse, assoggettate alla valutazione discrezionale della p.a., potenzialmente ostativo all'infinito. Ad avviso del Collegio, è preferibile aderire all'orientamento che ritiene applicabile il suddetto limite temporale anche alle situazioni che rientrano nel raggio applicativo dei gravi illeciti professionali”.

Più di recente, il Consiglio di Stato, V, nella sentenza n. 575/2022, ha cercato di chiarire la complessa portata della disciplina dettata dal comma 10, e dal comma 10-bis dell'art. 80, in relazione al comma 5, affermando innanzitutto che la stessa prende in considerazione solo le fattispecie che hanno dato luogo a una sentenza penale di condanna definitiva²² laddove non abbia fissato la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione; quando invece viene in rilievo un fatto valutato in termini di "illecito professionale" in base a una sentenza penale di condanna non definitiva, occorre rifarsi alla "norma di cui all'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24/UE, il quale ha previsto, in termini generali, che il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo 4 (all'interno del quale rientrano sia la causa di esclusione per gravi illeciti professionali [lett. c]), sia quella delle «false dichiarazioni [...] richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione» [lett. h]) non può essere superiore a «tre anni dalla data del fatto in questione»". Ha poi specificato che la seconda parte del comma 10-bis - in cui si fa riferimento ai "casi di cui al comma 5" - implica che la valutazione dell'amministrazione dei fatti che possono compromettere l'affidabilità professionale dell'operatore economico, si debba intendere nel senso che la stazione appaltante: "può valutare tutti i fatti che, anche se non hanno formato oggetto di una sentenza passata in giudicato, possono integrare (insieme ad altri elementi) una delle situazioni che giustificano l'esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. 80, comma 5; se tali fatti hanno portato all'adozione di provvedimenti di esclusione in precedenti procedure di gara, e l'esclusione non è stata impugnata, l'effetto escludente dalle gare successive si protrae per tre anni; se l'esclusione è impugnata, il termine comincia a decorrere dal passaggio in giudicato della eventuale sentenza che conferma il provvedimento di esclusione; in questo caso, nelle more del giudizio, la stazione appaltante non può escludere automaticamente l'operatore economico ma deve valutare autonomamente e specificamente il fatto per stabilire se esso integri, in concreto, una causa di esclusione (in particolare, nell'ipotesi di fatto astrattamente idoneo a incidere sull'affidabilità professionale dell'operatore economico, deve effettuare la valutazione concreta richiesta dall'art. 80, comma 5, lett. c). Si conferma quindi che le disposizioni di cui ai commi 10 e 10-bis dell'art. 80 cit., non fissano alcun limite

²² In merito alla rilevanza della sentenza penale di condanna, TAR Puglia, Bari, sentenza n. 318/2020: "va rammentato che l'art. 57, comma 7, della detta direttiva U.E. ha disposto che la rilevanza di fatti illeciti e di condanne non possa essere considerata sine die, ma sia limitata nel tempo e, se il periodo di esclusione non è stato fissato con la sentenza definitiva, tale lasso temporale non possa superare i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 (pregressi illeciti penali) e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4 (pregressi illeciti professionali). Pertanto, può ritenersi sussistere un onere dichiarativo, qualora questo abbia ad oggetto circostanze che, in concreto, possano avere, alla stregua della normativa vigente, una ragionevole influenza sul processo valutativo demandato all'Amministrazione. Inoltre, l'art. 80, commi 10 e 10-bis, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 ha stabilito i limiti temporali massimi di esclusione dalle gare di appalto, che, salva l'applicazione di pena accessoria perpetua non oggetto di riabilitazione, certo non arriva a considerare illeciti risalenti a quasi venti anni or sono, come nel caso di specie".

cronologico di carattere generale entro il quale opera la rilevanza dei fatti valutabili nell'ambito delle cause di esclusione di cui al comma 5".

È di tutta evidenza che, nonostante gli sforzi interpretativi tesi a colmare le lacune legislative; a onta delle interpretazioni di coordinamento con gli aggiornamenti legislativi stessi (di cui al d.lgs. n. 56/2017, d.l. n. 135/2018 e d.l. n. 32/2019), il quadro normativo e giurisprudenziale che si è fin qui illustrato, risulta oltremodo farraginoso, venendo così a minare la solidità del sistema e la chiarezza della materia.

In virtù della distinzione tra cause di esclusione automatiche (connesse a reati specifici) e cause di esclusione connesse alla (ampia) valutazione discrezionale della stazione appaltante; in virtù altresì del regime temporale della durata dell'effetto preclusivo il quale non ha un limite cronologico di carattere generale; alla luce del connesso problema del termine di decorrenza del *dies a quo* e del rilievo delle stesse esclusioni (che i commi 10 e 10-bis dell'art. 80, sembrerebbero equiparare²³); alla luce altresì dell'impatto/sovrapposizione della violazione degli obblighi dichiarativi (che incidono sull'illecito professionale²⁴), l'operatore economico non sempre è in grado di prevedere con certezza la possibilità di partecipazione, nonché di comprendere appieno eventuali motivi di esclusione; anche perché, come specificato dalla giurisprudenza, Consiglio di Stato, V, n. 8360/2021: *"l'individuazione tipologica dei gravi illeciti professionali ha carattere meramente esemplificativo, potendosi desumere il compimento di gravi illeciti professionali da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell'attività professionale dell'operatore economico di cui sia accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità. Inoltre, può costituire "grave illecito professionale" tanto un singolo episodio di particolare rilievo, quanto una serie di inadempimenti reiterati."* Sul punto si veda altresì quanto affermato nelle citate Linee guida ANAC n. 6/2016 (e successivi aggiornamenti), secondo cui: *"le situazioni individuate dalle richiamate disposizioni del codice dei contratti pubblici hanno natura esemplificativa. Le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dal codice dei contratti pubblici, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alle fattispecie astratte ivi indicate e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi"*.

²³ Come sottolineato dal TAR Lazio, sentenza n. 4917/2020, non sarebbe in linea con l'attuale quadro normativo: *"una contraria interpretazione dei vigenti commi 10 e 10-bis dell'art. 80, che attribuisce alle sentenze riferibili ai "gravi illeciti professionali" un'efficacia temporale illimitata e, quindi, diversa rispetto alle altre fattispecie ivi riconducibili, oltre a non essere conforme all'art. 57 paragrafo 7 della Direttiva n. 2014/24/UE, sarebbe foriera di una possibile ingiustificata disparità di trattamento (oltre che intrinsecamente tra le varie cause integranti l'illecito professionale anche) rispetto alle condanne automaticamente escludenti ex art. 80 comma 1 d. lgs. n. 50/16, per le quali, benché riferibili a reati più gravi, il comma 10 alle lettere b) e c) prevede un limite temporale rispettivamente di soli cinque e sette anni."*

²⁴ *"La latitudine dell'obbligo dichiarativo è specularmente legata a quella delle cause di esclusione, ovvero di "potenziale" esclusione".* Cfr., Consiglio di Stato, V, n. 1812/2016.

5. Il *dies a quo* del termine di decorrenza triennale

Prima di passare al connesso tema delle carenze informative, al fine di dimostrare un ulteriore elemento di criticità, è il caso di soffermarsi sul sopra citato problema relativo al *dies a quo* il quale, nei casi di cui al comma 5 dell'art. 80, decorre dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza²⁵. Il punto però riguarda la diversa ipotesi della sentenza non passata in giudicato (laddove, peraltro, passi in giudicato una sentenza concernente uno dei reati di cui al comma 1 dell'art. 80, l'esclusione da facoltativa *ex* comma 5, diventerà automatica *ex* comma 1), con riferimento alla quale il Consiglio di Stato, V - nelle citate sentenze n. 6233/2021 e n. 575/2022, ha affermato che, in applicazione dell'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, ai fini della decorrenza del termine è da prendere in considerazione la "*data del fatto*" (e non quello del suo accertamento giurisdizionale). In sostanza, si aggiunge una ulteriore criticità in merito alla rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali, posto che talune pronunce, in caso di sentenza non definitiva, agganciano il termine alla commissione del "*fatto storico*" (applicando, a onta della normativa interna, l'articolo 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE²⁶), laddove altre fanno riferimento all'atto di rinvio a giudizio²⁷; altre ancora - si veda il già citato TAR Campania n. 371/2021 - fanno riferimento alla pubblicazione della sentenza²⁸. In merito alla questione in oggetto, cioè relativa al *dies a quo* (relativamente invece al problema dell'applicabilità o meno del regime di durata triennale ai gravi illeciti, si è già detto in precedenza), in quest'ultima pronuncia il collegio campano ha messo in evidenza che: "*analogamente complessa è l'individuazione del dies a quo per la determinazione del termine triennale. L'art.80, co.10-bis, nel testo attualmente vigente, sembra avallare l'interpretazione per cui tale termine decorra dall'accertamento definitivo del*

25 In merito si veda Consiglio di Stato, IV, n. 4937/2020; Consiglio di Stato, sez. V, n. 6635/2020; Consiglio di Stato, III, n. 4201/2021.

26 "*Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4.*" Cfr. art. 57, § 7 Direttiva 2014/24/UE.

27 Si veda Consiglio di Stato, III, n. 958/2021 secondo cui: "*deve infatti ribadirsi che il "fatto", nella fattispecie in esame e sulla scorta della stessa definizione datane dal giudice di primo grado, è rappresentato dal provvedimento di rinvio a giudizio, e non dalla condotta penalmente rilevante nella sua materiale storicità: si che da esso, così inteso, piuttosto che dalla futura ed eventuale sentenza definitiva di condanna, deve farsi decorrere il termine suindicato*".

28 "*Si pone, a questo punto, l'ulteriore dubbio se, con particolare riguardo alle condanne non definitive, quanto all'accertamento definitivo del fatto, si debba fare riferimento alla data di pubblicazione della sentenza, o al momento (successivo) in cui questa passi in giudicato. In giurisprudenza si registrano posizioni non univoche (nel senso della decorrenza dal giudicato, v., Tar Firenze, n.955/2019; per la decorrenza dalla pubblicazione della sentenza, si veda, Tar Roma, 11.5.2020, n.4917; Tar Firenze, 1044/2019). Ad avviso del Collegio, aderendo all'orientamento maggioritario, in assenza di un accertamento definitivo nell'accezione processuale, per individuare il dies a quo del termine triennale occorre fare riferimento alla data di pubblicazione del provvedimento giurisdizionale di accertamento del fatto, anche se non definitivo (pubblicazione della sentenza)*". Cfr. TAR Campania - Salerno - n. 371/2021.

fatto, e non dal fatto storico, in sé, considerato, ossia dalla condotta illecita; la norma si riferisce, alternativamente, al provvedimento espulsivo (se inoppugnato) ovvero, in caso di impugnazione, al passaggio in giudicato della sentenza (da intendersi ragionevolmente riferita a quella che statuisca definitivamente in merito alla legittimità di tale provvedimento). In questa seconda ipotesi, peraltro, la norma stabilisce altresì che la stazione appaltante, nelle more del definitivo accertamento, deve tenere conto del fatto (ossia dell'illecito professionale, per quello che rileva in questa sede) ai fini della valutazione di spettanza sull'affidabilità. La disposizione sembra tarata per le fattispecie nelle quali il fatto (ossia l'illecito professionalmente rilevante) venga desunto da determinazioni amministrative espulsive, adottate da stazioni appaltanti (anche dalla stessa cui il bando si riferisca, evidentemente); la norma, cioè, si attaglia maggiormente alle situazioni nelle quali l'accertamento del fatto (ergo del potenziale illecito) rientra nella sfera di dominio della pubblica amministrazione (come accade, ad esempio, nelle risoluzioni contrattuali per grave inadempimento, che costituiscono del resto il prototipo del grave illecito professionale nella tradizione della contrattualistica pubblica). Con riferimento all'ipotesi in cui la condotta illecita sia costituita dal fatto-reato o venga comunque desunta da procedimenti penali in itinere o da condanne penali non definitive, e dunque in assenza di pregressi provvedimenti amministrativi e in presenza di dati non governati direttamente dalla stazione appaltante (come da altre pubbliche amministrazioni), il *dies a quo* dovrà decorrere, necessariamente, dall'accertamento definitivo del fatto, demandato istituzionalmente all'Autorità Giudiziaria Ordinaria. Non è quindi accettabile l'interpretazione suggerita dalla controinteressata, secondo cui il *dies a quo* sarebbe da individuarsi nella condotta storica: non solo tale opzione è apertamente in contrasto con il dettato normativo sopra riferito, ma pregiudicherebbe in pratica qualsivoglia possibilità, per la stazione appaltante, di prudente apprezzamento, vista la brevità del termine (tre anni) e il mancato governo delle informazioni rilevanti (dipendendo queste da attività di accertamento svolta dai competenti organi inquirenti)."

Le criticità rilevate in tema di *dies a quo* nei casi di sentenze non definitive, si associano al problema dell'incidenza del fattore oggettivo-temporale il quale, come visto, incide sull'esclusione e sul regime di durata della stessa ma, a cascata (v., infra, paragrafo successivo) anche sugli obblighi dichiarativi. Prima di analizzare questi ultimi, è il caso di evidenziare che, per quanto concerne la perimetrazione dell'esclusione stessa - sotto il profilo della sua rilevanza - la giurisprudenza, in relazione però all'omissione di irregolarità contributive (che rientrano nel diverso regime dell'art. 80, comma 4, ma che possono impattare sul regime delle esclusioni di cui al successivo comma 5, in relazione alla lett. c-bis), ha di recente affermato, Consiglio di Stato, V, sentenza n. 8406/2021, che: "se dalla prima esclusione conseguisse in via automatica la preclusione per l'operatore escluso a prendere parte ad altre procedure di gara, la definizione del comportamento sanzionato sarebbe in fatto riconducibile direttamente alla valutazione discrezionale di un'amministrazione e solo mediatamente alla legge. Tra due

possibili interpretazioni del dato normativo, di cui l'una si pone in contrasto con disposizioni costituzionali e l'altro risulta rispetto ad essi conforme, è certamente da preferire quest'ultima e non la prima, secondo la teorica dell'interpretazione costituzionalmente orientata"; di conseguenza: "ogni provvedimento di esclusione si genera e si consuma all'interno della procedura di gara per il quale è stato adottato dalla stazione appaltante (fermo le ipotesi speciali previste a determinate condizioni dal legislatore), salvi gli obblighi dichiarativi in capo a ciascun operatore economico che dovrà informare la stazione appaltante delle precedenti esclusioni". Pronuncia che conferma precedenti arresti giurisprudenziali, tra i quali, Consiglio di Stato, V, n. 6490/2019, secondo cui: "una precedente espulsione da una gara pubblica per irregolarità fiscale non può assumere rilievo, quale motivo di esclusione, in termini di grave illecito professionale e, quindi, di circostanza da dichiarare, posto che, diversamente opinando, "si realizzerebbe un'indefinita protrazione di efficacia, "a strascico", delle violazioni relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse". Nonché Consiglio di Stato, V, n. 4594/2018 secondo cui: "l'art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici, per quanto norma di non agevole esegesi stante la disomogeneità delle fattispecie contemplate, sembra comunque permeata da una nozione di attualità dell'illecito, nel senso di commesso in un arco temporale tale da fare ritenere vulnerato il rapporto fiduciario. E', questa, un'evenienza non predicabile per la irregolarità tributaria in ragione di quanto già esposto, ed in definitiva per il fatto che la stessa deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione ad una procedura di gara per essere ragione di esclusione dalla medesima. Ne consegue che una pregressa esclusione per irregolarità fiscale non deve essere dichiarata in altra gara allorchè tale condizione sia stata superata al momento della presentazione della domanda di partecipazione".

Come si evince dal quadro descritto, la materia già di per sé complessa, è ulteriormente complicata dalla sovrapposizione e dall'intreccio di ipotesi non ben schematizzate dalla norma: il grave illecito professionale, oltre ad essere fonte di esclusione sulla base di un ampio ventaglio di ipotesi (discrezionalmente valutabili dalla stazione appaltante), ha un regime temporale di inibizione futura non omogeneo, oltre al fatto che le omesse, fuorvianti dichiarazioni (laddove non siano addirittura false) incidono sulla esclusione stessa.

6. Violazione degli obblighi dichiarativi/informativi da parte dell'operatore economico.

Proprio con riferimento all'elemento di sovrapposizione a cui, da ultimo, si è fatto riferimento, concernente gli obblighi dichiarativi dell'operatore economico tesi ad "informare" la stazione appaltante, è opportuno soffermarsi.

Tra le prescrizioni imposte dai bandi di gara vi è infatti quella che prevede - tra le condizioni di partecipazione - l'obbligo di dichiarare: "la non sussistenza dei motivi di

esclusione di cui all'art. 80, D. Lgs. n. 50/2016, di ogni altra situazione che determini l'esclusione dalle gare di appalto".

Il tema impatta e si intreccia con alcuni degli aspetti fin qui analizzati, posto che l'operatore economico ha l'obbligo di dichiarare gli illeciti pregressi, ciò a prescindere dalla gravità o meno degli stessi; in sostanza, il partecipante non può procedere in via autonoma alla valutazione dell'inadempimento, facendo egli stesso una sorta di filtro di selezione delle sue condotte precedenti; deve dichiarare qualunque atto (risoluzione, transazione, etc.) che si sia verificato in gare anteriori ovvero illeciti di natura penale; sarà poi la stazione appaltante a procedere (secondo i parametri indicati nei precedenti paragrafi) alla valutazione delle condotte dichiarate.

Sul punto, parte della giurisprudenza, già in relazione alla vigenza del precedente Codice, era netta: *"la funzione della disposizione in esame è quella di garantire la possibilità per l'Amministrazione di scegliere l'aggiudicataria tra le ditte concorrenti che forniscono le maggiori garanzie di affidabilità e correttezza. È allora ragionevole che il legislatore imponga - si ribadisce, a pena di esclusione e con divieto di stipulazione del contratto d'appalto - quantomeno di dichiarare alla stazione appaltante l'avvenuta risoluzione per grave inadempimento di precedenti rapporti contrattuali con altri enti pubblici, così da consentirle di svolgere le opportune verifiche"*²⁹.

Al riguardo, sempre la giurisprudenza, ha affermato che la mancata tipizzazione delle fattispecie rilevanti non implica che il partecipante possa valutare autonomamente gli episodi di "grave errore" di modo che assurga a facoltà (e non ad obbligo) la dichiarazione di precedenti professionali negativi³⁰. L'operatore economico deve dichiarare qualunque circostanza tesa ad incidere, anche solo potenzialmente sul processo valutativo demandato all'amministrazione, a prescindere da soggettive considerazioni sulla fondatezza, gravità e pertinenza degli episodi in oggetto³¹.

In sostanza, l'obbligo strumentale, teso a mettere in condizione la stazione appaltante di conoscere tutte le circostanze rilevanti per l'apprezzamento dei requisiti di affidabilità del partecipante, in caso di omissione assume valenza autonoma in quanto potrebbe concretizzare, di per sé, una forma di grave illecito professionale sub-specie in termini di *"grave errore professionale endoprocedurale"*³².

Sulla questione ha sollevato dei dubbi la quinta sezione del Consiglio di Stato la quale, con l'ordinanza n. 2332 del 9 Aprile 2020, ha deferito all'Adunanza Plenaria la necessità di una puntuale perimetrazione della portata (e dei limiti) degli obblighi informativi: *"sui quali si scaricano, con evidente tensione, opposti e rilevanti interessi: da un*

29 Cfr. Consiglio di Stato, n. 2289/2014, nonché Consiglio di Stato, V, n. 5763/2014.

30 Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 712/2017.

31 Sul punto Consiglio di Stato, V, n. 3592/2018 e n. 591/2019.

32 Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 5142/2018.

lato quello di estromettere senz'altro dalla gara i soggetti non affidabili sotto il profilo della integrità morale, della correttezza professionale, della credibilità imprenditoriale e della lealtà operativa; dall'altro, quello di non indebolire la garanzia della massima partecipazione e di non compromettere la necessaria certezza sulle regole di condotta imposte agli operatori economici, presidiate dalla severa sanzione espulsiva. [...] "è evidente che, in siffatta prospettiva, gli obblighi informativi decampano dalla logica della mera strumentalità, diventando obblighi finali, dotati di autonoma rilevanza: di tal che l'omissione, la reticenza, l'incompletezza divengono – insieme alle più gravi decettività e falsità – forme in certo senso sintomatiche di grave illecito professionale in sé e per sé".³³

Con la sentenza n. 16/2020, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta affermando i seguenti principi: *"la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis] della medesima disposizione".*

In merito all'ambito di estensione delle dichiarazioni, l'orientamento prevalente della giurisprudenza³⁴ (che trova conferma anche in più recenti pronunce), interpreta l'ultimo inciso dell'art. 80, comma 5, lett. c) (ora lett. c-bis) in termini di "norma di chiusura" che impone agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, a prescindere dal fatto che assurgano a cause tipizzate di esclusione.

Con riferimento agli illeciti penali si veda, ad esempio, la sentenza del Consiglio di Stato, III, n. 1633/2020, la quale ha affermato come logico corollario dell'idea che nel concetto di grave illecito professionale rientri qualunque tipologia di condotta posta in essere nell'esercizio della propria attività professionale, che *"il limite temporale dei tre anni previsto dall'art. 80, comma 10, non può intendersi riferito alle ipotesi di esclusione per gravi illeciti professionali e al conseguente onere dichiarativo". Più nel dettaglio, nel dare*

³³ Cfr. punto 16, ordinanza Consiglio di Stato, V, n. 2332/2020.

³⁴ Consiglio di Stato, V, n. 3592/2018; Consiglio di Stato n. 4532/2018; Consiglio di Stato n. 6530/2018; Consiglio di Stato, III, n. 6787/2018

continuità al consolidato orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato (si vedano le pronunce della sezione III, n. 3331/2019 e n. 1174/2020, e della sezione V, n. 1644/2019, n. 1649/2019 e n. 70/2020) che ingloba nel concetto di “grave illecito professionale” qualunque tipologia di condotta connessa all’esercizio dell’attività professionale che sia idonea a mettere in dubbio l’integrità e l’affidabilità dell’operatore economico, ha affermato che tra le condotte rientrano anche le condanne per reati in sé non ostativi ai sensi dell’art. 80, comma 1, d.lgs. 50/2016: “sulla base di questa premessa non è configurabile in capo all’impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scelta circa i fatti da indicare, sussistendo, al contrario, un principio di doverosa onnicomprensività della dichiarazione tale da consentire alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le opportune valutazioni di sua competenza. Logico corollario di questa impostazione è quello per cui il limite temporale dei tre anni previsto dall’art. 80, comma 10, non può intendersi riferito alle ipotesi di esclusione per gravi illeciti professionali e al conseguente onere dichiarativo. Mutuando le valutazioni espresse dalla quinta sezione su un caso analogo a quello qui in esame (in quanto riferito ad una ipotesi in cui erano emersi pregiudizi penali a carico di un esponente dell’impresa ausiliaria), è utile segnalare come anche in quella fattispecie l’omessa indicazione non abbia assunto rilevanza “sotto il profilo dell’obbligo dichiarativo delle condanne penali definitive in sé, in quanto, anche a prescindere dal perimetro temporale di rilevanza giuridica desumibile dal comma 10 dell’art. 80, quella oggetto di controversia non rientra proprio tra le condanne espressamente contemplate dal comma primo dello stesso art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016”; ma “.. in quanto espressione di “grave illecito professionale” ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, dovendosi intendere come tale qualsiasi condotta legata all’esercizio dell’attività professionale, contraria a un obbligo giuridico di carattere civile, penale ed amministrativo. Diverso è, dunque, l’obbligo di dichiarare sentenze penali di condanna rientranti tra quelle previste dall’art. 80, comma 1, ovvero rilevanti ai sensi del successivo comma 5, lett. c): “nel primo caso l’esclusione è atto vincolato in quanto discendente direttamente dalla legge, mentre nell’ipotesi di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), la valutazione è rimessa alla stazione appaltante” e “tale diversità di effetti (espulsivi in un caso, meramente informativi, con finalità preistruttoria nell’altro) giustifica anche, pur nella difficile ermeneusi del comma 10 dell’art. 80, perché solo nel primo caso l’ordinamento attribuisca un’efficacia temporale alla sentenza definitiva di condanna”. In definitiva, citando letteralmente quanto affermato dalla precedente giurisprudenza (Consiglio di Stato, V, n. 6529/2018 e n. 6530/2018: il limite triennale: “attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell’incapacità a contrarre con la P.A. (limitazione che ben si giustifica con la natura necessariamente temporanea della sanzione afflittiva)” ma non anche “all’esercizio del potere della P.A. di escludere l’operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c)”.

Più di recente, il Consiglio di Stato, V, n. 7728/2022, ha affermato che: “la disposizione in esame è dunque concepita per consentire alla stazione appaltante un’adeguata e ponderata valutazione sull’affidabilità e sull’integrità dell’operatore economico, sicché sono

posti a carico di quest'ultimo i c.d. obblighi informativi: il concorrente deve pertanto fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, "gli è stata contestata una condotta contraria a norma" o si è comunque verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti. Alla luce dei rilievi che precedono deve dunque confermarsi l'orientamento consolidato – dal quale non vi è evidente ragione di discostarsi, nel caso di specie – secondo cui la nozione di "grave illecito professionale" ex art. 80, comma 5 lett. c), cit. – ferma la necessaria valutazione discrezionale della stazione appaltante – ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa".³⁵

Da ultimo, Consiglio di Stato, V, n. 166/2022 secondo cui: "per quanto riguarda l'obbligo dichiarativo e la relativa violazione, è noto il dibattito giurisprudenziale sull'interpretazione da dare alla disposizione dell'art. 80, comma 5, lett. c), oggi c-bis), del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove prevede quale causa di esclusione l'aver "fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione" ovvero l'aver "omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione. Da una parte della giurisprudenza si è ritenuto che per integrare la causa di esclusione, le informazioni omesse avrebbero dovuto essere tra quelle iscritte nel casellario informatico dell'Anac, ovvero si è interpretato in senso meno rigoroso il disposto dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis) quando le dichiarazioni omesse avevano ad oggetto fattispecie non tipizzate. Tuttavia rispetto a questo orientamento giurisprudenziale è prevalso quello che ha ritenuto incondizionatamente doverosa la dichiarazione di episodi risolutivi di precedenti rapporti contrattuali, ancorché sub iudice, nonché la dichiarazione di condotte a rilevanza penale, che, pur non sfociate nell'adozione di provvedimenti di condanna definitivi, fossero riferite ad ipotesi di reato rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 1, ovvero in considerazione dell'oggetto dell'appalto. In sintesi, si è in prevalenza attribuita alla

³⁵ In relazione all'omessa dichiarazione di un decreto penale opposto (il quale può ritenersi equipollente ad un mero procedimento penale pendente, e di conseguenza non ad un precedente penale acclarato in via definitiva), il Consiglio di Stato, III, n. 1977/2022, ha affermato che: "tuttavia è del pari innegabile che esso costituisca un elemento fattuale rilevante nell'ambito della valutazione rimessa alla stazione appaltante, ed è a quest'ultima, anche in forza della prescrizione del disciplinare sopra citata, che dev'essere rimessa ogni decisione in ordine alla "significatività" di tale elemento, letto anche alla luce degli elementi indiziari che caratterizzano l'ipotesi accusatoria, nonché degli altri elementi aliunde eventualmente acquisiti dalla stessa Amministrazione. Nel caso di specie siffatta valutazione è stata impedita dall'omessa dichiarazione [...]. L'apprezzamento della gravità e rilevanza dei fatti nonché della loro significatività e idoneità a fornire un'adeguata dimostrazione della sussistenza di illeciti professionali suscettibili di minare l'integrità o affidabilità dell'operatore economico, pur in mancanza di un accertamento dei fatti che possa dirsi definitivo, compete in prima battuta all'Amministrazione e non al giudice amministrativo, pena la violazione del divieto di immissione di quest'ultimo nell'esercizio di poteri non ancora esercitati dall'amministrazione. Così come compete in prima battuta all'Amministrazione la valutazione circa la rilevanza dell'omessa dichiarazione quale comportamento di per sé (ossia a prescindere dalla valenza pregiudizievole del dichiarato) sintomatico di un illecito professionale, ex art. 85, comma 5, lett. c bis).".

disposizione in esame il significato - ritenuto del primo giudice - di norma di chiusura che impone agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione”.

Per converso³⁶ si è invece messo in rilievo che un generalizzato obbligo dichiarativo, senza alcun limite di operatività: *“potrebbe rilevarsi eccessivamente oneroso per gli operatori economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa”*³⁷. In merito si veda Consiglio di Stato, V, nn. 3257 e 3258/2017: *“per potersi ritenere integrata la causa di esclusione dell’art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 (“omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”) è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell’ANAC, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento”.*

Si veda altresì TAR Puglia, n. 318/2020: *“ritiene il Collegio che vada prediletta una lettura degli oneri di dichiarazione, in capo ai partecipanti alle procedure di gara, che possa, da un lato, ritenersi esigibile, alla stregua di una norma positiva sufficientemente chiara, dall’altro lato, che sia attinente alla materia degli appalti pubblici, rimanendo estranee le citazioni di fatti o situazioni inconferenti. Tanto in considerazione che la misura sanzionatoria espulsiva da un appalto debba ancorarsi alla predeterminazione di un precetto chiaro e avente un senso logico-giuridico, anche in funzione dell’applicazione concreta del canone di semplificazione del procedimento amministrativo” [...]. Pertanto, può ritenersi sussistere un onere dichiarativo, qualora questo abbia ad oggetto circostanze che, in concreto, possano avere, alla stregua della normativa vigente, una ragionevole influenza sul processo valutativo demandato all’Amministrazione”. Inoltre, l’art. 80, commi 10 e 10-bis, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 ha stabilito i limiti temporali massimi di esclusione dalle gare di appalto, che, salva l’applicazione di pena accessoria perpetua non oggetto di riabilitazione, certo non arriva a considerare illeciti risalenti a quasi venti anni or sono, come nel caso di specie”.*

Si veda altresì - in relazione all’omissione di un grave inadempimento di cui al comma 5, lett. c-ter) dell’art. 80 - Consiglio di Stato, III, il quale, nella citata sentenza n. 4201/2021, afferma che: *“un provvedimento di risoluzione per inadempimento di un precedente contratto d’appalto può fondare una valutazione di inaffidabilità e non integrità dell’operatore per un periodo che non superi il triennio. In definitiva, allora, laddove il legislatore utilizza l’espressione “durata dell’esclusione” e fa riferimento ai “casi di cui al*

³⁶ Si veda Consiglio di Stato, III, n. 5040/2018; Consiglio di Stato, V, n. 2063/2018; Consiglio di Stato III, n. 4266/2018, Consiglio di Stato, V, n. 5171/2019; Consiglio di Stato, V, n. 1605/2020; più di recente, TAR Campania n. 2149/2022.

³⁷ Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 5142/2018.

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".

Sempre in senso più restrittivo, Consiglio di Stato, V, n. 6212/2021, V, secondo cui: "infondata è altresì l'ulteriore doglianza dedotta col sesto motivo di appello secondo cui l'a.t.i. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in quanto [l'ausiliario], sarebbe incorso in una falsa dichiarazione in tema di requisiti di affidabilità professionale, con riferimento all'art. 80 comma 5 lett. f-bis, in relazione all'art. 80, comma 5, lett. c), del D. Lgs n. 50/2016, per non aver dichiarato di essere stato escluso da una pregressa procedura di gara. La censura non coglie nel segno, in quanto [l'ausiliario] non ha violato alcun dovere informativo nei confronti della Stazione appaltante né ancora ha reso alcuna falsa dichiarazione né, infine, è privo, per la ragione su indicata, del requisito di affidabilità ed integrità. La precedente esclusione da altra procedura di gara, infatti, non rientra nel novero di quelle circostanze che devono essere portate a conoscenza della stazione appaltante che indice la nuova gara".

Sempre in relazione all'ambito di estensione delle dichiarazioni, il Consiglio di Giustizia della Regione Sicilia, sentenza n. 326/2021, ha fatto applicazione del termine triennale di esclusione per le condanne integranti gravi illeciti professionali, affermando che: "deve ritenersi operante un obbligo di fissare un limite temporale di rilevanza delle circostanze, soggette ad obblighi dichiarativi, che possono concretizzare gravi illeciti professionali e condurre all'esclusione del concorrente dalla gara. Sia ai sensi della normativa comunitaria direttamente applicabile (art. 57 comma 7, Direttiva n. 2014/24/UE), che ai sensi della normativa introdotta a livello nazionale (l'art. 80, comma 10 bis, d.lgs. n. 50/2016 come novellato ad opera della l. n. 55/2019), la Stazione Appaltante non può escludere dalla gara un concorrente laddove le circostanze che potrebbero costituire un grave illecito professionale si siano verificate nel periodo antecedente l'ultimo triennio [...]. D'altra parte, l'obbligo declaratorio in sede di gara non può avere un carattere omnicomprendente di ogni e qualsiasi vicenda storica del concorrente, a pena di appesantire oltre misura il procedimento di gara (sia in termini di oneri dichiarativi del concorrente che avuto riguardo alla corrispondente attività valutativa del seggio di gara), sicché deve escludersi che cause di esclusione che hanno perduto rilevanza temporale debbano comunque essere dichiarate".

Alla luce di quanto evidenziato, sussiste dunque un problema di intreccio e di rapporti tra gli illeciti oggetto di valutazione (discrezionale) da parte della stazione appaltante, ex art. 80, comma 5, lett. c) e ss. (che l'operatore economico avrebbe comunque l'obbligo di dichiarare) e l'eventuale omissione delle dichiarazioni stesse; in quest'ultima evenienza l'evento potrebbe comunque giustificare l'esclusione dalla gara (laddove fosse ritenuto comunque rilevante) per violazione dell'art. 80, comma 5, questa volta però, sulla base della lettera c-bis) .

Se però, come anticipato, viene dato valore ostativo al fattore temporale, nell'ipotesi in cui l'omissione riguardi illeciti e inadempimenti ultra-triennali, nella logica della 'irrilevanza' di condotte lontane nel tempo, gli stessi potrebbero non

essere presi in considerazione ai fini dell'obbligo dichiarativo medesimo; il dato temporale viene ad incidere dunque sul regime della durata dell'inibizione, sul potere discrezionale di esclusione e sulle dichiarazioni.

In definitiva, se con riferimento a pregressi illeciti, l'amministrazione, senza alcun automatismo espulsivo, è tenuta a svolgere la valutazione di gravità al fine di stabilire la dubbia integrità e affidabilità del concorrente ex art. 80, comma 5, lett. c); se le dichiarazioni fuorvianti o le omissioni (anche, ad esempio, in ordine a pregresse violazioni di per sé non gravi) possono rilevare ai fini dell'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), il punto è che - alla luce del riferimento al dato temporale, e secondo una lettura sistematica dell'art. 80, comma 5, in relazione ai commi 10 e 10-bis relativi al regime della durata della inibizione alla partecipazione alle gare - dovrebbe ritenersi irrilevante un fatto che sia datato più di tre anni dalla pubblicazione del bando di gara. Conseguentemente, l'offerente dovrebbe essere esonerato dall'obbligo dichiarativo di illeciti risalenti a più di tre anni dalla pubblicazione del bando, in quanto non rientranti nel giudizio di esclusione.

Alle problematiche relative alla perimetrazione dell'obbligo dichiarativo, si aggiungono poi le spinose questioni inerenti all'esatta decodificazione delle dichiarazioni ("omesse", "fuorvianti", "false", "non veritiere", il cui impatto può avere conseguenze diverse sul regime delle esclusioni) al fine di ricondurle, rispettivamente, nell'ambito dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), lett. f-bis), f-ter), e lett. g); queste ultime più gravemente sanzionate dall'obbligo di segnalazione all'ANAC, gravante sulla stazione appaltante, in forza del comma 12, dell'art. 80, e della possibile iscrizione destinata ad operare anche nelle successive procedure. Solo la falsità della dichiarazione può avere valenza espulsiva automatica, laddove le informazioni omesse, fuorvianti o non veritiere, implicano l'estromissione previa valutazione discrezionale. Si veda sul punto, ancora il Consiglio di Stato, III, n. 4201/2021, secondo cui appunto: *"la falsità (informativa, dichiarativa ovvero documentale) ha attitudine espulsiva automatica oltreché (potenzialmente e temporaneamente) ultrattiva; laddove le informazioni semplicemente fuorvianti giustificano solo – trattandosi di modalità atta ad influenzare indebitamente il concreto processo decisionale in atto – l'estromissione dalla procedura nella quale si collocano"*. Di recente, TAR Lazio n. 1745/2022 - sulla base dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la dichiarazione del concorrente di non aver commesso alcun tipo di grave illecito professionale non costituisce falso ma può rilevare, al più, quale omessa informazione ai sensi dell'80, comma 5, lett. c-bis), del Codice appalti - ha affermato che l'omissione dichiarativa non determina l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis)³⁸, del comma 5 dell'articolo 80 Codice

³⁸ *"Il nuovo Codice, recependo l'impostazione della direttiva 2014/24/UE, ha spostato l'attenzione sulla natura oggettiva delle cause di esclusione, distinguendo tra quelle ad effetto automatico e obbligatorio e quelle*

appalti, ma rileva quale “grave illecito professionale” in grado di incidere sull’“integrità o affidabilità” dell’operatore economico ex art. 80, comma 5, lett. c).³⁹

7. Conclusioni.

Alla luce delle considerazioni svolte, anche sulla base della giurisprudenza amministrativa che si è occupata del tema, possiamo allora riassumere il quadro fin qui illustrato mettendo in evidenza altresì, più di una criticità del sistema.

In ordine ai pregressi illeciti, l’operatore economico avrebbe, da una parte, l’obbligo di dichiarare qualunque episodio di inadempimento (sussistendo un obbligo di onnicomprensività della dichiarazione) senza quindi poter procedere ad un autonomo filtro di selezione (neanche temporale), posto che spetta esclusivamente alla stazione appaltante valutarne l’entità e l’incidenza sulla sua affidabilità.

Dall’altra parte però, la stessa stazione appaltante deve procedere ad una penetrante analisi al fine di non incorrere nell’assioma: illecito-inaffidabilità, quest’ultima idonea a determinare l’esclusione anche nelle ipotesi in cui non vi è automatismo legislativo.

Questo è dunque il primo problema posto all’attenzione: l’ampio potere di apprezzamento discrezionale (che si aggancia ad una fattispecie aperta di ipotesi in relazione alla sussistenza dei requisiti di “integrità o affidabilità” dei concorrenti), determina incertezza negli operatori economici e dunque nel sistema complessivamente inteso; sistema che, nonostante sforzi ricostruttivi che tentino di fare chiarezza (come si è cercato di fare in questo scritto), rimane complesso, per non dire oscuro, in virtù della sussistenza di cause di esclusione automatiche; di cause di esclusione discrezionali ex art. 80, comma 5, lett. c), lett. c-bis), lett. c-ter), etc.; del connesso (debole) sindacato giurisdizionale; del regime di durata delle esclusioni di cui alle sentenze penali di condanna ex art. 80, comma 10, e dei provvedimenti amministrativi o sentenze ex art. 80, comma 10-bis; del *dies a quo* di decorrenza

facoltative, la cui introduzione è rimessa alla discrezionalità del legislatore nazionale o delle amministrazioni aggiudicatrici, rendendo così non dirimente l’effetto espulsivo scaturente dalla condotta reticente o omissiva del concorrente. Se ne deve concludere sotto tale profilo che la mera indicazione recata dal co. 5, lett. f bis) dell’art. 80 secondo cui è escluso dalla procedura “l’operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere” va riempita di contenuto, rendendo palese all’interessata in cosa si sostanzia tale omissione così da consentire il diritto di difesa e, eventualmente, il riscontro giurisdizionale della tesi dell’amministrazione in ordine alla rilevanza (e all’obbligatorietà) della dichiarazione. Cfr. TAR Toscana, n. 955/2019.

³⁹ Nello stesso senso, in precedenza, il TAR Sicilia, n. 2298/2020, il quale non ha ricondotto l’omessa dichiarazione della pendenza di un giudizio penale alla falsità di cui alla lett. f-bis) dell’art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, bensì l’ha ricondotta - anche alla luce dei dettami dell’Adunanza Plenaria - entro il perimetro applicativo della lettera c-bis) dell’art. 80: “l’amministrazione è tenuta a stabilire se l’operatore economico ha omesso di fornire informazioni rilevanti sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità e affidabilità nei suoi confronti. Si tratta di una valutazione discrezionale che incontra i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l’amministrazione sola è chiamata a fissare il punto di rottura dell’affidamento nel progresso e/o futuro contraente”.

triennale e dell'ipotesi di contestazione in giudizio; degli oneri dichiarativi; dei contrasti giurisprudenziali in merito a talune delle questioni citate; della necessità di interpretazione e coordinamento della legislazione susseguitasi nel tempo.

Premessa dunque la necessità e l'urgenza di rimodulare la normativa in un senso meno farraginoso (e meno oscuro), allo stato, un'interpretazione che può semplificare la materia è ardua; si potrebbe in tal senso dare valore onnicomprensivo al termine triennale; in sostanza, gli illeciti ultra-triennali (compresi, dalla loro data di accertamento, gli inadempimenti fonte di risoluzione contrattuale o di altre sanzioni), non dovrebbero rientrare nella valutazione sull'inaffidabilità del partecipante; specularmente, non dovrebbe incombere l'onere di dichiarazione delle stesse in capo all'operatore economico (posta la perdita "orizzontale" della loro valenza).

In definitiva il fattore temporale (nell'ambito concernente il potere discrezionale di esclusione) si configura come idoneo a superare qualunque rilievo in merito sia al giudizio di inaffidabilità connesso ai pregressi illeciti professionali sia con riferimento al giudizio di inaffidabilità connesso alle omissioni dichiarative (sulle quali non vi è chiarezza di impatto e di regime). Al fine di ovviare alla farraginosità normativa (che si riflette sulla eterogeneità delle posizioni giurisprudenziali), nel bilanciamento e contemperamento degli interessi in gioco - a cui si è fatto riferimento nel paragrafo introduttivo - potrebbe essere preferita la tutela della concorrenza; ciò in linea con la volontà legislativa la quale, nella ricerca di un seppur difficile punto di equilibrio tra legalità e certezza dei rapporti giuridici, sembra dare sempre più valore alle esigenze di certezza; in questa prospettiva viene così perimetrato il potere amministrativo il quale, anche in tema di esclusione, troverebbe dei limiti applicativi. Verrebbe infatti irreggimentato alla luce dei fattori ostativi analizzati. La riforma del Codice (di cui alla legge delega n. 78/2022), proprio nella prospettiva di rendere più chiaro il quadro normativo del regime delle esclusioni, prevede appunto, all'art. 1, lett. n), la *"razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe individuando 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"*. Nell'attesa (e nella speranza) che la riforma possa trovare attuazione, l'interpretazione qui proposta, intanto, si configurerebbe come elemento di temperamento delle profonde incertezze connesse alla farraginosità e alla mancata chiarezza del sistema descritto.