

# IL REGIME DELLE ESCLUSIONI NON AUTOMATICHE ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.

**Federico Francesco Guzzi**

**Abstract:** L'articolo analizza la nuova normativa di cui al D.lgs. n. 36/2023 (attuativa dell'art. 1 del D.lgs. n. 78/2022) in tema di esclusione dell'operatore economico. In particolare focalizza l'attenzione sulle cause di esclusione non automatiche e sui gravi illeciti professionali. Lo studio mette in evidenza gli aspetti positivi del nuovo regime (come l'elencazione delle ipotesi di grave illecito professionale) nonché le criticità che permangono in ragione della complessità del sistema connessa all'esigenza di tenere assieme molteplici interessi.

*This article analyzes the new legislation of Legislative Decree n. 36/2023 (implementation of Article 1, Legislative Decree n.78/2022) on exclusion causes of the economic operator. In particular, the research focuses on non-automatic exclusion causes. The analysis highlights the positive aspects of the new discipline (such as the list of serious professional torts) and also the critical aspects that remain for the complexity of the system connected to the need to keep multiple needs together.*

**SOMMARIO** 1. Introduzione 2. Il nuovo regime delle esclusioni ex artt. 94-98 del Codice dei contratti pubblici. 3. Art. 95 Cause di esclusione non automatiche. 4. Art. 96 Disciplina dell'esclusione. 5. Art. 98 Illecito professionale grave. 6. Osservazioni conclusive.

## **1, Introduzione.**

In un recente scritto sullo spinoso tema del regime delle esclusioni dell'operatore economico dalla procedura di gara, era stato analizzato il pregresso impianto normativo<sup>1</sup>; erano state messe in evidenza le (notevoli) criticità del sistema<sup>2</sup>; in

---

<sup>1</sup> F. F. GUZZI, *L'esclusione dell'operatore economico dalla gara ex art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) c-ter) del Codice degli appalti pubblici: brevi riflessioni critiche*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022. Sul tema si veda altresì: M. DI DONNA, *Il "grave errore professionale", tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, in *Urb. e app.*, n. 1/2016; A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4/2018; J. VAVALLI, *Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale nell'esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2020; da ultimo, G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm.* n. 3/2022.

<sup>2</sup> Era stato appunto messo in evidenza - in sede di analisi dell'art. 80 - che nonostante gli sforzi interpretativi tesi a colmare le lacune legislative; nonostante l'opera 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 risultava oltremodo farraginoso

particolare, quelle connesse alle cd esclusioni facoltative di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e ss. del d.lgs. n. 50/2016<sup>3</sup>.

Più nel dettaglio, in quella sede - alla luce dell'analisi normativa e giurisprudenziale - erano emersi numerosi problemi che davano luogo ad un quadro confuso, eterogeneo, affatto chiaro; tutto ciò anche in virtù della sovrapposizione di più questioni, connesse ad esempio: al sindacato (debole) sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione in merito all'esclusione dell'operatore economico<sup>4</sup>; agli effetti delle dichiarazioni (omesse, false, fuorvianti, non veritiere) degli operatori economici in sede di gara; ai termini di decorrenza dell'esclusione e alla durata della stessa; tutti aspetti, come visto nell'analisi del precedente impianto normativo (a cui si rinvia per avere un quadro completo delle questioni poste sul tappeto), in merito ai quali si sono formate, nel tempo, interpretazioni non univoche; con tutto ciò che ne è conseguito in termini di certezza del diritto; non a caso infatti, è proprio sulle problematiche citate - e dunque sull'interpretazione dell'art. 80 comma 5, del vecchio Codice - che si è sviluppato il più corposo contenzioso tra stazioni appaltanti e operatori economici. È di tutta evidenza che laddove lo spazio per procedere alla esclusione dell'operatore, non solo sia caratterizzato da un alto tasso di discrezionalità<sup>5</sup> ma sia altresì connesso ad un ampio ventaglio di 'ipotesi escludenti',

---

con tutto ciò che ne conseguiva in termini di solidità del sistema e di chiarezza della materia. Alla luce infatti 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 poi 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 sembravano equiparare); alla luce altresì dell'impatto/sovrapposizione della violazione degli obblighi dichiarativi (incidenti sull'illecito professionale), l'operatore economico non era affatto in grado di prevedere con certezza la possibilità di partecipazione e altresì di comprendere appieno eventuali motivi di esclusione.

3 La direttiva europea 24/2014, Considerando 101, prevede appunto che le amministrazioni aggiudicatrici: *“dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico. Il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni. 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”*.

4 Sul potere discrezionale dell'amministrazione la bibliografia è vastissima, senza pretese di esaustività, possiamo citare: G. BARONE, *Discrezionalità (ad vocem)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisprudenziale*, Napoli, 2008; Id. *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Jus* n. 3/2011; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65

i margini del conflitto interpretativo aumentano in modo direttamente proporzionale.

Il legislatore in realtà, era ben consapevole della criticità in materia; non a caso, nella legge delega n. 78/2022 (attuativa del PNRR<sup>6</sup>), appunto nella prospettiva di rendere più chiaro il farraginoso quadro normativo, peraltro appesantito dagli innesti normativi successivi all'impianto originario del Codice (si veda il decreto "correttivo" n. 56/2017, il decreto legge n. 32/2019 e soprattutto, i decreti legge n. 76/2020 e n. 77/2021 i quali si sono posti quali elementi di complicazione ulteriore), all'art. 1, lett. n), aveva previsto 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"*.

Dal 1° luglio 2023 saranno operative le norme del nuovo Codice dei contratti pubblici<sup>7</sup> il quale - per quanto ci interessa in questa sede - ha "ridisegnato" (nell'ottica della semplificazione) il regime delle esclusioni.

Nelle pagine seguenti verrà analizzato il nuovo impianto normativo e, in particolare, il regime delle cd esclusioni non automatiche (così infatti vengono definite nel nuovo Codice<sup>8</sup>), con particolare riferimento ai "gravi illeciti professionali" i quali hanno trovato autonoma e separata disciplina in un articolo *ad hoc*: l'art. 98 del nuovo Codice; norma che ha proceduto ad una elencazione al fine di eliminare incertezze in ordine alle condizioni dell'esclusione discrezionale che rimane tale, ma irreggimentata dalle (più strette maglie) delle nuove disposizioni.

Nel corso di queste brevi riflessioni si avrà modo di verificare se, alla luce della nostra prospettiva interpretativa, l'obiettivo di razionalizzazione e di risoluzione delle vecchie problematiche della materia possa considerarsi raggiunto oppure se permangono delle criticità.

---

5 Si veda ad esempio Consiglio di Stato, V, n. 4712/2022: *"ben può accadere che due stazioni appaltanti, chiamate a valutare le medesime pregresse vicende professionali di uno stesso operatore economico, diano giudizi opposti, l'una dicendo affidabile quel che l'altra ritenga non affidabile, senza che si possa sol per questo dire l'uno o l'altro provvedimento viziato da eccesso di potere"*.

6 Sulla giurisprudenza in tema di "bandi PNRR" si vedano: TAR Campania, n. 7512/2022; TAR Lombardia n. 212/2023; TAR Abruzzo n. 75/2023.

7 La cui elaborazione, è stata affidata dal precedente Governo Draghi al Consiglio di Stato il quale, già nel mese di ottobre 2022, aveva proceduto a licenziare una prima bozza; alla luce delle successive interlocuzioni con il nuovo Governo, il 7 Dicembre 2022, è stata inviata una successiva bozza, di cui si è approvato lo schema in Consiglio dei Ministri il 16 Dicembre 2022. Il 31 Marzo 2023 è stato pubblicato il Codice (D.lgs. n. 36/2023) che abroga dal 1°Luglio 2023 il D.lgs. n. 50/2016.

8 "La ragione della modifica rispetto alla denominazione di "cause di esclusione facoltativa", sino a questo momento invalsa, riposa nella constatazione che essa si prestava ad ingenerare l'equivoco per cui, pur in presenza di un motivo di esclusione (rientrante tra quelli "facoltativi"), la stazione appaltante potesse stabilire di non disporre l'esclusione dell'operatore economico" Cfr. Relazione del Consiglio di Stato agli articoli e agli allegati.

Anticipando le conclusioni di questa analisi, si può affermare che sebbene nel nuovo impianto normativo sussistano alcuni elementi positivi, talune criticità non sono del tutto superate; gli obiettivi di chiarezza e, a cascata, di deflazione del contenzioso, si ritiene non siano stati pienamente raggiunti; se infatti può essere considerato un fattore positivo (in termini di maggiore certezza e chiarezza) aver proceduto alla elencazione delle ipotesi di esclusione non automatiche connesse all'illecito professionale grave e dei mezzi adeguati a supporto - avendo conseguentemente proceduto ad una maggiore (o comunque più chiara) perimetrazione del potere della stazione appaltante, posta la necessaria sussistenza, ai fini dell'esclusione, di tre condizioni cumulative<sup>9</sup> - non si può comunque negare la permanente complessità della disciplina; il che determina la necessità (come in passato) di una delicata opera di esegesi e di valutazione da parte dell'operatore economico al fine di stabilire se la stazione appaltante abbia effettivamente rispettato i paletti imposti dalla normativa (decidendo conseguentemente di non procedere con eventuali impugnative) oppure, per converso, dare luogo ad un contenzioso per presunta carenza della sussistenza delle condizioni elencate.

La complessità a cui si è accennato - connessa alla necessità di valutare tutte le componenti in gioco - è correlata ad una esigenza più ampia (che secondo la nostra prospettiva è elemento intrinseco di complessità del sistema) di tenere assieme contrapposti interessi o, comunque, una molteplicità di principi che non possono trovare semplificazione nel momento in cui non si ragiona in termini di priorità: in sostanza, se non si stabilisce quale interesse debba primariamente essere perseguito. Se non viene risolto questo dilemma, gli elementi di criticità permarranno, posta la impossibilità di semplificare e razionalizzare una norma che contenga, tenendole assieme, componenti diverse e contrapposte. Di fatto, la nuova disciplina si è infatti limitata a "spacchettare" (con qualche opportuno correttivo) la normativa che in precedenza era disciplinata in un unico, prolisso ed eterogeneo articolo.

## **2. Il nuovo regime delle esclusioni ex artt. 94-98 del Codice dei contratti pubblici.**

Come si evince dalla relazione di accompagnamento al Codice elaborato dalla Commissione del Consiglio di Stato, si è intervenuti in materia disarticolando - per ragioni di chiarezza e semplificazione - il regime delle esclusioni in quattro distinte disposizioni: l'art. 94 (*Cause di esclusione automatica*), il quale contiene (con modificazioni) ciò che era previsto nel vecchio art. 80, comma 1 del Codice, riguardo alle cd esclusioni obbligatorie (ora "automatiche"). Questa disposizione non sarà oggetto di analisi dello scritto. L'art. 95 (*Cause di esclusione non automatica*), contiene

---

<sup>9</sup> 1. Elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; 2. Idoneità dello stesso ad incidere sulla sua affidabilità e integrità; 3. Sussistenza di adeguati mezzi di prova.

invece le cd esclusioni facoltative previste nel vecchio art. 80, comma 5, del Codice (ora definite “non automatiche”)<sup>10</sup>.

Su questa disposizione si concentreranno invece le nostre riflessioni, così come sul successivo art. 96 (*Disciplina dell’esclusione*), il quale contiene appunto le modalità e i termini dell’esclusione di cui ai commi 6 e ss. del vecchio art. 80 del Codice; termini e modalità che, come era stato messo in evidenza nel citato, precedente scritto sul tema, avevano determinato non pochi problemi applicativi.

Il quadro, infatti, si presentava in termini affatto chiari in virtù della sovrapposizione di problemi a cui si accennava in premessa: quello concernente la valutazione ampiamente discrezionale sulla gravità dell’illecito, nonché la facoltà della stazione appaltante di valutare l’incidenza del fatto costituente grave illecito professionale anche quando sull’accertamento dello stesso era ancora pendente un giudizio; quello connesso alla tipologia dell’illecito nonché delle dichiarazioni degli operatori economici in merito agli stessi; 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.

Tralasciando il successivo art. 97 (*Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti*), l’analisi si concentrerà infine sull’art. 98 (*Illecito professionale grave*); in merito a questa fattispecie si è preferito - sempre nell’ottica della maggiore chiarezza e semplificazione - regolamentarlo in modo autonomo, con conseguente collocazione in uno specifico articolo; diversamente, nell’impianto del vecchio Codice trovava disciplina (assieme alle altre cause di esclusione facoltative) all’interno del comma 5, dell’art. 80, lett. c), alla luce del quale l’esclusione poteva avvenire altresì quando: “*la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*”.

---

10 “In sintesi, il “potere” demandato alla Stazione appaltante non riposa in una volizione, ma in un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata. È stato pertanto considerato che l’aggettivo “non automatiche” (peraltro a più riprese utilizzato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale: cfr. Consiglio di Stato ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9) meglio rendesse detto concetto, al contempo tracciando un confine chiaro rispetto alle cause di esclusione “automatica” annoverate nell’art. 94 (laddove nessun margine di apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante, che deve limitarsi a riscontrarne la sussistenza)”. Cfr. Relazione del Consiglio di Stato agli articoli e agli allegati. In generale, sul rapporto tra potere discrezionale e potere vincolato, si veda: G. BERGONZINI, *L’attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975; E. CASETTA, (voce) *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 2006; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit.; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2007; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d’azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004; Id. *La distinzione tra atto amministrativo discrezionale e atto vincolato (tra giurisdizione di legittimità e merito)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2016.

Nel nuovo Codice è stabilita una disciplina piuttosto corposa e articolata in ben otto commi.

Come si vedrà, e anticipando fin da ora qualche osservazione critica, il nuovo impianto seppure tenti di fare chiarezza - per lo meno sotto il profilo della collocazione sistematica, dell'elencazione dei requisiti rilevanti della fattispecie e della valorizzazione dell'obbligo motivazionale - in virtù dell'esigenza di contemperare molteplici interessi, lascia aperti vecchi problemi che inevitabilmente influiranno sul futuro contenzioso.

### **3. Art. 95 Cause di esclusione non automatiche.**

Le ipotesi di esclusione facoltativa, ora definite "non automatiche", trovano regolamentazione nell'art. 95 il quale elenca varie ipotesi, rispettivamente alle lettere a): infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nonché obblighi in materia ambientale (era la disposizione di cui all'art. 80 comma 5 lett. a).

Nelle lettere, rispettivamente, b) c) e d), sono poi previste le ipotesi di esclusione nelle singole procedure di gara, lettera b): in caso di conflitto di interesse dell'operatore economico, lettera c): in caso di distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori nella preparazione della gara, lettera d): in caso di gravi indizi che possano far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale (erano le ipotesi previste nelle lettere d, e, m, comma 5, dell'articolo 80).

Infine, la lettera e), fa riferimento all'ipotesi (nel vecchio codice collocata nel comma 5, lett. c, dell'art. 80), in cui l'offerente abbia commesso un "*illecito professionale grave tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*", illecito che la stazione appaltante deve dimostrare "*con mezzi adeguati*".

Come anticipato, la disposizione rinvia poi all'art. 98, all'interno del quale sono elencate le ipotesi (tassative) da cui possano desumersi i gravi illeciti professionali, così come quali siano i mezzi di prova adeguati a dimostrarli (sul punto infra par. 5). Il comma 2 dell'art. 95, prevede altresì il caso dell'esclusione connessa a gravi violazioni non definitivamente accertate (se fossero accertate si rientrerebbe infatti nell'ipotesi di esclusione automatica di cui all'art. 94 comma 6), relative ad obblighi di pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali, rinviando, per fare chiarezza in merito, all'allegato II.10, in cui viene specificato quando la violazione possa essere appunto considerata grave. L'ultimo comma fa invece riferimento ai reati di cui all'art. 98, comma 3, lett. h), in cui l'esclusione non è disposta in virtù della depenalizzazione del reato, di intervenuta riabilitazione, di estinzione dello stesso e di revoca. Come anticipato, il vecchio comma 5 dell'art. 80, è ora transitato in una disposizione autonoma che elenca le cause di esclusione facoltative (*rectius*: non automatiche) la quale specifica che le ipotesi di omessa informazione o di non

veridicità della stessa, non assumono di per sé una causa di esclusione ma possono 'solo' supportare la valutazione di gravità dell'illecito professionale. Nel vecchio regime normativo, l'omessa informazione "dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di gara" (art. 80, comma 5, lett. c-bis) - e dunque tesa a mettere in condizione la stazione appaltante di conoscere anche le circostanze rilevanti per l'apprezzamento dei requisiti di affidabilità del partecipante - alla luce di una certa interpretazione, poteva assumere valenza autonoma, concretizzando cioè una forma di grave illecito professionale *ex sé, sub-specie* in termini di "grave errore professionale endoprocedurale"<sup>11</sup>. *Idem* la documentazione e le dichiarazioni non veritiere presentate nella gara; non a caso il Consiglio di Stato, V, nell'ordinanza n. 2332/2020, aveva appunto messo in evidenza che in siffatta prospettiva, gli obblighi informativi fuoriuscivano dalla logica della mera strumentalità assurgendo, per converso, ad 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".

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 16/2020<sup>12</sup> in realtà era intervenuta sulla spinosa questione affermando diversamente che, innanzitutto, anche le false informazioni rese dall'operatore economico finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, erano comunque soggette a valutazione di integrità e affidabilità da parte della stessa stazione appaltante, senza alcun automatismo espulsivo; così, a maggior ragione, 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<sup>13</sup>, l'orientamento prevalente della

<sup>11</sup> Cfr. Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 5142/2018.

<sup>12</sup> Per i commenti alla sentenza, si veda Cfr. C. NAPOLITANO, *La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza Plenaria (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)

<sup>13</sup> Che ha valore immanente, nel senso cioè che l'operatore economico ha l'obbligo di dichiarare gli illeciti pregressi, a prescindere dalla gravità o meno degli stessi; non può di conseguenza procedere in via autonoma alla valutazione dell'inadempimento, facendo egli stesso una sorta di filtro di selezione delle sue condotte pregresse condotte; 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 alla valutazione delle condotte dichiarate. Sul punto Consiglio di Stato, V, n. 7728/2022: "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

giurisprudenza<sup>14</sup>, interpretava l'ultimo inciso dell'art. 80, comma 5, lett. c) (poi lettera c-bis) in termini di "norma di chiusura" che imponeva agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, a prescindere dal fatto che assurgessero a cause tipizzate di esclusione.

Il meccanismo rimane sostanzialmente invariato nel momento in cui, ora, l'art. 96, comma 14, prevede che: "l'operatore abbia l'obbligo di comunicare la sussistenza di fatti e provvedimenti che possono costituire causa di esclusione" (automatiche e non); come anticipato, si specifica però che: "l'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare ai sensi del comma 4 dell'art. 98" (cioè nella valutazione di gravità dell'illecito). La valenza dell'omissione informativa è dunque lasciata all'amministrazione la quale, potrà decidere se la stessa possa assumere un rilievo tale da configurarsi come grave e supportare la configurazione di illecito professionale. Lo spazio di autonomia valutativa è ampio, di conseguenza non sarà facile determinarne gli esiti.

Hanno invece valenza espulsiva autonoma (sempre che ovviamente, ad essa, si associno le altre condizioni previste dalla legge) ex art. 98, comma 3, lettera b): "le informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, selezione e aggiudicazione". Il punto è che anche l'omissione può avere attitudine decettiva, di conseguenza, oltre a rilevare ai fini della valutazione di gravità può altresì essere presa in considerazione come causa di esclusione autonoma; siamo dinanzi ad una sovrapposizione che la norma non risolve.

La condotta decettiva, in sostanza, non può ricondursi solo all'aver fornito un'informazione falsa, posto che l'omissione può essere equiparata ad una condotta (condotta commissiva mediante omissione). Di conseguenza, più che distinguere tra la condotta attiva (fornire informazioni false o fuorvianti) con valenza espulsiva autonoma, e la mera omissione (rilevante solo nella valutazione di gravità), bisognerebbe stabilire sotto il profilo soggettivo se vi è dolo o colpa, di conseguenza l'omissione dolosa potrebbe essere parificata all'ipotesi di cui all'art. 98, comma 3, lettera b). In sostanza dovrebbe venire in rilievo il profilo soggettivo più che quello oggettivo della condotta (attiva od omissiva).

Volendo quindi sintetizzare il quadro normativo, in definitiva vengono riproposti gli obblighi informativi (art. 96, comma 14), continuando a distinguere le diverse

---

*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". La nuova disposizione normativa specifica l'obbligo di comunicare ex art. 96 comma 12, l'atto di rinvio a giudizio e la sanzione irrogata dall'AGCM o da altra autorità; ex art. 96 comma 14, le cause di esclusione automatiche e non automatiche.*

14 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.



tipologie: informazioni omesse o non veritiere le quali, pur non costituendo causa di esclusione possono rilevare ai fini della gravità dell'illecito professionale (ex artt. 96 comma 14 e art. 98 comma 5); le informazioni false o fuorvianti<sup>15</sup> tese a influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione<sup>16</sup> (ex art. 98, comma 3, lettera b), che hanno valore espulsivo autonomo (in associazione alla sussistenza delle altre condizioni di legge); le false dichiarazioni o la falsa documentazione che possono transitare nella causa di esclusione automatica di cui all'art. 94, comma 5, lettera e)<sup>17</sup> alla luce della valutazione dell'ANAC che ne dispone l'iscrizione nel casellario informatico.

Non sembra comunque che il quadro descritto abbia semplificato il problema, posto che - al netto della spinosa questione (che permane) relativa alla esatta distinzione e portata dei rispettivi *deficit* informativi (in particolare tra informazione

---

15 “La loro distinzione sul piano strutturale è estremamente difficile e gravosa: ciò in quanto i provvedimenti della Stazione appaltante non si basano soltanto sull'accertamento dei presupposti di fatto ma anche su valutazioni di tipo giuridico e dunque opinabili”. Cfr. C. NAPOLITANO, *La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza Plenaria (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16)*, cit.

16 In merito alla distinzione tipologica, l'ordinanza n. 2332/2020, della V sezione del Consiglio di Stato, ha specificato le due fattispecie distinte: “a) l'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, che comprende anche la reticenza, cioè l'incompletezza, con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare la stessa ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico (cfr. Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142); b) la falsità delle dichiarazioni, ovvero la presentazione nella procedura di gara in corso di dichiarazioni non veritiere, rappresentative di una circostanza in fatto diversa dal vero, cui conseguirebbe, per contro, l'automatica esclusione dalla procedura di gara, deponendo in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico (laddove, per l'appunto, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporterebbe l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso) (cfr. Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2407). La distinzione può essere approfondita e precisata, osservando che l'ordito normativo – peraltro frutto di vari interventi correttivi, integrativi e, nel caso della lettera c), anche diairetici stratificati nel tempo – fa variamente riferimento: a) alla falsità di “informazioni” fornite (lettera c-bis), di “dichiarazioni” rese e di “documentazione” presentata (lettere f-bis, f-ter e g, nonché il comma 12), talora, peraltro, dando rilevanza alla mera (ed obiettiva) “non veridicità”, talaltra ai profili di concreta “rilevanza o gravità” ovvero ai profili soggettivi di imputabilità (evocati dal riferimento alla negligenza, alla colpa, anche grave, o addirittura al dolo); b) alla attitudine “fuorviante” delle informazioni (intesa quale suscettibilità di influenzare il processo decisionale in ordine all'esito della fase di ammissione); c) alla mera “omissione” (di informazioni dovute). Inoltre, si distingue, con esclusivo riguardo alle falsità dichiarative e documentali, secondo che le stesse rimontino a condotte (attive od omissive), a loro volta poste in essere (cfr. comma 6), prima ovvero nel corso della procedura. In altri termini, è un dato positivo la distinzione tra dichiarazioni omesse (rilevanti in quanto abbiano inciso, in concreto, sulla correttezza del procedimento decisionale), fuorvianti (rilevanti nella loro attitudine decettiva, di “influenza indebita”) e propriamente false (rilevanti, per contro, in quanto tali). E se si considera che la reticenza corrisponde, in definitiva, alla c.d. mezza verità (la cui attitudine decettiva opera, quindi, in negativo, in relazione a ciò che viene taciuto, costituendo, quindi, una forma di omissione parziale), le informazioni fuorvianti son quelle che manifestano attitudine decettiva in positivo, per il contenuto manipolatorio di dati reali: una sorta di mezza falsità.”

17 L'art. 94, comma 5, lettera e) prevede come ipotesi di esclusione automatica: “aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. La causa di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico”. L'art. 94, comma 5, lettera f), prevede altresì, come ipotesi di esclusione automatica, l'iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'ANAC “per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione”.

fornita e omessa) - l'impatto dell'adempimento (*rectius*: inadempimento) degli obblighi dichiarativi rimane connesso alla valutazione ampiamente discrezionale e complessa<sup>18</sup>.

Sarebbe stato preferibile da parte del legislatore del nuovo Codice un maggiore sforzo esplicativo e semplificativo in ordine al "quadro informativo", prendendo posizione netta in merito alle informazioni e alle conseguenze che, invece, rimangono attratte nel magma interpretativo (e incerto) della valutazione discrezionale della stazione appaltante. Di conseguenza, i vecchi problemi relativi alle comunicazioni fornite dall'operatore economico permarranno - a nostro modo di vedere - anche nel nuovo regime. Si è consapevoli, al contempo, che la necessità di contemperare le esigenze di legalità e di valutazione circa l'affidabilità dell'operatore economico da parte della stazione appaltante, con la tutela, altresì, del *favor participationis*, trova riflesso nella normativa la quale, differenziando le molteplici ipotesi connesse ai *deficit* informativi, finisce inevitabilmente per determinare i problemi sopra evidenziati.

#### 4. Art. 96 Disciplina dell'esclusione.

Come anticipato, in luogo di un unico articolo relativo alle cause di esclusione e al regime delle stesse, la disciplina è stata disarticolata in più disposizioni. Nell'art. 96 trova regolamentazione la disciplina delle esclusioni. Per quanto ci interessa in questa sede, analizzeremo quella relativa alle esclusioni non automatiche. Nel dettaglio, tra le più rilevanti novità vi è la più specifica disciplina del periodo di rilevanza e del connesso *dies a quo* della esclusione.

A parte le ipotesi connesse a sentenze penali di condanna (la cui disciplina ricalca, nell'attuale comma 8 dell'art. 96, quella di cui al comma 10 dell'art. 80), a differenza della precedente normativa (di cui al comma 10-*bis* dell'art. 80), l'art. 96, comma 10,

---

<sup>18</sup> *"In effetti, la distinzione tra dichiarazioni false (che importano sempre l'esclusione) e dichiarazioni semplicemente omesse (per le quali si pone l'illustrata alternativa tra la tesi, formalistica, dell'automatica esclusione e quella, sostanzialistica, della rimessione al previo e necessario filtro valutativo della stazione appaltante) trae fondamento dal rilievo che la falsità, come predicato contrapposto alla verità, costituisce frutto del mero apprezzamento di un dato di realtà, cioè di una situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso, accertabile automaticamente (anche in sede giudiziale, in virtù della pienezza dell'accesso al fatto garantita dalle regole del processo amministrativo: cfr. art. 64 cod. proc. amm.). Per contro, la dichiarazione mancante non potrebbe essere apprezzata in quanto tale, dovendo essere, volta a volta, valutate le circostanze taciute, nella prospettiva della loro idoneità a dimostrare l'inaffidabilità del concorrente. Tale valutazione, in quanto frutto di apprezzamenti ampiamente discrezionali, non potrebbe essere rimessa all'organo giurisdizionale, ma andrebbe necessariamente effettuata (eventualmente a posteriori) dalla stazione appaltante; a differenza della falsità, che è di immediata verifica e riscontro, anche in sede contenziosa".* Cfr. Consiglio di Stato, V, ordinanza n. 2332/2020. In merito si veda Consiglio di Stato, III, n. 4201/2021, secondo cui: *"la falsità (informativa, dichiarativa ovvero documentale) ha attitudine espulsiva automatica oltretutto (potenzialmente e temporaneamente) ultrattiva; laddove le informazioni semplicemente fuorvianti giustificano solo – trattandosi di modalità atte ad influenzare indebitamente il concreto processo decisionale in atto – l'estromissione dalla procedura nella quale si collocano".*

precisa che il termine di rilevanza triennale dell'esclusione sia in caso di violazione delle norme in tema di sicurezza sul lavoro sia nelle ipotesi di gravi illeciti professionali, decorre dalla "*commissione del fatto*" (come del resto previsto dall'art. 57, comma 7, della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici).

Al netto delle ipotesi di cui al comma 10, lett. b) dell'art. 96, cioè delle ipotesi in cui l'esclusione è circoscritta alla singola gara cui la condotta si riferisce<sup>19</sup>, ed eccetto le ipotesi (di cui all' art. 96 comma 10, lett. c, n. 1 e 2) in cui il *dies a quo* decorre dalla data del rinvio a giudizio o di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale nonché dalla data del provvedimento sanzionatorio irrogato dall'AGCM o da altra autorità del settore, "*in tutti gli altri casi*" (art. 96, comma 10, lett. c, n. 3) come detto, il termine triennale decorre "*dalla commissione del fatto*".

In sostanza, in ottemperanza a quanto previsto dal diritto europeo, si è previsto un *dies a quo* di decorrenza di carattere generale, dal quale computare il periodo di rilevanza triennale dell'esclusione. Si è dunque optato per il criterio che fa riferimento alla "*commissione del fatto*" eliminando il riferimento alla "*data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione*". Il successivo comma 11 dell'art. 96, prevede che: "*l'eventuale impugnazione di taluno dei provvedimenti suindicati, non rileva ai fini della decorrenza del triennio*".

Il tema del *dies a quo* è stato indagato dalla giurisprudenza al fine di conciliare la normativa europea<sup>20</sup> con il diritto interno. Si veda ad esempio TAR Lombardia - Milano – n. 705/2017, secondo cui 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 [...]. 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*". Il Consiglio di Stato, V, n. 6576/2018, aveva successivamente affermato che il periodo di esclusione, per 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

---

19 Quelle di cui all'articolo 95, comma 1, lettere b): partecipazione dell'operatore economico che determini una situazione di conflitto di interesse di cui all'articolo 16 non diversamente risolvibile); lett. c): sussistenza di una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto che non possa essere risolta con misure meno intrusive; e lett. d): sussistenza di rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa

20 Sull'influenza del diritto europeo nel sistema amministrativo interno, si veda S. TORRICELLI, *L'europeizzazione del diritto amministrativo italiano*, in *L'amministrazione europea e le sue regole* (a cura di) L. De Lucia e B. Marchetti, Bologna, 2015, pp. 247 e ss. Più in generale, *Diritto amministrativo europeo* (a cura di) M.P. Chiti, Milano, 2018; *Diritto amministrativo europeo e diritti nazionali - Influenze, tensioni e prospettive*, (a cura di) I. Martin Delgado e F. Di Lascio, Napoli, 2018.

durata triennale “dalla data del fatto riconducibile alla data di adozione della determinazione dirigenziale di risoluzione unilaterale”. Vi è quindi una commistione di riferimenti: al compimento del fatto e alla data di accertamento postumo dello stesso, fonte ad esempio di una risoluzione. In merito, Consiglio di Stato, III, sentenza n. 4201/2021: “simmetricamente a quanto previsto dal primo periodo del comma 10 bis dell’art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione alle sentenze penali di condanna (per i casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10 dell’art. 80), qualsiasi altra situazione/provvedimento o vicenda – in definitiva qualsiasi “fatto” – che possa dar luogo ad un provvedimento di esclusione ai sensi del comma 5 dell’art. 80 conserva tale valenza per una durata non superiore al triennio. 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 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.”<sup>21</sup> Più di recente, il Consiglio di Stato, sentenza n. 8611/2022, ha affermato (in linea con l’orientamento maggioritario) che il *dies a quo* decorre non dalla commissione del fatto rilevante bensì dal momento della sua formale contestazione.

Se interpretata letteralmente, la nuova disciplina normativa (al netto delle ipotesi di rilevanza penale delle condotte o di provvedimenti sanzionatori dell’AGCM o di altre autorità) facendo espresso riferimento “alla commissione del fatto” (e non più al “provvedimento amministrativo di esclusione”) potrebbe sganciare il termine di rilevanza dall’atto di accertamento postumo dell’amministrazione (che “prenda atto” dell’inadempimento e del grave illecito professionale). Siffatta interpretazione potrebbe quindi favorire l’operatore economico il quale non vedrà più protrarsi (in modo oscillante, mediante sfalsamenti temporali) il periodo di esclusione in ragione di un atto successivo; il che rappresenterebbe un indubbio vantaggio in termini di possibilità di ‘rientrare nel mercato’ e dunque nel circuito concorrenziale.

Se diversamente la “commissione del fatto” continuerà ad identificarsi con “il momento di accertamento dello stesso” (poi fonte di risoluzione ed eventualmente di futura esclusione), la disposizione non determinerà modifiche rispetto al previgente quadro normativo. Quest’ultima interpretazione però, se poteva trovare una sua logica in base al progresso dettato normativo, il quale non recepiva letteralmente la

---

21 “Giova premettere che il comma 10 bis dell’art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, inserito dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in l. 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. sblocca cantieri), è stato introdotto per dare 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, con il passare del tempo, le pregresse vicende professionali perdono il loro disvalore ai fini dell’apprezzamento dell’affidabilità del concorrente e possono ritenersi superate dalla regolare continuazione dell’attività di impresa (Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6635).” Cfr. Consiglio di Stato, III, n. 4201/2021.

direttiva europea (nel momento in cui faceva appunto riferimento al “*provvedimento amministrativo di esclusione*”), alla luce del netto e chiaro riferimento della nuova disciplina al “fatto”, l’interpretazione in linea con dettato normativo sembra essere proprio quella che non consente più sfalsamenti temporali in ordine al *dies a quo* del termine di decorrenza; di conseguenza, in caso di inadempimento (fonte di grave illecito professionale), il termine dovrebbe decorrere dalla data dello stesso e non da una fonte diversa, rinvenibile nell’atto postumo che da rilevanza giuridica al primo.

### 5. Illecito professionale grave.

A differenza della vecchia normativa l’illecito professionale grave, causa di esclusione non automatica ex art. 95, comma 1, lettera e), trova una disciplina autonoma all’interno del successivo art. 98.

Una prima novità della normativa è connessa alla ‘semplice’ elencazione (ex art. 98 comma 2) della necessaria sussistenza (cumulativa) di tre condizioni ai fini dell’esclusione; specificamente: a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) l’idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull’affidabilità e integrità dell’operatore; c) adeguati mezzi di prova (elencati nel successivo comma 6). Attraverso la richiesta cumulativa di queste tre condizioni, si cerca dunque di irregimentare il potere discrezionale della stazione appaltante sebbene, in sostanza, i suddetti requisiti rilevavano anche nell’ambito del vecchio regime, posto che l’illecito doveva essere grave, doveva incidere sull’affidabilità e integrità, erano necessari mezzi adeguati a dimostrarlo. Ci troviamo quindi dinanzi ad un’opera di sistematizzazione, posto che si chiarisce in un unico comma che i suddetti tre requisiti debbano sussistere contemporaneamente e non alternativamente; requisiti che in precedenza erano ‘sparsi’ all’interno del comma 5 dell’art. 80 del vecchio Codice.

Una significativa novità sta invece nel comma 3 della norma in oggetto, il quale fa un elenco delle ipotesi (tassative) da cui possa desumersi la sussistenza dell’illecito professionale<sup>22</sup>; siffatta elencazione - alla pari dell’elenco di cui al successivo comma 6

---

<sup>22</sup> Ex art. 98, comma 3, “*l’illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi a) sanzione esecutiva irrogata dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all’oggetto specifico dell’appalto; b) condotta dell’operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione; c) condotta dell’operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempimenti particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale; d) condotta dell’operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori; e) condotta dell’operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all’articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa; f) omessa denuncia*”

in ordine ai mezzi adeguati a provare l'illecito – potrebbe facilitare sia il compito dell'amministrazione sia quello dell'interprete che andrà a valutare la sussistenza delle condizioni dell'esclusione.

Il problema della perimetrazione del potere di esclusione (che è sì discrezionale ma soggetto a limiti e condizioni), si pone però alla luce del richiamo operato dal successivo comma 4, il quale aggiunge che la valutazione della gravità debba tener conto del *“bene giuridico”* e *“dell'entità della lesione inferta”* della condotta illecita nonché del *“tempo trascorso dalla violazione”* (in realtà il fattore temporale ha già una valenza autonoma posto che è idoneo a limitare il periodo di rilevanza dell'esclusione, mentre qui sembrerebbe incidere sull'*an* dell'esclusione stessa). Siffatta disposizione, per la sua ampiezza, ripropone i vecchi problemi di cui si è detto, relativi alla discrezionalità del potere amministrativo.

Il comma 5 - collegandoci a quanto detto in riferimento agli obblighi informativi - prevede che le dichiarazioni omesse o non veritiere (diverse da quelle false e fuorvianti) possano essere utilizzate *“a supporto”* della valutazione di gravità. Probabilmente, nell'ottica della semplificazione e chiarezza normativa, sarebbe stato più opportuno che le ipotesi, la disciplina, le conseguenze e il richiamo a tutti gli oneri informativi e alle connesse omissioni, dichiarazioni non veritiere, etc., avessero trovato sede in un unico comma; i riferimenti, oltre che all'interno del comma in oggetto, li troviamo invece sparsi, per come visto, nel comma 3, lettera b) dell'articolo in commento, nonché nei commi 12, 14 e 15 dell'art. 96 e nell'art. 94, comma 5, lettera e) ed f). Come anticipato, il comma 6, procede ad un ulteriore elenco relativo ai *“mezzi adeguati”* a supportare la reale sussistenza dell'illecito professionale<sup>23</sup>. Anche

---

*all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione; g) contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94; h) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei seguenti reati consumati: 1) abusivo esercizio di una professione ai sensi dell'art. 348 del codice penale; 2) bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito di cui agli artt. 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; 3) i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civili o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale; 4) i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1 lettere b) e c) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; 5) i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”.*

23 *“Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3: a) quanto alla lettera a), i provvedimenti sanzionatori esecutivi resi da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o da altra autorità di settore; b) quanto alla lettera b), la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della*

siffatto elenco è motivo di pregio della nuova disposizione normativa, posto che agevola l'amministrazione in ordine alla valutazione della sussistenza delle condizioni per procedere all'esclusione dell'operatore economico.

Infine, i commi 7 e 8, conferiscono, enfaticamente e ripetutamente, un ruolo centrale all'obbligo di motivazione<sup>24</sup>, ruolo che in realtà ha a prescindere, in quanto principio cardine dell'atto amministrativo. Ad ogni modo, in base al comma 7, l'amministrazione deve motivare la ritenuta idoneità dei provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'offerente; il successivo comma 8, prevede che il provvedimento di esclusione debba essere motivato *"in relazione a tutte e tre le condizioni"* previste dalla norma.

Sebbene sia pacifica la centralità della motivazione<sup>25</sup>, la specificazione fatta in questa sede è comunque importante perché sembra chiarire e rendere esplicita la circostanza che l'amministrazione non può ridurre la motivazione ad un mero richiamo, ad un inadempimento pregresso o ad un'omessa informazione; deve

---

*situazione escludente; c) quanto alla lettera c), l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili; d) quanto alla lettera d), la emissione di provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi; e) quanto alla lettera e), l'accertamento definitivo della violazione; f) quanto alla lettera f), gli elementi ivi indicati; g) quanto alla lettera g), gli atti di cui all'articolo 407 bis, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale; h) quanto alla lettera h), la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale consentiti".*

24 Sull'obbligo di motivazione in generale si veda G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione nel provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge 241 del 1990)* in *Dir. amm.*, 2000; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento, Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. Sandulli, Milano, 2017; A. CASSATELLA *Il dovere di amministrazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, Vol. V, agg., 2001; M. DE DONNO, *Riflessioni sulla motivazione in diritto del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2013; M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977; B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo* (a cura di) M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012; B. G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2007; A. R. TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2017.

25 Si veda in ordine alla motivazione connessa alle esclusioni discrezionali di cui al vecchio regime, quanto statuito dal Consiglio di Stato, V, n. 4668/2020, secondo cui: *"la motivazione sulla gravità delle "significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto" che ne hanno causato la risoluzione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c- ter), non può limitarsi a dare conto di tali carenze ma deve essere adeguata a sorreggere, sotto il profilo sostanziale, la valutazione di gravità effettuata dalla stazione appaltante e quindi il giudizio di definitiva compromissione del rapporto fiduciario con l'appaltatore, ostativo alla sua partecipazione alla gara successiva [...]. La motivazione che la stazione appaltante deve fornire in ordine alla gravità della violazione ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara (oltre che al "tempo trascorso dalla stessa") non consiste tanto nella ripetizione (o addirittura nel rafforzamento), nel procedimento amministrativo di scelta del contraente per l'affidamento di un diverso appalto, degli argomenti posti a fondamento della risoluzione del precedente contratto, bensì nella valutazione della (già riscontrata e contestata) gravità delle violazioni precedenti, in rapporto alla fiducia riposta nell'appaltatore ed alle conseguenze della compromissione del rapporto fiduciario riguardo all'appalto da affidare".*

invece specificare in modo esaustivo come gli elementi presi in considerazione incidano sul giudizio di inaffidabilità e sulla conseguente esclusione; motivazione che trova maggiore irreggimentazione nell'obbligo, come detto, di dare conto di tutti i requisiti richiesti dalla norma.

La puntualizzazione in merito agli obblighi di motivazione, seppure ridondante e 'non innovativa' si può comunque considerare quale motivo di pregio alla luce della circostanza che, in passato, a tale obbligo si ottemperava a volte in modo piuttosto formalistico o *de relato*; specularmente, la stessa giurisprudenza - 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 ha posto in essere un sindacato penetrante circa la sussistenza dei 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*".

Questi problemi dovrebbero trovare un ridimensionamento alla luce sia della chiara specificazione del dettato normativo (che ribadisce un principio generale in ordine alla necessaria motivazione del provvedimento di esclusione) sia alla luce della irreggimentazione del potere di esclusione medesimo che è connesso alla sussistenza (contemporanea e dunque cumulativa) di tre requisiti, oltre alla presenza di un elenco (in ordine alla tipologia di illecito e ai mezzi adeguati) che agevola l'operato dell'amministrazione e sul quale la stessa motivazione deve a questo punto modularsi in un'ottica di corrispondenza tra fattispecie prevista e relativa esclusione.

## **6. Osservazioni conclusive.**

L'analisi del nuovo impianto normativo si presenta - a onta del tentativo di semplificazione del legislatore della riforma - ancora piuttosto complesso; il che non aiuta operatori economici, amministrazioni e interpreti, nel valutare sempre con sufficiente chiarezza le condizioni di partecipazione nonché quelle connesse ad una eventuale esclusione. Sarebbe stato opportuno un ulteriore sforzo semplificativo sebbene, come si specificherà in chiusura, la semplificazione trova un limite intrinseco nella volontà/necessità di tenere assieme tutti gli interessi che emergono nelle procedure di gara.

Per quanto ci interessa in questa sede, si rintracciano comunque taluni elementi positivi connessi ad esempio alla irreggimentazione del potere discrezionale di esclusione in ordine all'illecito professionale grave, il quale è subordinato alla sussistenza cumulativa di più requisiti; l'elencazione (tassativa) delle tipologie di illecito e dei mezzi adeguati a supporto "facilitano" inoltre il compito della stazione appaltante (e specularmente del giudice nel sindacare il suo operato); anche l'aver evidenziato e ribadito espressamente un principio cardine dell'azione



amministrativa: l'obbligo di motivazione, responsabilizza le stazioni appaltanti nel rendere edotto l'operatore economico, nel modo più esaustivo e chiaro possibile, dell'*iter* logico, giuridico e fattuale alla base del meccanismo espulsivo.

Come detto nel corso dell'analisi, permangono i profili di criticità connessi sia all'intrinseca complessità del tema (a onta della disarticolazione del regime delle esclusioni in quattro distinte disposizioni) sia al problema del *deficit* informativo e al suo impatto sulla esclusione (questione che secondo la nostra prospettiva determinerà ancora del contenzioso); sarebbe stato preferibile abbandonare le diverse distinzioni tipologiche e semantiche in ordine ai *deficit* informativi e al loro impatto a geometria variabile, prendendo una posizione più netta circa le conseguenze: dando ad esempio valore espulsivo solo alla falsa dichiarazione e alla allegazione di falsa documentazione in tutte le sue forme e declinazioni, a prescindere dalla valutazione di rilevanza fatta dall'ANAC ex art. 96 comma 15, relegando tutte le restanti ipotesi a mere irregolarità della domanda in quanto non completa o non corretta, con speculare possibilità di soccorso istruttorio anche funzionale ad ottenere 'chiarimenti' in ordine alle informazioni date.

Come visto, troviamo invece una sovrapposizione di ipotesi: dichiarazioni "*omesse o non veritiere*" che possono essere utilizzate 'solo' a supporto della valutazione di gravità dell'illecito professionale; informazioni "*false o fuorvianti*" suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione (con valenza autonoma espulsiva); "*false dichiarazioni o falsa documentazione*" che possono transitare nella causa di esclusione automatica alla luce, però, della valutazione dell'ANAC che ne dispone l'iscrizione nel casellario informatico.

Infine, venendo al riferimento ai cd limiti "di sistema", a nostro modo di vedere la complessità del quadro normativo - a onta dei tentativi di semplificazione - rimarrà aspetto intrinseco del Codice nel momento in cui, senza alcun ordine di priorità, sono messi sullo stesso piano diversi e contrapposti interessi; è di tutta evidenza la difficoltà di tenere assieme tutte le componenti: la celerità delle procedure, la tutela della concorrenza e del *favor participationis*, la tutela delle piccole e medie imprese, la tutela delle stazioni appaltanti a stipulare il contratto con il migliore offerente, la tutela della trasparenza (nelle sue diverse declinazioni dell'obbligo di motivazione e della completezza informativa).

Fino a quando non si chiarirà a quale principio è necessario dare prevalenza, se non ci sarà, in sostanza un ordine di priorità dei principi da perseguire e applicare, nell'impianto normativo ci saranno sempre zone d'ombra, contraddizioni e complicazioni conseguenza non dell'incapacità del legislatore di fare chiarezza, bensì della necessità di far convivere aspetti non sempre coniugabili e dunque "semplificabili" dalla normativa.