

CAUSE DI ESCLUSIONE*

Nel ringraziare gli organizzatori per avermi invitato, mi proporrei di illustrare – tento conto del tempo assegnatomi- i tratti essenziali degli istituti che vengono in rilievo in modo da (cercare di) cogliere sia la ratio dell'intervento normativo che le principali "novità" che ne sono discese, tenendo presente che l'attualità dell'argomento si lega ad una patologia ultradecennale del contenzioso in materia di requisiti generali nei contratti pubblici-

Il tema, è stato assai dibattuto durante i lavori della Commissione appalti ai quali ho avuto il privilegio di partecipare, e trova ancora oggi vasta eco, in Dottrina ma anche sulla stampaⁱ. Spero venga perdonata, quindi, la peculiare impostazione dell'intervento che si concentrerà maggiormente sull'attualità, confinando in nota nel testo scritto alcune - pur indispensabili- considerazioni "genetiche" e di sistema.

Il tentativo -le cui probabilità di cui successo sono esigue- sarebbe quello di rassegnare una relazione "autosufficiente" (così mutuando un aggettivo che contraddistingue la bozza di codice consegnata dalla Commissione al Governo) che riesca al contempo, a concentrarsi sulle principali novità del "nuovo" codice dei contratti pubblici di cui al d.Lgs. 31 marzo 2023 n.36.

1. La missione "affidata" alla Commissione.ⁱⁱ

Il dato dal quale, ovviamente, è necessario muovere, si rinviene nella lettera n) del comma 2 della legge 21 giugno 2022 n.78 recante delega al Governo in materia di contratti pubblici che prevede quanto segue: "*n) 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;*".

Si deve a tale proposito, far mente locale su talune circostanze:

- a) la direttiva 24/2014 era già in vigore al momento in cui venne predisposto il codice del 2016ⁱⁱⁱ ;
- b) il Legislatore delegato del 2016 aveva trasposto all'art. 80 del ridetto d.Lgs. 50/2016 l'art. 57 della direttiva;
- c) tutti i commentatori erano d'accordo^{iv} nell'affermare che il procedimento di trasposizione aveva seguito un metodo già collaudato in occasione del precedente codice del 2006^v ed in virtù del quale era stata (nuovamente) dettata una disciplina improntata a maggiore severità rispetto al diritto comunitario sotto un duplice profilo: rendendo obbligatorie anche talune cause di esclusione corrispondenti a ipotesi che nelle direttive erano previste quali cause di esclusione discrezionale e inserendo ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle previste dal diritto comunitario.

Verrebbe pertanto fatto di chiedersi per quale ragione – a quadro europeo invariato- il Legislatore nazionale abbia sentito l'esigenza di intervenire sul punto.

La risposta, riposa in una evidenza statistica difficilmente contestabile: proprio con riferimento all'art. 80 del d.Lgs. n. 50/2016 (come del resto in passato con riferimento all'art.38 del d.Lgs 163/2006) si era sviluppato un imponente contenzioso, con ripetuti interventi della giurisprudenza nazionale^{vi} e della Corte di Giustizia Ue^{vii} che lasciavano preconizzare che si fosse andati ben al di là della "fisiologia" (comprensibile in riferimento a norme comunque centrali nello svolgimento delle procedure evidenziali) e che, senz'altro, occorresse uno sforzo chiarificatore maggiore a fronte di tale -patologica- mole di contenzioso.

Sembra, in proposito, esaustiva la lapidaria espressione del Presidente di Sezione del Consiglio di Stato Giampiero Paolo Cirillo resa in un suo intervento del 2011 (e quindi nella vigenza del codice del 2006)^{viii} cui è superfluo aggiungere qualsiasi commento.

Si ricorda infine, che l'art.1 della legge-delega era espressivo della necessità di adeguare la normativa “*al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali,*” e ciò appare sufficiente a chiarire le ragioni sottese all'intervento normativo.

1.1. La centralità del tema nella contrattualistica pubblica: la tutela degli interessi erariali.

Con il termine “requisiti generali” si vogliono indicare i requisiti di idoneità morale e professionale, necessari per partecipare alle gare di appalto (essi differiscono dagli specifici requisiti di qualificazione, che invece, riguardano la capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale; questi ultimi sono rapportati alle prestazioni oggetto del contratto e, naturalmente, variano in funzione del tipo e del valore della prestazione).

I requisiti generali, uguali per tutte le selezioni evidenziali, a prescindere dall'importo e dal tipo di prestazione, sono riferiti al soggetto che aspira ad aggiudicarsi la gara e si incentrano su parametri sia “moralì” che “professionali”.

Essi integrano quindi delle “precondizioni” o, se si vuol dirlo in termini più articolati, costituiscono i presidi tesi a garantire che il (possibile) aggiudicatario soddisfi i parametri di affidabilità morale e professionale e di solvibilità che, secondo *l'id quod plerumque accidit* fanno presumere che eseguirà “bene” la prestazione affidatagli.

Trovano quindi “tutela” nella specifica disciplina dei requisiti generali, plurime esigenze

La prima, si pone in continuità con la tradizione normativa nazionale: come è noto, la contrattualistica pubblica italiana è stata per lungo tempo disciplinata dalla legge di contabilità di Stato^{ix} e dal successivo regolamento, che disegnava un sistema puntuale principalmente incentrato sull'esigenza di difendere l'Amministrazione da frodi e di assicurarsi che il contraente fosse un soggetto “affidabile”: è un filo conduttore, questo, che non è mai venuto meno.

La seconda, muovendo da un punto di partenza innegabilmente diverso (o se si vuole, “evoluto”) discende dal diritto europeo e si accosta senza contraddizioni alla prima.

Pur in un contesto storico, economico e normativo in costante evoluzione e profondamente mutato, il diritto Ue^x (che ha costituito, insieme, causa scatenante della evoluzione e interprete della medesima) nel tutelare la concorrenza quale bene primario in sè e per sè considerato, culminando nella sentenza Stadt Graz^{xi} ed innestando nel sistema italiano^{xii} una “responsabilità senza colpa” per violazione di regole poste (non a presidio dell'Amministrazione, ma) a tutela del mercato, non ha mai trascurato^{xiii} che in un sistema economico nel quale le Amministrazioni rappresentano una porzione preponderante della committenza^{xiv}, ogni disattenzione verso la moralità degli attori rischierebbe di produrre una concorrenza deviata.

Ve ne è poi, una terza, che connota la specificità – quando non unicità- della situazione italiana, in quanto, purtroppo, afflitta da una diffusa presenza criminale organizzata.

Ci si riferisce al “sistema”^{xv} delle c.d. “interdittive antimafia” mediante il quale lo Stato, condivisibilmente, persegue un interesse che potrebbe definirsi aprioristico in seno al quale convergono considerazioni dettate da politiche di prevenzione ma anche, da considerazioni “etiche”: non si vuole in alcun modo, cioè, che operatori economici sospettati di essere esposti ad infiltrazioni criminali (che potrebbero, in teoria, del tutto prescindere dalla consapevole complicità dei titolari) possano concorrere ad aggiudicarsi lavori, servizi, forniture, banditi da soggetti pubblici, e “pagati” dai medesimi. E ciò prescinde del tutto da ogni considerazione sulla possibile “qualità” dell'opera, fornitura o servizio apprestato dall'impresa interdetta.^{xvi}

Alla luce di quanto si è detto, può affermarsi che l'argomento è sì interno alla contrattualistica pubblica, ma v'è un versante che riposa nella tutela delle ragioni erariali che non è mai venuto meno e che non appare affatto secondario.

2. Il “nuovo” regime dei requisiti generali: la moltiplicazione delle norme.

Si è già detto che i previgenti codici avevano, rispettivamente, disciplinato i requisiti generali in un singolo articolo.^{xvii}

Oggi, la disciplina si trova trasfusa in cinque, distinte, disposizioni.^{xviii}

L'ultima parte del considerando a) del comma 2 della legge-delega^{xix} annoverava, tra i principi e criteri direttivi, quello di assicurare la “riduzione e la razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici”.

Ovviamente, trattavasi di un obiettivo da valutare con riferimento all'intero codice che si andava ad elaborare, e quindi all'insieme delle disposizioni, e non a singole parti di esso.^{xx}

La congiunzione “e” imponeva di perseguirli entrambi.

Nell'elaborazione della disciplina dei requisiti generali, si è ritenuto che l'esigenza di “razionalizzazione” facesse premio su quella di “riduzione”, proprio nel convincimento che fosse necessario un supplemento di chiarezza, nella redazione di dette disposizioni, al fine di scongiurare il proliferare di un contenzioso eventualmente determinato dall' “oscurità” del testo.

Di qui, la quintuplicazione dell' articolato, rispetto al passato, come peraltro chiarito nella Relazione.^{xxi}

Per descrivere, sotto un profilo più generale, il contenuto dei cinque articoli che ad oggi disciplinano i requisiti generali verrà “utilizzata” con minime modifiche, la Relazione al codice:

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

II) il secondo di essi (art. 95) individua le cause di esclusione “non automatica” tra le quali rientra il c.d. “illecito professionale”, che, tuttavia, è stato disciplinato autonomamente nell'ultimo articolo del Capo II (art. 98), armonicamente con la espressa prescrizione della lett. n) della legge-delega;^{xxii}

III) nel terzo articolo (art. 96) è contenuta la disciplina procedimentale comune agli “eventi” che conducono alla esclusione dell'operatore economico; sono stati indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre alla esclusione in capo agli operatori economici ed è stato disciplinato il c.d. “self cleaning” (l'applicazione di detto istituto, armonicamente alla disciplina eurounitaria, è stata dilatata rispetto alla previsione vigente);

IV) il quarto articolo (art. 97) contiene la disciplina specifica che riguarda i raggruppamenti di imprese. Proprio per le incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sul tema, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. “sostituzione” od “estromissione” del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive; sotto il profilo sostanziale le disposizioni ivi contenute “corrispondono” e “superano” quanto in passato previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016;

V) il quinto ed ultimo articolo (art. 98) disciplina partitamente la fattispecie del c.d. illecito professionale, recependo, nella parte dedicata alla elencazione dei reati, l'indicazione già contenuta nelle Linee Guida ANAC n. 6 approvate dal Consiglio dell'Autorità con la delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con la deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017.

2.1. Un breve excursus sul progredire dei lavori della Commissione, sui cambi di prospettiva, e sulle conseguenze che ne sono discese.

Questo “sottoparagrafo” si giustifica anche per dare conto dell’andamento dei lavori del (parziale) cambio di prospettiva che ha avuto luogo durante i medesimi e della tecnica redazionale seguita.

Inizialmente, infatti, era emersa la possibilità di alleggerire viepiù l’articolato (sino a quel momento non si era prospettata l’ipotesi di una moltiplicazione delle disposizioni) allocando in un apposito allegato sia l’elencazione dei reati comportanti esclusione obbligatoria, di cui al comma I dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (oggi: art. 94 comma I) che l’elencazione delle figure soggettive destinatarie delle cause di esclusione obbligatoria di cui già al comma 3 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (oggi: art. 94 comma III).

Tale opzione –che avrebbe comportato uno “snellimento” della (fino a quel momento, si ripete, immaginata come “unica” norma) dell’articolato- aveva destato perplessità e dubbi: anche per consentire una rapidità di consultazione e la lettura unitaria dell’articolato, si è preferito conservare immutato il comma 1 dell’art. 94 (corrispondente al comma 1 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016) e di mantenere in seno all’articolo 94 il comma III relativo alle figure soggettive (corrispondente al comma III dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016).

Di converso, allorchè è stata presa la determinazione – a fini di chiarezza ed autoconclusività della normativa - di compendiare la disciplina in cinque distinti articoli distinguendo analiticamente le cause di esclusione “automatica” dal quelle “non automatiche”, ci si è resi conto che vi sarebbe stata la possibilità che il testo presentasse “ripetizioni” ovvero duplicazioni.

Esemplificativamente: allorchè sono state allocate in due distinte disposizioni (artt. 94 e 95) le cause di esclusione “automatiche” e quelle “non automatiche”^{xxiii}, per talune di esse, che rivestivano natura ambivalente (esempio plastico: la causa di esclusione per mancato pagamento di tasse e contributi) si presentava tale evenienza;^{xxiv} analoghe considerazioni possono farsi, quanto ai riferimenti relativi ai “reati escludenti” contenuti sia all’art. 94 che all’art. 98, dedicato all’illecito professionale, ovvero alla individuazione del momento iniziale di decorrenza della causa di esclusione (è sufficiente in proposito raffrontare l’art. 96 con l’articolo 98).

Anche in questo caso, si è ritenuto di dare prevalenza alle esigenze di autoconclusività e chiarezza, evitando continui remand all’interno dell’articolato, indulgendo a qualche ripetizione.

Analoghe considerazioni sono state sottese alla “scelta” di prevedere una disposizione apposita (l’art. 97) riferita ai raggruppamenti (tematica, quest’ultima, dove maggiori erano state, in passato, le incertezze degli operatori chiamati a dare applicazione al d.Lgs, 50/2016, come testimoniato dall’imponente produzione giurisprudenziale, peraltro, quest’ultima, a propria volta non sempre lineare, è bene riconoscerlo).

3. Le principali novità sostanziali.

Una disamina quale quella che costituisce il titolo del presente paragrafo, esprime un giudizio di valore e si presta a margini di soggettività (e quindi di arbitrarietà) elevati.

Sembra quindi utile, anche sotto tal profilo, riportarsi alle considerazioni contenute nella Relazione, seppure integrate da ulteriori precisazioni:

- I) in proposito va menzionato, anzitutto, l’avvenuto ampliamento della disciplina del c.d. “*self cleaning*” (art. 96, commi 2-6) e allargamento dello spettro temporale di rilevanza dell’ammissione al controllo giudiziario *ex art. 34-bis* del decreto legislativo n. 159 del 2011, quanto alle c.d. “interdittive antimafia” (art. 94, comma 2); a tale ampliamento, ha fatto da “contrappeso” la espressa previsione nel medesimo art. 94, comma 2, che “*in nessun caso*

l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato” e l’analoga previsione generale di cui all’art. 96, comma 5;

Ia) va rammentato, sul punto, che né l’art. 57 comma VI della Direttiva 24/2014 (il cui testo è riportato integralmente nella nota XIII) né l’art. 56 della medesima^{xxv} stabilivano un termine “finale” per l’adozione delle misure di self cleaning.

Una giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato, aveva però ritenuto che *“il momento ne ultra quem per l’adozione delle misure di cd. self cleaning e per la loro allegazione alla stazione appaltante fosse ancorato al termine di presentazione delle offerte, dato che la previsione di una tardiva facoltà di implementazione o allegazione sarebbe stato in contrasto con il principio della par condicio dei concorrenti.”*^{xxvi}

Ib) in assenza di alcun vincolo eurounitario in tale senso, armonicamente al canone (*“al nemico che fugge ponti d’oro”*) assai noto alla Dottrina penalistica^{xxvii} ed anche in ossequio al principio del risultato di cui all’art.1 del codice, è sembrato opportuno estendere temporalmente tale possibilità, a condizione che non dilati la tempistica di gara;

II) dall’ambito delle figure soggettive destinatarie delle cause di esclusione obbligatoria di cui al previgente

comma 3 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (oggi: art. 94 comma III) sono stati espunti i riferimenti ai “soggetti

cessati” dalla carica nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara;

IIa) questo riferimento, ai “soggetti cessati” non era presente nella Direttiva; obbligava le imprese ad incumbenti imponenti; aveva scatenato una

forma di “caccia all’errore” o alla dimenticanza da parte delle imprese controinteressate, (“caccia all’errore in nulla arginata dal principio della tassatività delle cause di esclusione dalle gare che ovviamente, non poteva trovare applicazione a fronte di una espressa previsione collidente); da ciò era scaturito un rilevante contenzioso;

IIb) del pari è stato espunto il riferimento del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro; è stato inserito un espresso riferimento agli amministratori di fatto con ciò codificandosi un saldo approdo della giurisprudenza); con previsione innovativa rispetto all’art. 80, c. 3, del d. lgs. n. 50 del 2016, nell’elenco è espressamente nominato lo stesso operatore economico, nei casi previsti dal d. lgs. n. 231 del 2001 (testo, quest’ultimo che, come è noto, disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato);

IIc) si è ritenuto peraltro, che il riferimento agli amministratori di fatto valga a scongiurare ogni preoccupazione con riferimento alla soppressione del richiamo ai soggetti “cessati”: se chi è cessato dalla carica lo è veramente, è estraneo alla compagine e non si vede la ragion di imporre oneri dichiarativi alle imprese; se è cessato solo sulla carta, è ricompreso nella nozione di amministratore di fatto;

III) ancora, nell’auspicio di avere così definitivamente risolto i numerosi dubbi manifestati anche in giurisprudenza, è stato chiarito al comma 14 dell’art. 96^{xxviii} che, fermo restando l’onere dell’operatore economico di comunicare alla stazione appaltante o all’ente concedente la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione, l’omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima non costituisce di per sé causa di esclusione, ma può rilevare per la valutazione di inaffidabilità sottesa all’illecito professionale;

IV) un capitolo a parte, meriterebbe la disposizione di cui all’art. 98, laddove è stato codificato l’illecito professionale (la legge-delega era stata, come chiarito in precedenza, assai esplicita in proposito). In via di sintesi, può dirsi (anche in questo caso ricorrendo alla Relazione) che il coordinamento di quest’ultimo con la disciplina generale sui motivi di esclusione (artt. 94, 95 e 96) è stato strutturato rimettendo alla disposizione generale in materia di cause di esclusione di cui all’art.

96 sia la disciplina “cornice” in punto di individuazione del momento iniziale di decorrenza del triennio per ciascuna causa non automatica di esclusione che la previsione di un onere di comunicazione e produzione da parte dell’operatore economico dei provvedimenti giudiziari, con riguardo alle fattispecie di causa “non automatica” di esclusione che trovi fonte in un provvedimento di una Autorità di settore, ovvero dei provvedimenti giudiziari per quelle integranti reato, e disciplina delle conseguenze dell’inottemperanza a tale onere in punto di decorrenza del periodo triennale di possibile esclusione.

E’ stata invece rimessa all’art. 98 sull’illecito professionale la individuazione dell’autorità competente a disporre l’esclusione facoltativa (sul punto la disposizione pubblicata in gazzetta ufficiale si è discostata dalle indicazioni contenute nella bozza trasmessa dalla Commissione) nonché la enumerazione e descrizione delle fattispecie rilevanti e dei mezzi di prova delle medesime.

Ivi, peraltro, quanto alle fattispecie penalmente rilevanti, è stata perimetrata la portata dell’obbligo motivazionale in relazione alla diversa valenza dimostrativa delle “fonti” utilizzate dalla stazione appaltante ove si risolve ad avvalersi di tale causa facoltativa di esclusione.

3.1. Un convincimento personale.

L’elencazione potrebbe continuare: se è lecito esprimere una opinione personale, un elemento innovativo che -si auspica- potrà fornire maggiori certezze agli interpreti (e pertanto ridurre il contenzioso) riposa nella specifica elencazione all’art. 96 dei momenti iniziali e finali dei periodi di esclusione, e del rigido ancoraggio dei medesimi, quanto alle cause escludenti riferibili a fatti di reato ai “momenti” rilevanti sotto il profilo processuale, in aderenza al disposto di cui all’art. 129 disp att cpp.^{xxix}

Con il che, si auspica, si sia fatto buongoverno di elementari canoni di civiltà giuridica (e si sia dettata una disciplina armonica al diritto europeo, laddove prescrive che pertenzia alla stazione appaltante valutare la sussistenza di un illecito professionale) in quanto, in carenza dei provvedimenti giudiziari specificamente menzionati sub art. 96 (e “doppiati” sub art. 98) nessun fatto (ad es articoli giornalistici, trasmissioni televisive, ecc.) e neppure la semplice eventuale iscrizione dell’operatore economico nel registro degli indagati è suscettibile di valutazione “escludente”.

Tali eventi quindi, possono al più rilevare quale veicolo di conoscenza pubblica di un “provvedimento” reso dal pubblico ministero o dal Giudice, che, in quanto esistente, ed in quanto comportante una totale o parziale “discovery” delle fonti d’accusa, dovrà e potrà costituire (unitamente agli atti ad esso sottesi, ove ostesi dall’Autorità giudiziaria precedente) l’unico elemento valutabile dall’ Amministrazione.^{xxx}

4. Previsioni future e possibili profili di incertezza.

All’indomani della entrata in vigore della disciplina che si è finora sommariamente descritta, e mentre non constano ancora precedenti giurisprudenziali, è possibile preconizzare qualche profilo di possibile criticità.

Due, in particolare, sembrano profilarsi con maggiore nettezza.

Il primo, (a sommessimo avviso di chi parla superabile, seppur attraverso una interpretazione giurisprudenziale “ortopedica”) riguarda le conseguenze della sentenza ex art. 444 cpp (il c.d. “patteggiamento”).

Dal comma 1 dell’art. 94 è stato espunto il riferimento contenuto nella bozza trasmessa dalla Commissione “*alla sentenza di applicazione della*

pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale”; tale espunzione, parimenti, ha riguardato l’art. 98 comma 6 lett h), mentre all’art. 1’art. 98 comma 6 lett. g) si fa riferimento “alla sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale”.

Ciò sembra conseguenza della c.d Riforma Cartabia^{xxx} che ha novellato l’art. 445 cpp comma I bis (“Salvo quanto previsto dall'articolo 653, la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia nei giudizi civili o amministrativi. Salve diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna.”).

Senonchè, l’art. 445 cpp comma 1-ter (“ *Con la sentenza di applicazione della pena di cui all'articolo 444, comma 2, del presente codice per taluno dei delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis del codice penale, il giudice può applicare le pene accessorie previste dall'articolo 317-bis del codice penale*”);^{xxxii} dispone la possibile applicazione di pene accessorie.

E l’applicazione di pena accessoria per taluno dei reati summenzionati ai sensi della lett. h dell’art. 94 (“*h- ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione*”) continua a costituire causa di esclusione.

Forzando il dato letterale, dovrebbe giungersi ad una interpretazione che renda compatibili dette previsioni, nel senso che l’art. 444 cpp accompagnato da pena accessoria rilevi a fini escludenti, inverandosi altrimenti una incomprensibile aporia.

Il secondo profilo coinvolge il diritto europeo.

Il testo definitivo del codice ha espunto dalla bozza il riferimento contenuto nella lett. i) dell’art. 98 comma III (“*commissione, da parte dell’operatore economico, di condotte diverse da quelle di cui alle precedenti lettere, la cui gravità incida in modo evidente sull’affidabilità ed integrità del medesimo in misura tale da compromettere l’interesse pubblico.*”) in evidente ossequio all’aspirazione della tassatività dell’illecito professionale.^{xxxiii}

Ciò potrebbe forse, porre qualche problema di compatibilità con il diritto europeo, almeno nei termini in cui lo stesso è stato sinora interpretato sinora dalla giurisprudenza amministrativa.^{xxxiv}

4.1. Una ulteriore considerazione personale generale.

Quest’ultima considerazione si lega al paragrafo 1.1. e ne costituisce, in qualche modo, sviluppo, sebbene travalichi in parte dall’argomento specifico della relazione, riconnettendosi piuttosto alla ratio della disciplina (“*tutela delle ragioni erariali*”); l’esposizione verrà pertanto contenuta all’essenziale.

Il d.lgs. 36 del 2023 ha “messo a regime” le soglie individuate dalla legge n. 55 del 14 giugno 2019 (conversione in legge del c.d. “sbloccacantieri”) e, poi, dalla legislazione emergenziale dovuta alla pandemia, quanto alla latitudine applicativa degli affidamenti diretti (art. 50 comma I).^{xxxv}

Principio della fiducia nell’operato delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, e principio del risultato (non soltanto gare veloci, ma soprattutto contratti bene e tempestivamente eseguiti) sono stati posti a supporto di tale opzione^{xxxvi}; i contratti attribuiti mediante affidamenti diretti a “*soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all’esecuzione delle prestazioni*” costituiranno una porzione assai rilevante, quando non preponderante dei contratti pubblici.^{xxxvii}

Ora, è noto che la legislazione penale di contrasto nel settore dei contratti pubblici si struttura in cinque disposizioni specifiche (artt. 353- 356 cp) e in figure generali che puniscono il mercimonio della funzione pubblica (corruzione, concussione ,traffico d’influenze etc) e il doloso sviamento rilevante della discrezionalità amministrativa (abuso d’ufficio); per consolidato orientamento della Cassazione penale^{xxxviii} le disposizioni “specifiche” in punto di tutela degli incanti, trovano applicazione soltanto laddove una “gara” vi sia; e siccome “*non è ravvisabile una gara in assenza della predeterminazione di precisi criteri di selezione, quando la scelta del contraente è sostanzialmente rimessa alla valutazione fiduciaria della pubblica*

amministrazione” nel caso dei c.d. “affidamenti diretti” dette norme sono inapplicabili. Salve le ipotesi di mercimonio, eventuali condotte illecite investenti gli affidamenti diretti sembrerebbero unicamente perseguibili ai sensi dell’art. 323 cp (abuso d’ufficio)^{xxxix}.

Come è noto, pendono in Parlamento numerose proposte di legge finalizzate ad abrogare detta disposizione, ovvero a depenalizzarla, sostituendola con un illecito amministrativo^{xl}. Più che mai oggi, nel contesto PNRR - la cui eccezionalità è stata tanto autorevolmente sottolineata da rendere superfluo soffermarvisi - l’eliminazione dal mondo giuridico dell’abuso d’ufficio, pur nella versione “minimale” del luglio 2020 (ove, ovviamente, non “sostituita” da altra, magari più specifica, figura) dovrà essere attentamente ponderata apparendo utile approfonditamente interrogarsi sulla opportunità di attrarre all’area dell’irrelevanza penale manifestazioni intenzionalmente deviate della discrezionalità valutativa in materia di affidamenti diretti dei contratti pubblici ove pur non trasmodino in condotte corruttive.^{xli}

5. Conclusioni.

La disciplina del codice è – come del resto ogni prodotto dell’azione umana – certamente perfettibile. E potrà essere integrata e migliorata –auspicabilmente dopo un congruo periodo di sperimentazione “sul campo”.

L’auspicio è che il nuovo codice semplifichi l’attività degli attori del mercato.

Nella convinzione di interpretare il sentire di tutti i componenti della Commissione dedichiamo ed intestiamo questo lavoro al Presidente Franco Frattini, che se ne è andato troppo presto.

Fabio Taormina

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

*Relazione svolta al convegno

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI - D.Lgs. 36/2023

Venerdì 6 ottobre 2023 - Teatro Lirico Giorgio Gaber - Milano

ⁱ Il Domani, 17 giugno 2023 “ Appalti ai parenti e amanti assunti. Il governo legalizza l’abuso di potere”;

ⁱⁱ La Commissione è stata nominata dal Presidente Franco Frattini, essendosi inverteva l’ipotesi di cui all’art. 4 della legge-delega 21 giugno 2022 n.78 “Ove il Governo, nell’attuazione della delega di cui al presente articolo, intenda esercitare la facoltà di cui all’articolo 14, numero 2°, del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 il Consiglio di Stato si avvale, al fine della stesura dell’articolato normativo, di magistrati di tribunale amministrativo regionale, di esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell’Avvocatura generale dello Stato, i quali prestano la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese. Sugli schemi redatti dal Consiglio di Stato non è acquisito il parere dello stesso.”; l’art. 1 della predetta legge così dispone: “ (Delega al Governo in materia di contratti pubblici) 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e

sovrarazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate.”

ⁱⁱⁱ Trattasi del d.Lgs. 18.4. 2016 n. 50;

^{iv} Tra i tanti, si veda: M.A. Sandulli e R. De Nictolis Trattato sui contratti pubblici, Giuffrè, Milano 2019.;

^v Ci si riferisce al d.Lgs. 12.4.2006 n.163;

^{vi} In particolare l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato era dovuta intervenire a più riprese esercitando la propria funzione nomofilattica e dirimendo conflitti interpretativi tra le Sezioni del Consiglio di Stato:

Consiglio di Stato ad. plen., 25/01/2022, n.2

“La modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lg. 18 aprile 2016 n. 50 (codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18 e 19 ter, medesimo codice”;

Consiglio di Stato ad. plen., 27/05/2021, n.9

“La presentazione di una domanda di concordato preventivo in bianco, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., non costituisce una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, essendo rimessa al giudice fallimentare la valutazione circa la compatibilità tra la procedura concorsuale finalizzata alla continuità aziendale e la procedura ad evidenza pubblica.”;

Consiglio di Stato ad. plen., 28/08/2020, n.16

“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 lett. c) [ora c-bis)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al d.lg. 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 lett. 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 lett. c) [ora c-bis)] della medesima disposizione.”;

^{vii} Corte giustizia UE sez. IV, 26/01/2023, n.682

“L'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro che preveda, nell'ambito della fissazione di condizioni di applicazione del motivo di esclusione facoltativo previsto all'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24, che i membri di un raggruppamento di operatori economici aggiudicatario di un appalto pubblico siano, in caso di risoluzione di tale appalto per inosservanza di un requisito sostanziale, inseriti in un elenco di fornitori inaffidabili e, quindi, temporaneamente esclusi, in linea di principio, dalla partecipazione a nuove procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, deve garantire il diritto di tali operatori di proporre un ricorso effettivo avverso il loro inserimento in tale elenco.”;

Corte giustizia UE sez. IV, 15/09/2022, n.416

“Il rispetto del principio di proporzionalità richiede che l'ente aggiudicatore sia tenuto a esaminare e valutare i fatti, al fine di accertare se il rapporto sussistente tra due entità abbia esercitato un'influenza concreta sul rispettivo contenuto delle offerte depositate nell'ambito di una medesima procedura di aggiudicazione pubblica, e la constatazione di una simile influenza, in qualunque forma, è sufficiente affinché le suddette imprese possano essere escluse dalla procedura. Infatti, la constatazione che i collegamenti fra gli offerenti hanno esplicitato un'influenza sul contenuto delle loro offerte presentate nell'ambito di una medesima procedura di gara è sufficiente perché le suddette offerte non possano essere prese in considerazione dall'ente aggiudicatore, giacché le medesime devono essere presentate in completa autonomia ed indipendenza quando provengono da offerenti collegati.”;

Corte giustizia UE grande sezione, 07/09/2021, n.927

“l'articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafi 4 e 6, di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale, qualora un operatore economico, membro di un raggruppamento di operatori economici, si sia reso colpevole di false dichiarazioni fornendo le informazioni richieste per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione del raggruppamento o della soddisfazione da parte di quest'ultimo dei criteri di selezione, senza che i suoi partner abbiano avuto conoscenza di tale falsa dichiarazione, è possibile pronunciare un provvedimento di esclusione da qualsiasi procedura di aggiudicazione di appalti pubblici nei confronti di tutti i membri di tale raggruppamento.”;

Corte giustizia UE sez. IX, 03/06/2021, n.210

“l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con il suo art. 57, par. 4, lett. h), e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'Amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente, di sostituire detto soggetto .”;

Corte giustizia UE sez. II, 30/01/2020, n.395

“l'art. 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24 non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'Amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata . Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'art. 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione.”;

Corte giustizia UE sez. IV, 19/06/2019, n.41

“l'art. 57, par. 4, lett. c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'Amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'Amministrazione

aggiudicatrice, che indice una nuova gara d'appalto, di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce.”;

Corte giustizia UE sez. IV, 24/10/2018, n.124

“ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24/UE, qualora un operatore economico abbia tenuto un comportamento che integra il motivo di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), di tale direttiva e che è stato sanzionato da un'autorità competente, il periodo massimo di esclusione è calcolato a decorrere dalla data della decisione di tale autorità. In tal senso depone il fatto che per i motivi di esclusione obbligatori l'art. 57, par. 7, stabilisce che, quando il periodo di esclusione non sia stato fissato con sentenza definitiva, esso deve essere calcolato dalla data della condanna con sentenza definitiva. Ragioni di prevedibilità e di certezza del diritto inducono a ritenere che anche il periodo di esclusione determinato dalla decisione di un'autorità amministrativa sia calcolato a decorrere dalla data della decisione e non dalla data della commissione del fatto.”;

^{viii} Al convegno “*Appalto Pubblico: chance di sviluppo efficiente*”, tenuto a Ravello il 14 e 15 ottobre 2011, era stato affidata al Presidente Cirillo la relazione avente il seguente titolo: “Requisiti generali di qualificazione: garanzie per l'amministrazione o occasione di contenzioso”; l'incipit dell'intervento, pubblicato su www.giustizia-amministrativa.it, era stato il seguente: “*Anzitutto, debbo complimentarmi con chi ha scelto il titolo del mio intervento. Infatti, mentre da un lato consentirebbe a me di chiudere immediatamente la cosa dicendo che la mia esperienza di magistrato mi porta a concludere che i requisiti di qualificazione hanno costituito più occasione di contenzioso che strumento di garanzia per l'amministrazione; dall'altro, è stato icasticamente centrato il problema di fondo della materia della qualificazione, che ha sempre oscillato tra l'ansia di costruire requisiti che effettivamente dessero garanzie all'amministrazione e le comprensibili esigenze delle imprese escluse di tentare in ogni modo di far cadere l'intero procedimento di gara, proponendo in sede giurisdizionale letture formalistiche, non sempre respinte dal giudice amministrativo.*”

^{ix} Regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 recante “nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato”) e Regio decreto 23 maggio 1924 n. 827 recante “regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato; risalendo indietro nel tempo, la scarna disciplina di riferimento si rinveniva nelle regie Patenti del 29.5.1817 e nella l. 23.3.1853 del Regno di Sardegna.

^x Diritto Ue che ha spesso finito per precorrere (rectius: determinare) svolte epocali del diritto interno italiano: si pensi, per tutte, all' art. 2, par. 1, lett. c) della Direttiva n. 89/665/CEE, al successivo art. 13 legge 19 febbraio 1992, n. 142 ed alle sentenze successive sentenze “gemelle” 500 e 501 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione responsabilità per lesione degli interessi legittimi pretensivi;

^{xi} Corte giustizia UE sez. III, 30/09/2010, n.314: “*In base alla disciplina nazionale in questione, l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice in materia di appalti potrebbe essere privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante; in questo modo, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 non costituisce un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva, in quanto la possibilità di riconoscere il danno risulta subordinato alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice.”;*

^{xii} Sistema che trova (va?) nell'art. 2043 cc la sua grundnorm: Sez Un. nn. 500 e 501 del 1999;

^{xiii} Fino all'attualità: si veda proprio l' art. 57 (recante Motivi di esclusione)della Direttiva del 26.2.2014 n. 24

“1. Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora abbiano stabilito attraverso una verifica ai sensi degli articoli 59, 60 e 61 o siano a conoscenza in altro modo del fatto che tale operatore economico è stato condannato con sentenza definitiva per uno dei seguenti motivi:

a) partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'[articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI](#) del Consiglio;

b) corruzione, quale definita all'articolo 3 della convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea e all'articolo 2, paragrafo 1 della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio; nonché corruzione come definita nel diritto nazionale dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'operatore economico;

c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;

d) reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche, quali definiti rispettivamente all'articolo 1 e all'[articolo 3 della decisione quadro 2002/475/GAI](#) del Consiglio ovvero istigazione, concorso, tentativo di commettere un reato quali definiti all'articolo 4 di detta decisione quadro;

e) riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'[articolo 1 della direttiva 2005/60/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio;

f) lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite all'[articolo 2 della direttiva 2011/36/UE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio.

L'obbligo di escludere un operatore economico si applica anche nel caso in cui la persona condannata definitivamente è un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale operatore economico o è una persona ivi avente poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo.

2. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice.

Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere o possono essere obbligate dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione a una procedura d'appalto un operatore economico se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali.

Il presente paragrafo non è più applicabile quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe.

3. Gli Stati membri possono prevedere, in via eccezionale, una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui ai paragrafi 1 e 2 per esigenze imperative connesse a un interesse generale quali la salute pubblica e la tutela dell'ambiente.

Gli Stati membri possono inoltre prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al paragrafo 2 nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali o qualora l'operatore economico sia stato informato dell'importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito, come previsto al paragrafo 2, terzo comma, prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell'offerta.

4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:

a) ove l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2;

b) se l'operatore economico è in stato di fallimento o è oggetto di una procedura di insolvenza o di liquidazione, se è in stato di amministrazione controllata, se ha stipulato un concordato preventivo con i creditori, se ha cessato le sue attività o si trova in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile ai sensi di leggi e regolamenti nazionali;

c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;

d) se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza;

e) se un conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 24 non può essere risolto efficacemente con altre misure meno intrusive;

f) se una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 41 non può essere risolta con altre misure meno intrusive;

g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili;

h) se l'operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'articolo 59; o

i) se l'operatore economico ha tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice, ha tentato di ottenere informazioni confidenziali che possono conferirgli vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, oppure ha fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione.

Fermo restando il primo comma, lettera b), gli Stati membri possono esigere o prevedere la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice non escluda un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui a tale lettera, qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia stabilito che l'operatore economico in questione sarà in grado di eseguire il contratto, tenendo conto delle norme e misure nazionali applicabili in relazione alla prosecuzione delle attività nelle situazioni di cui alla lettera b).

5. Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 2.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere oppure gli Stati membri possono esigere che le amministrazioni aggiudicatrici escludano un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al paragrafo 4.

6. Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto.

A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l'operatore economico riceve una motivazione di tale decisione.

Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di aggiudicazione delle concessioni non è autorizzato ad avvalersi della possibilità prevista a norma del presente paragrafo nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza è effettiva.

7. In forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo. In particolare essi determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. 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”.

^{xiv} Fermandosi al 13 aprile 2011 -data in cui la Commissione europea aveva presentato l'Atto per il mercato unico (COM(2011)206) con il quale prospettava dodici azioni prioritarie per rilanciare il mercato unico europeo al fine di sfruttarne pienamente le potenzialità e consentire ai cittadini e alle imprese di beneficiare delle opportunità che esso offre in termini di crescita e sviluppo individuando una delle dodici “leve” proprio negli appalti pubblici- era dato ricavare quanto segue: *“Gli enti pubblici spendono circa il 18% del PIL dell'UE in beni, servizi e lavori. Si tratta di una spesa pubblica essenziale per la ricrescita economica. La legislazione europea e le legislazioni nazionali hanno già aperto gli appalti pubblici ad una concorrenza leale la cui conseguenza è l'offerta ai cittadini di una qualità migliore ad un prezzo più basso. La Commissione propone di modernizzare questo quadro legislativo per arrivare ad una politica equilibrata, che promuova e sostenga una domanda di beni e servizi rispettosi dell'ambiente, socialmente responsabili e innovativi, per offrire procedure più semplici e flessibili alle amministrazioni aggiudicatrici e agevolare l'accesso alle PMI.”*

^{xv} d.Lgs. 6.9.2011 n. 159;

^{xvi} Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, nella sua più autorevole composizione, ha interpretato in senso ampio la *ratio* del sistema suddetto:

Ad. Plen. 5.6.2012, n.19: “Il Commissario di Governo emergenza brucellosi può legittimamente subordinare la erogazione dell'indennizzo per l'abbattimento di capi bufalini alla assenza di informazioni sfavorevoli contenute nella informativa prefettizia antimafia.”;

Ad. Plen. 6.4. 2018, n.3: “Il provvedimento di “interdittiva antimafia” determina una forma di incapacità ex lege, parziale e temporanea, che preclude al soggetto, sia esso persona fisica o giuridica, di avere rapporti di cui all'art. 67 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 con la Pubblica Amministrazione.

Inoltre il divieto di ottenere, da parte del soggetto colpito dall'interdittiva antimafia, «contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali», di cui all'art. 67, comma 1, lett. g), d.lgs. cit., ricomprende anche l'impossibilità di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno riconosciuto da giudicato formatosi dopo l'informativa.”

^{xvii} art. 80 del d.Lgs. n. 50/2016; art.38 del d.Lgs 163/2006;

^{xviii} Trattasi degli artt. 94-98 del del d.Lgs. 36/2023; La Relazione ne descrive il contenuto nei seguenti termini:

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

II) il secondo di essi (art. 95) individua le cause di esclusione “non automatica” tra le quali rientra il c.d. “illecito professionale”, che, tuttavia, è stato disciplinato autonomamente nell'ultimo articolo del Capo II (art. 98), armonicamente con la espressa prescrizione della lett. n) della legge-delega;

III) nel terzo articolo (art. 96) è contenuta la disciplina procedimentale comune agli “eventi” che conducono alla esclusione dell'operatore economico; sono stati indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre alla esclusione in capo agli operatori economici ed è disciplinato il c.d. “selfcleaning” (l'applicazione di detto istituto, armonicamente alla disciplina eurounitaria, è stata dilatata rispetto alla previsione vigente);

IV) il quarto articolo (art. 97) contiene la disciplina specifica che riguarda i raggruppamenti di imprese. Proprio per le incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sul tema, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. “sostituzione” od “estromissione” del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive. Sotto il profilo sostanziale - come meglio sarà chiarito in sede di relazione specifica su detto articolo, le disposizioni ivi contenute “corrispondono” e “superano” quanto previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016;

V) il quinto ed ultimo articolo (art. 98) disciplina partitamente la fattispecie del c.d. illecito professionale, recependo, nella parte dedicata alla elencazione dei reati, l'indicazione già contenuta nelle Linee Guida ANAC n. 6 approvate dal Consiglio dell'Autorità con la delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con la deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017.”

^{xix} 2. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ferma rimanendo l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza, al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori dei mercati dei lavori, dei servizi e delle forniture, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese, tenendo conto delle specificità dei contratti nei settori speciali e nel settore dei beni culturali, anche con riferimento alla fase esecutiva, nonché di assicurare la riduzione e la razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici, con ridefinizione del regime della disciplina secondaria, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, ove necessario;

^{xx} Obiettivo quantitativo questo, senz'altro raggiunto, solo che si ragguagli il numero delle parole contenuto nel d.Lgs. 36/2023 rispetto a quello n. 50/2016;

^{xxi} Così la Relazione: “Queste le più rilevanti novità dell'articolato complessivo che si ritiene opportuno segnalare in via preliminare. Sotto il profilo formale e di collocazione:

a) la formulazione di cinque distinti articoli (in luogo del vigente art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016); detta opzione si è resa opportuna a fini di semplificazione e chiarificazione, per consentire agli operatori economici ed alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di meglio orientarsi;

b) invero, la disposizione di cui all'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016 è stata quella sulla quale si è concentrata la maggior parte del contenzioso in materia di contratti pubblici: essa, sebbene mutasse in larga parte il testo dell'art. 57 della direttiva n. 24/2014, neppure distingueva al proprio interno le cause di

132 esclusione c.d. “obbligatorie” (cioè quelle che trovavano applicazione in via diretta, senza che alla stazione appaltante restasse alcun margine di apprezzamento valutativo sulla sussistenza dei presupposti) rispetto a quelle c.d. “facoltative”;

c) la pressante esigenza di un riordino e della introduzione di una disciplina chiarificatrice ha determinato la necessità di suddividere l'originaria disposizione in cinque distinti articoli integralmente nuovi, le cui rispettive rubriche sono, del pari, innovative, a partire dalla terminologia utilizzata.”

^{xxii} La mutata terminologia, e l'abbandono del binomio “obbligatorie e discrezionali” si deve alla constatazione che ciò aveva creato incertezza nelle stazioni appaltanti, che talvolta avevano trascurato la circostanza per cui, una volta recepite dal Legislatore, tutte le cause di esclusione dovevano essere obbligatoriamente applicate e che l'unica differenza riposava nell'assenza – o meno- di margine di apprezzamento discrezionale della stazione appaltante sui fatti alle stesse sottese;

^{xxiii} I previgenti codici- come esposto nella Relazione- non qualificavano sotto tale profilo le cause di esclusione, limitandosi ad enumerarle in seno ad un'unica disposizione;

^{xxiv} Si confronti in proposito l'art. 94 comma VI ("6. È inoltre escluso l'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione

italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni definitivamente accertate quelle indicate nell'allegato II.10. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.") e l'art. 95 comma V ("La stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga, che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli

obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell'allegato II.10. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, oppure nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della pubblica amministrazione.");

^{xxv} Articolo 56 (recante Principi generali):

1. Gli appalti sono aggiudicati sulla base di criteri stabiliti conformemente agli articoli da 67 a 69, purché l'amministrazione aggiudicatrice abbia verificato conformemente agli articoli da 59 a 61 che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'offerta è conforme ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse nonché nei documenti di gara, tenuto conto, se del caso, dell'articolo 45;

b) l'offerta proviene da un offerente che non è escluso conformemente all'articolo 57 e che soddisfa i criteri di selezione fissati dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 58 e, se del caso, le norme e i criteri non discriminatori di cui all'articolo 65.

L'amministrazione aggiudicatrice può decidere di non aggiudicare un appalto all'offerente che presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa, se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2.

2. Nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice.

Gli Stati membri possono escludere o limitare l'uso della procedura di cui al primo comma per determinati tipi di appalti o a circostanze specifiche.

3. Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza.

4. Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 87 per modificare l'elenco di cui all'allegato X, quando ciò si dimostra necessario per aggiungere nuovi accordi internazionali ratificati da tutti gli Stati membri o quando gli accordi internazionali vigenti cui si fa riferimento non sono più ratificati da tutti gli Stati membri o sono altrimenti modificati, ad esempio a livello di ambito di applicazione, di contenuto o di denominazione.";

^{xxvi} Ex aliis Consiglio di Stato sez. V, 24/01/2019, n.598:

"In aderenza all'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, l'art. 80 d.lg. n. 50/2016 disciplina, in parziale difformità rispetto al previgente art. 38 d.lg. n. 163/2006, l'incidenza dei precedenti penali riportati dall'operatore economico che partecipa alle pubbliche gare, stabilendo tra l'altro (al comma 7) che nelle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva inferiore a diciotto mesi, ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, il concorrente sarà ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito ovvero di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. In tal modo si consente all'impresa concorrente di dimostrare, ricorrendone le condizioni, la sua affidabilità a dispetto dell'esistenza di un motivo di esclusione. Il momento ne ultra quem per l'adozione delle misure di cd. self cleaning e per la loro allegazione alla

stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte, dato che la previsione di una tardiva facoltà di implementazione o allegazione sarebbe in contrasto con il principio della par condicio dei concorrenti.”; le Linee Guida ANAC n. 6, capo

6.2., erano allineate alla posizione espressa dalla giurisprudenza: “L’adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il

termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA. Nel DGUE o nel contratto di attestazione l’operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate.”);

^{xxvii} Gli ultimi commi dell’art. 56 cp, nonché tutta la legislazione penale premiale si fondano su tale assunto;

^{xxviii} art. 96 comma 14:” L’operatore economico ha l’obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei

provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli articoli 94 e 95, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale. L’omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare ai sensi del comma 4 dell’articolo 98”;

^{xxix} Si riporta, sul punto, la parte corrispondente della Relazione: “In particolare, quanto a quelle enucleanti la possibile commissione di un grave illecito professionale discendente da fatto di reato, si è stabilito che:

a) per le ipotesi di grave illecito professionale discendenti dalla (asserita) commissione di un fatto penalmente rilevante, l’inizio della decorrenza del periodo triennale coincide con il provvedimento del pubblico ministero di esercizio dell’azione penale (art. 405, comma 1, c.p.p.) ovvero, ove a questo cronologicamente antecedente, con la data della emissione di una misura cautelare di natura personale (artt. 281-286 c.p.p.; artt. 288-290 c.p.p.) o reale (art. 321 c.p.p.);

b) le ragioni di tale scelta espressa al comma 10, lett. c), n. 1 dell’art. 96 riposano in una quadruplici considerazione:

I) laddove la possibile sussistenza di una causa di esclusione coincida con un fatto di rilievo penale tra quelli annoverati nel comma 1 dell’art. 94 “doppiato” dal comma 4, lett. g), dell’art. 98, ovvero ai sensi dell’art. 98 comma 4 lett. h), sembra corretto prevedere che il minimum ontologico valutabile dalla stazione appaltante non possa prescindere da un atto giudiziale che abbia ritenuto che la notizia criminis sia insuscettibile di immediata archiviazione o che, (anche in un momento precedente rispetto a tale valutazione) ricorra una consistenza indiziaria grave precisa e concordante (art. 273 c.p.p.) tale da aver condotto all’emissione di una misura cautelare personale, restrittiva o interdittiva, ovvero, quantomeno, sussista un consistente fumus tale da aver condotto alla emissione della misura cautelare reale ex art. 321 c.p.p. (Cassazione penale, sez. VI, 23 novembre 2017, n. 18183);

II) in occasione della emissione di tali atti ha luogo la discovery delle fonti di prova che - seppur non integrale, ciò dipendendo dalle scelte investigative poste in essere dall’organo d’accusa (arg. ex art. 291, comma 1, c.p.p.; cfr. Cassazione penale, sez. I, 14 settembre 2016, n. 46228) - fa sì che il soggetto destinatario del provvedimento venga reso edotto del materiale probatorio sul quale detti atti si fondano: ciò implica che detto materiale probatorio non sia più coperto da segreto, e che il soggetto nel cui interesse viene bandita la gara (art. 98, comma 2) possa valutarlo nell’ambito della propria discrezionalità;

III) per altro verso, laddove prima dell’emissione di tali atti venisse divulgata la notizia della pendenza di un procedimento penale a carico di taluno per dette fattispecie di reato, il soggetto nel cui interesse viene bandita la gara non potrebbe in alcun modo accedere agli atti di indagine (art. 329 c.p.p.) e, pertanto, in alcun modo potrebbe esercitare la propria responsabile discrezionalità valutativa; in carenza dell’avvenuto esercizio dell’azione penale da parte del pubblico ministero ovvero, laddove antecedente, dell’emissione di una misura cautelare personale, restrittiva o interdittiva ovvero di una misura cautelare reale (art. 321 c.p.p.), nessun fatto (ad es articoli giornalistici, trasmissioni televisive, ecc.) è suscettibile di valutazione al fine di ritenere la sussistenza di un grave illecito professionale: tali fatti, quindi, possono rilevare quale veicolo di conoscenza pubblica di un provvedimento reso dal pubblico ministero o dal Giudice, che, in quanto esistente, ed in quanto comportante una totale o parziale “discovery” delle fonti d’accusa, costituirà (unitamente agli atti ad esso sottesi) l’unico elemento valutabile dall’amministrazione;

IV) si rammenta, peraltro, in proposito, il disposto dell’art. 129 disp. att. c.p.p. (recante “Informazioni sul procedimento penale”) che, nell’ultima parte del comma terzo aggiuntovi dall’art. 7 della l. 27 maggio 2015, n. 69, così dispone “Quando esercita l’azione penale per i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis del codice penale, il pubblico ministero informa il presidente dell’Autorità nazionale anticorruzione, dando notizia dell’imputazione”: il testo proposto sembra coerente anche con tale ultima disposizione;

c) tale opzione si pone nel solco di una giurisprudenza condivisibile (ancora di recente: Consiglio di Stato, sez. IV, 7 ottobre 2022, n. 8611 e Corte di giustizia, sez. IV, 24 ottobre 2018, in causa C-124/2017) rapportata al paragrafo 7 dell’art. 57 della direttiva (“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”) e sembra giustificata, nel caso in esame, laddove si consideri che la tempistica processuale

italiana assai spesso non consente di pervenire ad una condanna definitiva entro tre anni dalla commissione del fatto. In simile ipotesi, prevedere che il dies a quo della causa escludente decorra dalla commissione del fatto condurrebbe ad una irrilevanza de facto di condotte gravi; ad esempio, nei casi corrispondenti a quelli contemplati dal comma 1 dell'art. 94 che comportano esclusione automatica (laddove sono annoverati reati molto gravi) sarebbe di fatto impossibile valutare medio tempore la fattispecie come causa non obbligatoria di esclusione ove la decorrenza del periodo triennale fosse coincidente con la commissione del fatto penalmente rilevante.

d) a tale proposito, si rammenta che l'ANAC, nel proprio Atto di segnalazione n. 3 del 27 luglio 2022 (delibera n. 370 del 27 luglio 2022) ai capi 2.1. e 2.2.5. e 2.2.6. aveva proprio segnalato la necessità di un chiarimento su tale delicata questione.

e) va da sé che, laddove taluno di detti provvedimenti abbia trovato successiva smentita processuale (ad esempio, a fronte delle richieste ex art. 416 c.p.p. il Gup non emetta il decreto ex art. 429 c.p.p., ma disponga il proscioglimento ex art. 425 c.p.p., ovvero nelle altre ipotesi di esercizio dell'azione penale sopravvenga una sentenza di assoluzione, oppure la misura cautelare personale o reale disposta dal Gip sia stata successivamente revocata od annullata a causa dell'originaria assenza o del sopravvenuto venir meno del quadro indiziario) viene meno il "fatto valutabile" in chiave di giudizio sulla possibile sussistenza di un grave illecito professionale;

f) gli atti di cui al comma 10, lett. c), n. 1 "segnano" la decorrenza iniziale del triennio valutabile ai fini della possibile esclusione; la decorrenza è unica per ciascuna gara ed in relazione alla valutazione resa da ciascun soggetto nel cui interesse è bandita la gara (cfr. comma 7, lett. g) ed h) dell'art. 98 disciplinante l'illecito professionale); salvo quanto si è detto appena in precedenza, nel fluire del procedimento (e poi eventualmente del processo) penale, possono sopravvenire ulteriori atti (ad esempio una sentenza di condanna non definitiva); in tali casi la decorrenza del triennio non muta, ed è sempre fissata con riguardo al "primo" atto (sotto il profilo cronologico) tra quelli indicati al comma 10, lett. c), n. 1 dell'articolo proposto; ciò che muta in questi casi è il compendio dimostrativo che il soggetto nel cui interesse è bandita la gara avrà a disposizione per valutare la fattispecie; ma ciò non incide sulla decorrenza iniziale dell'arco temporale triennale (come peraltro più approfonditamente chiarito nella relazione di accompagnamento all'art. 98 descrittivo dell'illecito professionale);

^{xxx} Di estremo interesse, sul punto, la delibera Anac n. 397 del 6.9. 2023, laddove, pronunciandosi sulla richiesta di parere AG4/2023 afferma che "ai sensi della nuova disciplina in tema di illecito professionale grave dettata dal d.lgs. 36/2023, applicabile alle procedure di affidamento indette successivamente alla data del 1° luglio 2023, l'iscrizione dell'operatore economico nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p., in quanto non espressamente citata nel comma 6 dello stesso art. 98, tra i "mezzi adeguati di prova", non può formare oggetto di valutazione ai fini della sussistenza di un illecito professionale grave, tenuto anche conto del principio di tassatività sancito dall'art. 95, comma 1, lett. e), nei termini illustrati in delibera."; nel corpo motivato della delibera l'Anac aveva rammentato che "Nel regime normativo recato dal previgente Codice, infatti, come evidenziato in premessa - fermo restando che ai sensi dell'art. 80, comma 1, la sola pendenza di indagini penali non determinava l'automatica esclusione dalla procedura di gara (contemplando la norma solo i casi di condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., per uno dei reati ivi previsti) - l'iscrizione nel registro degli indagati, quale "indice" di inaffidabilità dell'operatore economico, poteva comunque formare oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante, quale grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), con le modalità indicate nelle linee guida n. 6 (In tal senso si è espressa l'Autorità in diverse pronunce, ex multis delibera n. 146/2022 e parere Funz Cons 6/2023).";

^{xxxi} d.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150

^{xxxii} Art. 444 cpp comma 3 bi : "L'imputato [60, 61] e il pubblico ministero possono chiedere [446, 447] al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una pena sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria [135-137, 188 att.; 248 trans.; 25 min.]. L'imputato e il pubblico ministero possono altresì chiedere al giudice di non applicare le pene accessorie o di applicarle per una durata determinata, salvo quanto previsto dal comma 3-bis, e di non ordinare la confisca facoltativa o di ordinarla con riferimento a specifici beni o a un importo determinato. (1) (2) .

1-bis. Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'[articolo 51, commi 3-bis e 3-quater](#), i procedimenti per i delitti di cui agli articoli [600-bis](#), [600-ter](#), primo, secondo, terzo e quinto comma, [600-quater](#), secondo comma, [600-quater.1](#), relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, [600-quinquies](#), nonché [609-bis](#), [609-ter](#), [609-quater](#) e [609-octies](#) del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'[articolo 99, quarto comma, del codice penale](#), qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria .

1-ter Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli [314](#), [317](#), [318](#), [319](#), [319-ter](#), [319-quater](#) e [322-bis](#) del codice penale, l'ammissibilità della richiesta di cui al comma 1 è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato .

2. Se vi è il consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta e non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell'[articolo 129](#), il giudice, sulla base degli atti, se ritiene corrette la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione [[69 c.p.](#)] delle circostanze prospettate dalle parti le determinazioni in merito alla confisca, nonché congrue le pene indicate, ne dispone con sentenza [[448](#)] l'applicazione enunciando nel dispositivo che vi è stata la richiesta delle parti. Se vi è costituzione di parte civile [[76](#)], il giudice non decide sulla relativa domanda; l'imputato è tuttavia condannato al pagamento delle spese sostenute dalla parte civile, salvo che ricorrano giusti motivi per la compensazione totale o parziale. Non si applica la disposizione dell'[articolo 75](#), comma 3. Si applica l'articolo 537-bis (6) .

3. La parte, nel formulare la richiesta, può subordinarne l'efficacia alla concessione della sospensione condizionale della pena [[34](#), comma quinto,, [163 c.p.](#)]. In questo caso il giudice, se ritiene che la sospensione condizionale non può essere concessa, rigetta la richiesta [[448](#)].

3-bis. Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis del codice penale, la parte, nel formulare la richiesta, può subordinarne l'efficacia all'esenzione dalle pene accessorie previste dall'articolo 317-bis del codice penale ovvero all'estensione degli effetti della sospensione condizionale anche a tali pene accessorie. In questi casi il giudice, se ritiene di applicare le pene accessorie o ritiene che l'estensione della sospensione condizionale non possa essere concessa, rigetta la richiesta”;

art. 445 cpp comma I e comma I ter “1.La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, non comporta la condanna al pagamento delle spese del procedimento né l'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza, fatta eccezione della confisca nei casi previsti dall'articolo 240 del codice penale .

1-bis. Salvo quanto previsto dall'articolo 653, la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia nei giudizi civili o amministrativi. Salve diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna.

1-ter. Con la sentenza di applicazione della pena di cui all'articolo 444, comma 2, del presente codice per taluno dei delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis del codice penale, il giudice può applicare le pene accessorie previste dall'articolo 317-bis del codice penale .

2. Il reato è estinto, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale, e se è stata applicata una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva, l'applicazione non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena”

^{xxxiii} Così reca ancora la Relazione sul punto: “la lett. i) contiene una disposizione di chiusura riferibile a condotte integranti fatti di reato diversi da quelli espressamente menzionati ovvero anche non costituenti fatto di reato, che è sembrato opportuno introdurre e che non sembra contrastare con la lett. n) della legge delega, considerato che si tratta di una causa di esclusione facoltativa per lo Stato membro, e, sul piano pratico, della impossibilità di “codificare” ogni fattispecie comportamentale grave idonea ad incidere sul motivato giudizio di affidabilità ed integrità;”

^{xxxiv} ex aliis Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 503; Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591: ” La nozione di

“grave illecito professionale” ex art. 80, comma 5, lett. c), ferma la necessaria valutazione discrezionale della stazione

appaltante, ricomprende dunque 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 e non contempla un numero chiuso di "gravi illeciti professionali", ma ricomprende, sostanzialmente, quali fattispecie meramente esemplificative di tale categoria aperta, alcune situazioni già previste dal legislatore comunitario come specifiche cause di esclusione e ascrivibili, con ogni evidenza, alla generica voce generale di cui all'art. 57, comma 4, lett. c), della direttiva n.

24/2014/UE.";

^{xxxv} Art. 50 comma I: " *Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità:*

a) *affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;*

affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;"

^{xxxvi} Principi, questi, (Articolo 1. Principio del risultato. 1. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice e ne assicura la piena verificabilità. 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.;*

*Articolo 2. Principio della fiducia. 1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. 3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. 4. Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7.") non a caso collocati nei primi due articoli del codice e che, unitamente al principio dell'accesso al mercato di cui all'articolo 3 (Articolo 3. Principio dell'accesso al mercato. 1. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità*"). costituiscono, insieme, norme manifesto e criteri interpretativi dell'intero codice (Art.4 Criterio interpretativo e applicativo: "Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"; n.dr: il "si interpretano e si applicano" ivi contenuto non è affatto un'endiadi, ma serve a chiarire che detto vincolo grava sul Giudice ma, prima ancora, sull'Amministrazione che deve applicare le disposizioni primarie);*

^{xxxvii} Un' idea delle percentuali di affidamenti diretti, rispetto alle gare complessivamente bandite, può ricavarsi dal Comunicato del Presidente ANAC dell'11 gennaio 2023, n. 1 ove sono stati pubblicati gli esiti di un'indagine condotta sulle modalità di gestione delle situazioni di conflitto di interesse nell'ambito dei contratti pubblici da parte dei comuni, con particolare riferimento agli affidamenti diretti;

^{xxxviii} Tra le tante: Cass. Pen sez. VI, 27.1.2022 n.7264; 28.1.2021, n.5536; sez. V 26.10.2022, n.45709 *“Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui all'[art. 353-bis c.p.](#) è configurabile quando, ai fini della scelta del contraente, sia prevista una "gara", seppure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale, mentre non è configurabile nelle ipotesi in cui il procedimento di scelta sia svincolato da ogni schema concorsuale, ovvero quando la decisione di procedere all'affidamento diretto sia essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte a evitare la gara.”*;

^{xxxix} Fattispecie, questa, espressamente contemplata dall'art. 19 della Convenzione ONU contro la corruzione del 2003: *“Ciascuno Stato Parte esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per se o per un'altra persona o entità”*;

^{xl} sull'abrogazione: proposte C 399 Rossello e C 645 Pittalis:sulla depenalizzazione: proposta C 654 Costa;

^{xli} Per il vero, una recente (3 maggio 2023) iniziativa della Commissione Europea sembra seguire una linea più “conservatrice”: la proposta di *“Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la corruzione mediante il diritto penale”* n. 2023/0135 annovera, infatti, all'art. 11, tra i reati dei quali gli Stati membri dovrebbero dotarsi quello di *“abuse of functions”* financo ipotizzando l'estensione di detta figura anche ai casi di abuso commesso da parte dei privati (*“Member States shall take the necessary measures to ensure that the following conduct is punishable as a criminal offence, when committed intentionally:*

1. the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the exercise of his functions for the purpose of obtaining an undue advantage for that official or for a third party;

2. the performance of or failure to perform an act, in breach of duties, by a person who in any capacity directs or works for a private-sector entity in the course of economic, financial, business or commercial activities for the purpose of obtaining an undue advantage for that person or for a third party.”);