

LA DISCIPLINA DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. N. 36 DEL 2023)

di Antonio CATERINO*

ABSTRACT

La pronuncia del T.A.R. Napoli assume particolare rilevanza giuridica per aver affrontato ed applicato la disciplina delle cause di esclusione dalla procedura di gara a breve distanza dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023). Il legislatore ha adottato, nella redazione del nuovo codice, una tecnica normativa innovativa rispetto al passato, aprendo il testo normativo con l'enunciazione di principi generali, tra cui il principio di tassatività delle cause di esclusione (art 10), che trova una più puntuale disciplina agli artt. 94 e ss. del codice. L'attuale disciplina, certamente più dettagliata rispetto al passato, fornisce al giudice amministrativo un criterio più sicuro di valutazione del potere escludente dell'amministrazione.

La sentenza si confronta, inoltre, con le misure di self-cleaning, introdotte in modo generalizzato solo con il nuovo codice, la cui adozione tende a conservare il rapporto di fiducia tra la stazione appaltante e l'operatore economico. Il Collegio giudicante affronta l'annosa questione giurisprudenziale relativa all'ammissibilità di un'integrazione della motivazione del provvedimento in sede processuale, cd. motivazione postuma.

SOMMARIO

1. La vicenda.....	1
2. Le cause di esclusione nel tempo.....	3
3. Le cause di esclusione nel D.Lgs. n. 36/2023	6
4. Le misure di self-cleaning.....	9
5. L'irrelevanza dell'integrazione processuale della motivazione del provvedimento escludente	11
6. Conclusioni.....	12

*Dottorando di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici presso l'Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli.

¹ Art 95, comma 1 lettera e), d.lgs. n. 36 del 2023: La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione

1. LA VICENDA

La vicenda processuale trae origine dal ricorso proposto da un operatore economico per l'annullamento del provvedimento con cui l'amministrazione comunicava l'esclusione dalla procedura negoziata, ai sensi dell'art 50 comma 1 lett. e) del D.lgs. n. 36/2023, per la fornitura di "Dispositivi di protezione individuale Anti-x per la protezione da rischio radiologico occorrenti all'Asl Napoli 2 Nord", da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso. Tale esclusione veniva disposta, ai sensi dell'art. 95 comma 1 lettera e)¹ del d. lgs. n. 36/2023, in ragione di procedimenti penali dichiarati dall'operatore per una serie di reati (corruzione, inadempimento di contratto di pubbliche forniture, manovre speculative su merci, truffa aggravata, frode nelle pubbliche forniture) per alcuni dei quali era stato emesso il decreto di rinvio a giudizio². L'operatore economico aveva indicato l'adozione di misure di *self-cleaning* (adottate prima della partecipazione alla gara), consistite essenzialmente nell'adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001. L'amministrazione, tuttavia, in sede motivazionale del provvedimento di esclusione non teneva conto delle misure adottate dallo stesso, nulla dicendo sul punto.

L'operatore impugnava il provvedimento di esclusione per violazione di legge, sostenendo che l'amministrazione, in presenza di una causa di esclusione non automatica ex art 95 d.lgs. 36/2023, non avrebbe fornito alcuna motivazione che giustificasse l'inaffidabilità dell'impresa, tra l'altro

appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.

² Art 98, comma 3 lettera g): L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi: ... contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94;

non prendendo in considerazione, senza alcuna apparente ragione giustificativa, le misure di *self-cleaning* adottate ex art 96 d.lgs. n. 36/2023.

Il Collegio ritiene il ricorso fondato dichiarando l'illegittimità dell'esclusione in ragione del difetto di istruttoria e di motivazione. In primo luogo, la Corte evidenzia la distinzione tra cause di esclusione automatiche, ex art 94 d.lgs. 36/2023, e non automatiche, ex art 95 d.lgs. 36/2023. La distinzione tra le due fattispecie è chiara: soltanto quando l'operatore economico si trova in una delle ipotesi tassative di cui all'art 94 del codice, l'amministrazione ha il potere di escluderlo senza motivare il provvedimento di esclusione.

L'operatore economico, nel caso in esame, si trovava in una delle situazioni indicate dall'art 95, comma 1 lett. e), d.lgs. n. 36/2023, per la contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui all'art 94 comma 3 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al primo comma del medesimo articolo 94. L'art 98 comma 6 lett. g) del Codice dei contratti pubblici indica il decreto che dispone il giudizio (ex art 429 c.p.p.) quale mezzo di prova adeguato a desumere il grave illecito professionale dell'operatore economico.

In definitiva, sulla base delle citate previsioni si può ritenere che l'adozione del decreto che dispone il giudizio per le fattispecie di reato di cui all'art. 94, comma 1, lett. b) integri una causa di esclusione non automatica. Ebbene, ai sensi dell'art 96, comma 2, del nuovo codice, l'esclusione di un operatore economico in ragione di una fattispecie non automatica di cui all'art 95 non può essere disposta

se si verificano le condizioni di cui all'art 96 comma 6 e l'operatore ha adempiuto agli oneri di cui ai commi 3 e 4 dell'art 96.³

Il Collegio ritiene che, dal descritto quadro normativo, l'amministrazione sia tenuta a motivare l'esclusione dell'operatore economico che si trovi in una delle situazioni indicate dall'art 95 e abbia puntualmente indicato le vicende ostative e indicato le misure di *self-cleaning* adottate ex art 96. La motivazione consta di due momenti fondamentali: in primo luogo, l'amministrazione avrebbe dovuto valutare l'astratta idoneità dei fatti storici e delle imputazioni come elementi capaci di recidere il rapporto di fiducia tra stazione appaltante e operatore economico; in secondo luogo, avrebbe dovuto valutare la capacità delle misure di *self-cleaning* adottate a ristabilire il rapporto fiduciario, con riferimento alla idoneità e alla tempestività delle misure. Nel caso in esame, l'amministrazione ha disposto in modo automatico l'esclusione dell'operatore economico; pertanto, il provvedimento di esclusione deve ritenersi affetto da illegittimità per violazione di legge.

L'importanza della sentenza del T.A.R. Campania n. 1733 del 2024 si rinviene nella circostanza che è una delle prime a soffermarsi sulla distinzione tra cause automatiche e non automatiche di esclusione del nuovo codice dei contratti pubblici, anche attraverso la valorizzazione delle misure di *self-cleaning*, che permettono all'operatore di rimanere in gara pure al ricorrere di circostanze che giustificerebbero astrattamente l'esclusione dalla stessa.

³ Art 96 comma 2: L'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, non è escluso se si sono verificate le condizioni di cui al comma 6 del presente articolo e ha adempiuto agli oneri di cui ai commi 3 o 4 del presente articolo.

Art 96 comma 3: Se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, la comunica alla stazione appaltante e, alternativamente:

a) comprova di avere adottato le misure di cui al comma 6;
b) comprova l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottempera ai sensi del comma 4.

Art 96 comma 4: Se la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure di cui al comma 6.

Art 96 comma 6: Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso 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, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico.

Inoltre, la Corte ha ritenuto che il vizio motivazionale del provvedimento di esclusione non possa considerarsi emendato dalle ragioni articolate dall'amministrazione in sede processuale, in quanto, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la motivazione postuma del provvedimento amministrativo deve ritenersi inammissibile.

2. LE CAUSE DI ESCLUSIONE NEL TEMPO

L'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione nel nostro ordinamento è avvenuta relativamente di recente con l'art. 4, secondo comma, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, che ha modificato l'art. 46 del d.lgs. 163/2006. Prima di allora, alle stazioni appaltanti era riconosciuta l'ampia discrezionalità di individuare il contenuto della legge di gara in assenza di un generale principio di tassatività delle cause di esclusione.⁴ Tale principio è stato introdotto per consentire la migliore tutela degli interessi pubblici, in ossequio ai principi di legalità, trasparenza, efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, valori tutti compendati nei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost. Il principio di tassatività delle cause di esclusione mira a tutelare il *favor participationis* e il divieto di aggravio del procedimento, nonché a "correggere" la prassi amministrativa e la stessa giurisprudenza⁵, che frequentemente sfociavano in esclusioni dalle gare

d'appalto per violazioni puramente formali.⁶ La riforma del 2011 ha rafforzato il principio di tassatività attraverso la previsione testuale della nullità delle clausole difformi, ossia delle clausole della *lex specialis* di gara che prevedono adempimenti sanzionati dall'esclusione al di fuori dei casi tipici. La riforma ha tra l'altro risolto il conflitto interpretativo formatosi in seno alla giurisprudenza amministrativa circa la natura del vizio delle clausole contenenti cause di esclusione atipiche. Si confrontavano al riguardo diversi orientamenti: secondo una prima impostazione, le clausole contenenti cause di esclusione atipiche sarebbero affette dal vizio di annullabilità;⁷ un diverso orientamento sosteneva, invece, l'inesistenza delle clausole, ovvero la nullità⁸.

È ormai indiscussa la tendenza dell'ordinamento a rafforzare il *favor participationis* nelle gare pubbliche, allo scopo di semplificare ed accelerare lo svolgimento dei procedimenti competitivi, riducendo al contempo il contenzioso tra le imprese concorrenti e le stazioni appaltanti, nonché di selezionare il miglior contraente.⁹ Questa è la *ratio* cui si ispira il legislatore nella formazione del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale positivizza il principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 83 comma 8 ultimo periodo¹⁰), la cui violazione comporta la nullità delle prescrizioni che contengono cause di esclusione atipiche. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha successivamente precisato che la nullità delle

⁴ Consiglio di Stato, 11 aprile 2006, n. 2006: "E' legittimo un bando che preveda, oltre all'attestazione SOA di cui al d.p.r. n. 34/2000, comprovante il possesso della qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere, l'ulteriore requisito del possesso degli elementi del sistema di qualità aziendale (qualora non obbligatoria): esiste infatti il potere della stazione appaltante di richiedere, ai fini della partecipazione alla procedura di gara, requisiti ulteriori a quelli normativamente previsti"; Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071; TAR Lombardia, sede di Milano, sez. III, 9 marzo 2004, 828; TAR Lazio, sede di Roma, sez. I ter, 12 dicembre 2006, n. 14212; G. NERI, *Requisiti di ordine generale per la partecipazione agli appalti pubblici: Spunti Ricostruttivi*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, fasc. 2 pp. 309 ss.

⁵ C. PASUT, *La discrezionalità nella scelta dei criteri di aggiudicazione per gli appalti pubblici (gli orientamenti del giudice amministrativo e della corte di giustizia)*, in www.giustizia-amministrativa.it

⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V., 21 aprile 2006, n. 2270.

⁷ Così, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 maggio 2003 n.1. Tale giurisprudenza si è sviluppata prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 163 del 2006, e comunque nel vigore del testo

originario dell'art. 46 d.lgs. 163/2006, finché il d.l. n. 70 del 2011 ha modificato tale art. 46, introducendo il principio di tassatività delle cause di esclusione e sancendo la nullità delle clausole atipiche di esclusione.

⁸ Così, Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 20 maggio 2013 n. 14; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014 n. 9.

⁹ Principio oggi positivizzato all'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui: 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 presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità.

¹⁰ Art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, ultimo periodo: "I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

clausole contenenti cause di esclusioni atipiche non si estende al provvedimento cui queste accedono; il provvedimento è affetto da un vizio parziale nella forma della nullità parziale ex art 1419 comma 2 cod. civ.¹¹

Come noto, il d.lgs. n. 36/2023 si contraddistingue, rispetto al precedente Codice dei contratti pubblici, per una nuova impostazione normativa: la disciplina di dettaglio è preceduta da una Parte I (“Dei principi”), contrassegnata da un Titolo I (“I principi generali”) il cui contenuto presenta molteplici profili di rilevanza: è guida per l’interprete a fronte di casi dubbi, funzione integrativa a fronte di lacune normative involontarie, espressione dei valori di fondo che permeano la materia. Tale tecnica normativa, già conosciuta nel settore amministrativo (v., ad esempio, la legge sul procedimento amministrativo, L. 241 del 1990), ha ad oggetto non solo principi di natura squisitamente pubblicistica, bensì, anche principi tipici di diritto privato.¹²

Ciò premesso, l’art 10 del nuovo codice stabilisce il principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione, secondo cui, al primo comma, i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei cui confronti sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice e, al secondo comma, le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative ed integrano di diritto i bandi e le lettere di invito¹³; inoltre, le clausole che

prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano come non apposte. Il principio di tassatività si riferisce alle cause di esclusione che dipendono dalla mancanza dei requisiti cd. di ordine generale, ovvero quei requisiti che l’operatore deve possedere sempre, in quanto capaci di dimostrare la sua affidabilità. Il terzo comma del medesimo articolo stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all’oggetto del contratto tenendo presente l’interesse pubblico alla concorrenza e favorendo l’accesso al mercato¹⁴. La norma attribuisce, a ben vedere, ampia discrezionalità all’amministrazione nell’individuazione dei requisiti speciali alla partecipazione alla gara, ferma restando la tassatività delle cause di esclusione per difetti dei requisiti di ordine generale.¹⁵

La disciplina delle cause di esclusione dell’operatore economico è stata oggetto di numerose criticità in sede applicativa sotto la vigenza dei due precedenti codici, poiché il legislatore non ha mai precisato i poteri che spettano alla stazione appaltante; ovvero, ha da sempre rimesso la valutazione, relativa alla esclusione o meno dell’operatore, alla discrezionalità della p.a., sindacabile per eccesso di potere, irragionevolezza e sproporzione. I contrasti giurisprudenziali sotto la vigenza del d.lgs. n. 50/2016 hanno riguardato principalmente l’interpretazione delle cause di

¹¹ Vd. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 16 ottobre 2020, n. 22.

L’Adunanza Plenaria n. 22 del 2020 si pronuncia sulle conseguenze della nullità della clausola del bando di gara per violazione della tassatività delle clausole di esclusione, e sul relativo regime processuale, dando luogo a due massime: 1. la nullità della clausola ai sensi dell’art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016 configura un’ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all’intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa; 2. i provvedimenti successivi adottati dall’amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, ivi compresi il provvedimento di esclusione dalla gara o la sua aggiudicazione, vanno impugnati nell’ordinario termine di decadenza, anche per far valere l’illegittimità derivante dall’applicazione della clausola nulla.

¹² C. CONTESSA E P. DEL VECCHIO, *Codice dei contratti pubblici, annotato articolo per articolo*, Napoli 2023, pp. 77 ss.

¹³ R. GAI, *Rapporto tra il principio di tassatività delle cause di esclusione ed il principio di eterointegrazione dei bandi di gara*, in www.mediaappalti.it

¹⁴ R. CAROCCIA, *La tassatività delle cause di esclusione ex art 10 d.lgs. 36/2023: una nuova forma di nullità nel diritto amministrativo*, in *Nuove autonomie Riv. Dir. Pubblico*, 3-2023.

¹⁵ Sul tema, Consiglio di Stato, Sez. IV, 1 febbraio 2024, n. 1048, ha ritenuto che la facoltà di prevedere specifici requisiti di capacità professionale, riconosciuta dall’art. 10, comma 3, del nuovo codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36), al pari di quanto statuito dal previgente art. 83, comma 2, D. Lgs. 50/2016, è attuazione del principio affermato dalla Corte di giustizia (17 settembre 2002, in causa C-513/99) e trasfuso della direttiva 2014/24/UE secondo cui: “le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l’esperienza necessarie per eseguire l’appalto con un adeguato standard di qualità” (art. 58, paragrafo 4). A tale scopo, all’Amministrazione è garantita un’ampia discrezionalità nell’individuazione dei requisiti tecnici, ancorché più severi di quelli sanciti a livello normativo, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all’interesse pubblico perseguito e, dunque, rispetti i limiti della congruità e della proporzionalità.

esclusione discrezionali, in particolare rispetto alla gravità delle violazioni e all'applicazione delle misure di self-cleaning. Questi contrasti riflettono la tensione tra l'esigenza di garantire la partecipazione competitiva e la necessità di tutelare l'affidabilità e la correttezza negli appalti pubblici. Uno dei principali punti di contrasto ha riguardato la definizione di "errore grave" nell'esecuzione di precedenti contratti pubblici, che, ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c, del d.lgs. n. 50/2016, costituiva una causa di esclusione non automatica. Alcune pronunce hanno sottolineato che la nozione di "errore grave" non può essere applicata automaticamente sulla base di una risoluzione contrattuale o di altri provvedimenti negativi a carico dell'operatore economico, ma richiede una valutazione caso per caso, incentrata sulla gravità dell'inadempimento e sull'impatto concreto sulla capacità tecnica e professionale del concorrente¹⁶. Al contrario, altre decisioni della giurisprudenza amministrativa hanno adottato una visione più rigorosa, sottolineando che l'esclusione può essere giustificata sulla base di un riscontro formale di errori significativi nell'esecuzione di contratti precedenti¹⁷. Particolari problemi si sono formati circa la dimensione e l'ambito di applicabilità dei gravi illeciti professionali.¹⁸

La disciplina pubblicistica, infatti, impone alle stazioni appaltanti principi d'azione e procedure differenziate al fine di garantire la massima partecipazione delle imprese e le impegna in un complesso giudizio sugli operatori economici i cui parametri sono legislativamente imposti. Tale giudizio si sostanzia, da un lato, nella valutazione dell'offerta presentata e dall'altro nella verifica della

sussistenza di particolari requisiti di natura tecnico-professionale, economico-finanziari nonché *latu sensu* morali. All'interno di tale ultima categoria rientrano quelle situazioni che, qualora verificatesi, sono in grado di incidere sull'integrità professionale dell'operatore economico, potendo fondare un giudizio presuntivo di inaffidabilità che ne giustifica l'esclusione dalla procedura di gara o, se del caso, l'interruzione della relazione contrattuale già in essere. Si tratta, in altri termini, di pronosticare - traendo informazioni dalla sua vita professionale - l'idoneità o meno dell'impresa ad attendere agli obblighi derivanti dal futuro contratto in maniera diligente, nel rispetto della legge e senza distorcere le ordinarie dinamiche del mercato.¹⁹ L'attività della giurisprudenza e della dottrina ha nel tempo individuato i limiti alla discrezionalità amministrativa, individuando le ipotesi di legittima esclusione.

A ben vedere, seppur il nuovo codice del 2023 si ispiri ad un ampliamento e rafforzamento della discrezionalità amministrativa, tanto nella fase ad evidenza pubblica, quanto nella fase di esecuzione del contratto, non è dubitabile che la disciplina delle cause di esclusione sembra aver preso una direzione diversa, se non addirittura opposta, riconducendo il potere della pubblica amministrazione entro limiti ben definiti²⁰.

Ebbene, la disciplina delle cause di esclusione si ispira ai principi di determinatezza, precisione e tassatività, quali corollari del più ampio principio di legalità, che si sostanzia nella conformità del provvedimento alla legge e nella deducibilità del contenuto del provvedimento dalla stessa legge²¹.

¹⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 15 settembre 2017, n. 4351: ha stabilito che la mera esistenza di una risoluzione per inadempimento non costituisce di per sé una prova sufficiente di errore professionale grave. La stazione appaltante deve considerare se l'inadempimento abbia compromesso in modo rilevante l'affidabilità del soggetto.

¹⁷ Consiglio di Stato, Sez. V, 29 settembre 2019, n. 6461: ha affermato che la risoluzione contrattuale per inadempimento può costituire un motivo sufficiente per escludere un operatore economico, anche in assenza di una condanna definitiva o di accertamenti giurisdizionali.

¹⁸ G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 2022, pag. 779; A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. n. 50 del 2016*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2018, pt. II, 224; G.

FISCHIONE, *L'esclusione dalla gara per grave negligenza, malafede e per errore professionale tra lacune normative ed esigenze di certezza, ragionevolezza e proporzionalità*, in *www.giustamm.it*, 3, 2015.

¹⁹ Sul punto F. GIACALONE, *La causa di esclusione dalle procedure di gara per gravi illeciti professionali: genesi e sviluppo sino alla rinnovata disciplina del D. Lgs. N. 36/2023, tra importanti risposte, vecchie criticità e nuovi problemi*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2023 pp. 899- 946.

²⁰ Cfr. T.A.R. Calabria Sez. I, 15 aprile 2022, n.640; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 7 maggio 2021, n. 3059; Consiglio di Stato Sez. V, 27 novembre 2020, n.7471

²¹ Si veda, M. CALABRÒ, A.G. PIETROSANTI, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *AA.VV. Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*; Napoli 2023, pp. 216 ss.

La disciplina delle cause di esclusione dalle gare pubbliche contenuta nel nuovo codice, pur ponendosi in sostanziale continuità con la normativa previgente (d.lgs. n. 50/2016), presenta alcuni elementi di novità. Tra questi il riordino della disciplina in separati articoli, con indubbi vantaggi in termini di semplificazione e interpretazione della normativa a beneficio di operatori economici e stazioni appaltanti. La disciplina viene, difatti, suddivisa in cinque distinte disposizioni (artt. 94-98), regolanti le cause di esclusione automatica, le cause di esclusione non automatica, la procedura dell'esclusione e le misure di self-cleaning, le cause di esclusione di partecipanti a RTI e, infine, la "tipizzazione" del grave illecito professionale. La distinzione tra cause di esclusione automatiche e non automatiche era, invero, già contenuta nella direttiva europea 2004/18/CEE²², cd. Direttiva unica appalti, il cui art. 45 prevedeva, al primo paragrafo, un'esclusione certa per gli operatori che si trovassero in certe condizioni; il secondo paragrafo, invece, affidava all'amministrazione procedente la 'sola possibilità' di escludere l'operatore.²³ La stessa distinzione è ripresa dalla direttiva 2014/24/UE²⁴ sugli appalti pubblici che prevede all'art 57 paragrafo 1 le cause di esclusione obbligatoria, e al successivo paragrafo 4 le ipotesi di esclusione facoltativa.

²² Così l'art 45 della direttiva europea 2004/18/CEE: 1. È escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico il candidato o l'offerente condannato, con sentenza definitiva di cui l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza; per una o più delle ragioni elencate qui di seguito. 2. Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico.

²³ G. SCALAMBRIERI, *Requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare: inquadramento ed evoluzione normativa*, in *Le cause di esclusione dalle gare. I requisiti di ordine generale alla luce dell'evoluzione normativa*, Milano, 2010, pp. 11 ss.

²⁴ Così art 57 direttiva 2014/24/UEE: 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: 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.

3. LE CAUSE DI ESCLUSIONE NEL D.LGS. N. 36/2023

Il Collegio, nella sentenza in esame - prima di valutare i profili di illegittimità dell'azione amministrativa nell'emanazione del provvedimento oggetto di impugnazione - chiarisce la distinzione, contenuta nel nuovo codice, tra cause di esclusione automatica e non automatica di cui agli artt. 94 e 95 d.lgs. n. 36/2023. Pur non costituendo oggetto specifico della sentenza in esame, appare opportuno una breve disamina dell'art 94 al fine di comprendere i profili di differenza tra le due diverse ipotesi di esclusione dell'operatore economico dalla gara.

Le cause di esclusione automatica mirano a garantire l'integrità e la trasparenza delle operazioni di gara, escludendo automaticamente dalla partecipazione soggetti che presentano determinate situazioni di incompatibilità o di irregolarità.²⁵ L'art 94 attribuisce alla stazione appaltante un potere vincolato²⁶ di esclusione secondo il paradigma norma, potere vincolato, effetto; di talché al ricorrere delle condizioni di fatto indicate dalla norma la p.a. è tenuta ad escludere l'operatore economico senza motivare il provvedimento di esclusione.²⁷ La norma riprende la definizione di causa di esclusione automatica invalsa nella giurisprudenza della C.G.U.E.²⁸ adottata in

²⁵ F. FICHERA, *Le cause di esclusione automatiche e non automatiche degli operatori economici. Il codice dei contratti pubblici a un anno dalla riforma*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2024.

²⁶ Per la definizione di potere vincolato si veda, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, III edizione, Napoli 2019, pp. 389 e ss.: L'attività amministrativa si definisce vincolata quando la legge disciplina in maniera puntuale la materia rimessa alla cura della P.A., codificando compiutamente tutti gli aspetti dell'azione, e cioè tanto i suoi presupposti quanto la relativa decisione: solo in questi casi può dirsi, ancor oggi, che alla P.A. sia demandata la 'mera' esecuzione in atto della legge.

²⁷ Si veda, Relazione ministeriale al d.lgs. n. 36 del 2023, art 94: "...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;..."

²⁸ Vd. CGUE, causa C-210/20, 3 giugno 2021; CGUE, causa C-213/07, 16 dicembre 2008.

riferimento a tutti quei casi in cui il divieto di partecipazione e/o l'esclusione dalla procedura di gara operano ex lege, ossia derivano direttamente da una fonte normativa. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ribadito l'importanza del principio di proporzionalità nel contesto delle cause di esclusione automatica, con la conseguenza che l'esclusione di un operatore economico deve essere giustificata e proporzionata rispetto agli obiettivi di tutela della concorrenza leale e della trasparenza. Ebbene, l'esclusione automatica dell'operatore economico deve fondarsi su circostanze di particolare gravità che siano accertati in modo incontrovertibile al fine di rispettare il principio di proporzionalità.²⁹

Come riportato nella Relazione allo schema di decreto legislativo del nuovo Codice, in presenza di una delle cause di esclusione in oggetto “non v'è spazio per alcun margine valutativo della stazione appaltante” e i soggetti che ne sono coinvolti sono “soggetti destinatari di provvedimenti preclusivi idonei a determinare, per contagio, l'esclusione dell'operatore economico”.³⁰ Identificati i requisiti oggettivi che conducono all'esclusione automatica dalla procedura, l'art. 94, al comma 3, individua l'ambito soggettivo di applicazione, indicando i soggetti nei cui confronti opera l'esclusione. La norma prevede che qualora il socio sia una persona giuridica, l'esclusione opera se i presupposti (sentenza di condanna, decreto penale di condanna o misura interdittiva) sussistano a carico degli amministratori di quest'ultima (art. 94, comma 4). Il legislatore ha colto l'occasione per risolvere il contrasto sorto in seno alla giurisprudenza del Consiglio di Stato tra la tesi che ammetteva la verifica dei requisiti sul socio persona giuridica e la tesi che, invece, la escludeva, secondo un'interpretazione restrittiva dell'art. 80 comma 3

(d.lgs. n. 50 del 2016)³¹. La posizione è ulteriormente chiarita dalla Relazione illustrativa al codice, dove si legge che “Il riferimento agli amministratori sembra corretto in quanto la gestione delle partecipazioni nelle società altrui non rientra nel potere dell'assemblea ai sensi dell'art. 2364 e ss. c.c. mentre rientra nel potere di gestione degli amministratori ai sensi dell'art. 2380 bis c.c., a meno che non sia attribuito dallo statuto ad altro organo”

La pronuncia del T.A.R. Campania in esame si occupa delle cause di esclusione non automatiche. La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico quando accerti la sussistenza delle circostanze indicate ai commi 1 e 2 dell'art 95. Dalla lettera della norma si evince che la stazione appaltante, per addivenire ad una legittima esclusione, deve preventivamente accertare che ricorrano le condizioni indicate dal codice. L'articolo 95, comma 1, stabilisce che la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti (tra l'altro) «e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi». Innovando le previsioni già contenute nel d.lgs. 50/2016, pertanto, il d.lgs. 36/2023 disciplina il grave illecito professionale dedicando la specifica disposizione dell'art. 98 a tale causa di esclusione ed elencando in maniera tassativa (per quanto stabilito dall'articolo 95, comma 1, lett. e), le fattispecie qualificabili come gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi, eliminando in tal modo gli elementi di

²⁹ C. PICCOLO, *Esclusione automatica per fatto del sub-appaltatore: secondo la Corte di Giustizia c'è violazione del principio di proporzionalità*, in www.iusinitinere.it, 2020; M. ZINZI, *L'esclusione dagli appalti pubblici e la polivalenza del sindacato di proporzionalità*, in www.dpceonline.it, 2020.

³⁰ Si veda, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici, Roma, 7 dicembre 2022.

³¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 5 dicembre 2022 n. 10615; Consiglio di Stato, Sez. V, 20 novembre 2019 n. 7922, secondo

cui non è dovuta la dichiarazione in ordine alle cause di esclusione da parte del socio unico persona giuridica “come tale non rimesso al relativo regime di cui all'art. 80 co 3 del Dlgs 50/2016”. *Contra*, Consiglio di Stato, Sez. III, 2 marzo 2017 n. 975; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 giugno 2017 n. 3178. Questo orientamento della giurisprudenza si è sviluppato nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 e nella prima applicazione del d.lgs. n. 50 del 2016 si era ritenuto di estendere l'obbligo dichiarativo al socio di maggioranza persona giuridica della società offerente

incertezza in materia che hanno caratterizzato la previgente disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016³².

La parte ricorrente nella vicenda processuale in esame si trovava - prima della presentazione dell'offerta - in una delle situazioni indicate dall'art 95 comma 1 lettera e), e art 98 comma 3 lettera g), essendo stato destinatario di procedimenti penali per alcuni dei reati indicati dall'art 94 comma 3, per i quali non era stata pronunciata sentenza penale di condanna né decreto penale di condanna (solo per alcuni dei procedimenti era stato emesso decreto di rinvio a giudizio). La lettura 'a contrario' dell'art 98 comma 2 permette di affermare che l'esclusione dell'operatore economico che abbia commesso un grave illecito professionale è disposta al ricorrere di tre condizioni: a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) l'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; c) l'adeguatezza dei mezzi di prova di cui al comma 6 dell'art 98, tra cui alla lett. g) il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'art 429 c.p.p.

Ebbene, se da un lato alla stazione appaltante è attribuita una ampia discrezionalità nell'esercizio del potere escludente³³, dall'altro sussiste uno stringente onere motivazionale ex art 98 comma 7, secondo cui la stazione appaltante valuta i provvedimenti di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente.³⁴

A tal riguardo sembra utile aggiungere che, secondo il più recente avviso giurisprudenziale espresso in relazione alle disposizioni del d.lgs. 36/2023 sopra richiamate, a fronte di fattispecie espressamente previste come tassative per configurare un grave illecito professionale, nonché la necessaria prova di esse con uno dei mezzi tassativamente indicati dal comma 6, non è mutata l'impostazione in ordine alla natura del potere dell'amministrazione di valutazione circa l'idoneità

dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico. In continuità con gli approdi giurisprudenziali maturati nella vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici³⁵, l'esclusione conseguente alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore, dovuta alla commissione di gravi illeciti professionali³⁶, è una sanzione la cui operatività, lungi dall'essere rimessa a rigidi automatismi, è piuttosto legata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante. Sotto questo profilo vale osservare però che il nuovo codice dispone, all'art. 98, comma 4, che, quanto agli elementi costituenti un grave illecito professionale, la valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, e all'art. 98, comma 7, circa i mezzi di prova di cui al comma 6, prevede che l'amministrazione motiva sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente. Tali indicazioni costituiscono, evidentemente, in senso innovativo, i parametri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante per come esternato nella motivazione. Lo stesso giudice amministrativo ha aggiunto che la valutazione di inaffidabilità di un operatore economico si colora di particolare pregnanza nella vigenza del nuovo Codice dei Contratti. Invero, sotto il profilo semantico, il concetto stesso di affidabilità si predica riguardo a qualcuno che sia meritevole di fiducia, riflettendosi questo aspetto, perciò, sotto il profilo giuridico, nella lettura e interpretazione dell'art. 98 del codice alla luce del generale Principio della fiducia, innovativamente introdotto all'art. 2 del D.lgs. n. 36/2023, con particolare riferimento al comma 2,

³² Consiglio di Stato, Sez. III, 9 ottobre 2019 n. 6893; Consiglio di Stato, Sez. V, 19 novembre 2018 n. 6537; Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 settembre 2020 n. 5573.

³³ C. GUARDAMAGNA, *Discrezionalità della stazione appaltante e del Giudice amministrativo in ordine al giudizio di integrità dell'operatore economico*, in www.4legal.com, 2024.

³⁴ Per la rilevanza della motivazione si veda da ultimo, T.A.R. Lazio, Sez. II, 26 aprile 2024, n. 8243; T.A.R. Veneto Sez. II,

1 ottobre 2020, n. 879; Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2021, n. 8449.

³⁵ Consiglio di Stato, Sez. V, 7 ottobre 2020 n. 5932; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 aprile 2019 n. 2252.

³⁶ A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. n. 50 del 2016*, in *Riv. giur.* ed., 4, 2018, pt. II, 224. cit.

ove si dispone che: 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. È dunque, in coerenza con la funzione interpretativa del principio in parola, sancita dall'art. 4 del Codice (le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3), non può che concludersi nel senso che esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, profilo questo che impinge proprio e direttamente nel rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra stazione appaltante e appaltatore³⁷. La discrezionalità dell'amministrazione sotto questo profilo è dunque particolarmente pregnante, ravvisandosi, come visto, i limiti per essa, nelle declinazioni specifiche di cui al citato art. 98, disposizione che circoscrive le fattispecie rilevanti di illecito professionale, i mezzi di prova adeguati e gli oneri motivazionali, con richiamo agli elementi specifici, cui è tenuta l'amministrazione, oltre che ai principi generali di logicità e congruità³⁸. In definitiva, al ricorrere di una delle situazioni indicate dall'art 95 d.lgs. 36 del 2023 la stazione appaltante non potrà automaticamente escludere l'operatore economico, ma sarà tenuta a dare compiuta e ragionevole motivazione ai sensi dell'art 3 della L. 241 del 1990.

La stazione appaltante, nella vicenda oggetto della sentenza, escludeva il ricorrente senza offrire alcuna motivazione circa il venir meno del rapporto di fiducia con l'operatore economico, e non teneva conto delle misure di *self-cleaning* adottate dallo stesso prima della procedura di gara.

4. LE MISURE DI SELF-CLEANING

Il giudice amministrativo, con la sentenza in esame, censura il provvedimento escludente della pubblica amministrazione per non aver preso in considerazione e motivato circa le misure di *self-cleaning* adottate dall'operatore economico prima della presentazione dell'offerta consistite nell'adozione del modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001³⁹. Il nuovo art. 96 rubricato 'Disciplina dell'esclusione' stabilisce, al secondo comma, che l'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95 non è escluso se si sono verificate le condizioni di cui al comma 6, e ha adempiuto agli oneri di cui ai commi 3 e 4.

La disciplina delle cause di esclusione, così come delineata, deve necessariamente confrontarsi con le misure di *self-cleaning* eventualmente adottate dall'operatore economico. Tali misure tendono a ristabilire il rapporto di fiducia tra l'impresa e la stazione appaltante e possono essere adottate sia prima che dopo la presentazione dell'offerta, come si evince dalla lettera dell'art 96 commi 3 e 4.⁴⁰ Appare opportuno, a questo punto, descrivere l'evoluzione del *self-cleaning* dal punto di vista normativo.

Per *self-cleaning* si intendono le misure di autodisciplina o di riorganizzazione interna adottate dall'operatore economico tese ad evitare l'effetto escludente dalla procedura di gara⁴¹. Esse si sostanziano in un ravvedimento operoso che consente all'operatore di dimostrare la sua persistente affidabilità nonostante la sussistenza di un motivo di esclusione (automatica e/o non automatica).⁴² La disciplina delle misure di *self-cleaning* trova fondamento nella normativa europea

³⁷ A. RIPEPI, *Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato* n. 3-2023; T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, 2021, p. 60;

³⁸ Tar Sardegna, sez. I, 11 marzo 2024, n. 204; Consiglio di Stato, Sez. V, 14 giugno 2024, n. 5354.

³⁹ S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. Trim. dir. Pen.*, 2017, pp. 49 ss.

⁴⁰ Art 96 d.lgs. n. 36/2023: comma 3). Se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, la comunica alla stazione appaltante e, alternativamente: a) comprova di avere

adottato le misure di cui al comma 6; b) comprova l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottempera ai sensi del comma 4; comma 4). Se la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure di cui al comma 6.

⁴¹ I. PICARDI, *Appalti pubblici e self cleaning: secondo la giurisprudenza amministrativa, la regola della valenza prof futuro delle misure rimediali non va applicata in maniera rigida ed critica* in *Appalti e Contratti* 2022.

⁴² I. DEMURO, *Self cleaning e organizzazione della impresa societaria*, in *Rivista delle Società*, fasc.4, 2021, p. 874.

e, in particolare, alle previsioni delle direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE. La direttiva 2014/24/UE, in particolare, all'art. 57, par. 6, prevede espressamente che un operatore economico escluso per gravi illeciti può adottare misure tali da dimostrare la propria affidabilità, nonostante l'esistenza delle cause di esclusione. Le misure possono includere, ad esempio, il risarcimento del danno, la cooperazione con le autorità per chiarire i fatti e l'adozione di sistemi di controllo interni. In attuazione alle disposizioni unionali il legislatore le aveva espressamente previste all'art 80 comma 7 d.lgs. n. 50/2016. Tale norma individuava tre ipotesi di misure: l'aver risarcito o essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito; l'aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale, collaborando attivamente con le Autorità investigative; l'aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori illeciti. Successivamente all'entrata in vigore del codice del 2016 si è formato un forte dibattito giurisprudenziale⁴³ e numerosi sono stati gli interventi dell'A.N.A.C.⁴⁴ L'operatività delle misure è stata a lungo oggetto di dibattito giurisprudenziale durante la vigenza del codice del 2016. Al riguardo si contrapponevano due diversi orientamenti. Una prima tesi giurisprudenziale escludeva che le misure adottate *in itinere* fossero rilevanti per la procedura in corso, bensì queste aveva efficacia solo *pro-futuro*, ovvero per la partecipazione a gare successive.⁴⁵ Una diversa impostazione è stata, invece, seguita più di recente dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui le misure di self-cleaning adottate dall'operatore economico in pendenza della gara hanno efficacia

immediata, consentendo alla stazione appaltante di valutare immediatamente la loro idoneità a ricostruire il rapporto fiduciario.⁴⁶

Il nuovo art. 96 d.lgs. n. 36 del 2023 è intervenuto sull'istituto del *self-cleaning*, ponendosi in linea di continuità con questo orientamento della giurisprudenza, e dilatandone l'estensione applicativa in misura maggiore rispetto alla formulazione del codice del 2016.

In definitiva, per l'esclusione di un operatore economico che si trovi in una situazione di cui agli artt. 94 e/o 95 e che abbia adottato una misura di *self-cleaning*, l'amministrazione è tenuta ad un doppio onere motivazionale: il primo, finalizzato a dimostrare che la situazione in cui versa l'operatore è idonea a recidere il rapporto di fiducia con la stazione appaltante, e il secondo volto a provare che le misure di self-cleaning sono intempestive o inappropriate per ricostituire quel rapporto fiduciario.⁴⁷

Alla luce del quadro normativo così ricostruito, la sentenza in commento accoglie i motivi di ricorso proposti dall'operatore economico escluso, poiché la stazione appaltante non ha assolto al suddetto doppio onere motivazionale. L'operatore economico, infatti, si trovava in una delle situazioni di cui all'art 95, e aveva tempestivamente e spontaneamente adottato le misure di self-cleaning al fine di evitare l'esclusione dalla procedura di gara (la società ricorrente aveva adottato il modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001). In particolare, si sottolinea l'illegittimità dell'esclusione perché l'amministrazione non ha vagliato né la tempestività, né l'efficacia delle misure adottate, finalizzate a far venir meno il rapporto di sfiducia verso l'operatore economico.

⁴³ Consiglio di Stato, Sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158; Consiglio di Stato Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4363.

⁴⁴ Delibera A.N.A.C. Linee Guida n. 6/2016 - Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, in www.anticorruzione.it

⁴⁵ Consiglio di Stato, Sez. III, 2 agosto 2021, n. 5659; Consiglio di Stato, Sez. III, 11 gennaio 2022, n. 198; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107.

⁴⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2023, n. 7949.

⁴⁷ Consiglio di Stato, Sez. III, 22 febbraio 2023, n.1791; Consiglio di Stato, Sez. III, 9 maggio 2023, n.4669: Nella valutazione del grave errore professionale, tale da condurre

all'esclusione del concorrente dalla gara pubblica, la stazione appaltante deve compiere una complessa verifica articolata su due livelli: deve innanzitutto qualificare il comportamento pregresso tenuto dall'operatore economico, come idoneo ad incrinare la sua affidabilità ed integrità nei rapporti con l'Amministrazione; una volta decretata la qualificazione negativa di tale operatore sulla base della condotta pregressa, la stazione appaltante deve verificare se tale giudizio negativo sia predicabile, a livello prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione; in altre parole, la valutazione 'in astratto' dell'affidabilità ed integrità dell'operatore economico, fondata sul solo fatto storico, deve essere declinata 'in concreto', tenendo conto di tutte le circostanze di fatto che caratterizzano la fattispecie in esame, tra le quali rientrano anche le misure di self-cleaning nel frattempo assunte dall'operatore economico.

5. L'IRRILEVANZA DELL'INTEGRAZIONE PROCESSUALE DELLA MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO ESCLUDENTE

Il 'fenomeno' dell'integrazione della motivazione in sede processuale è da sempre dibattuto in dottrina e in giurisprudenza. La Corte, con la sentenza in esame, affronta la questione statuendo l'irrilevanza della motivazione fornita dalla stazione appaltante in sede processuale attraverso atti difensivi.

L'art 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 prevede che ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato e che l'amministrazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.⁴⁸ L'obbligo di motivazione rappresenta la positivizzazione del principio di trasparenza dell'attività amministrativa; attraverso la motivazione l'amministrazione rende edotto il destinatario dell'atto dell'iter logico-giuridico seguito e posto a fondamento della decisione; ovvero con la motivazione si rende effettiva la conoscenza del contenuto provvedimento e delle ragioni che lo giustificano.⁴⁹

È dato acquisito dalla giurisprudenza che, per assolvere tale funzione, la motivazione deve essere necessariamente contestuale all'atto emanato; la contestualità tra atto e motivazione permette al destinatario di individuare gli eventuali punti critici, illogici, *contra ius* del provvedimento, in tal modo il privato potrà, in caso di impugnazione, organizzare

la sua strategia difensiva.⁵⁰ Si può dunque affermare che l'obbligo di motivazione sancito dall'art. 3, legge n. 241/90 non solo si colloca in una logica defensionale, ma si pone, altresì, come espressione di un mutamento della cultura dell'azione amministrativa, caratterizzata da un maggiore coinvolgimento dei soggetti privati, quale espressione del principio di democraticizzazione dell'agire pubblico.⁵¹ L'espressione "motivazione successiva o postuma" può sottendere diversi fenomeni, compendiabili, quanto meno, nei seguenti: a) integrazione della motivazione mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi; b) opera del giudice amministrativo, allorché fonda il proprio convincimento utilizzando atti non richiamati dalla motivazione (c.d. motivazione «implicita»); c) integrazione effettuata dalla pubblica amministrazione attraverso l'emanazione di un autonomo provvedimento di convalida.⁵²

Nel caso in esame, l'amministrazione aveva escluso l'operatore economico ex art 95 d.lgs. 36/2023 senza fornire alcuna motivazione; l'impresa aveva adottato le misure di self-cleaning previste dall'articolo successivo, la stazione appaltante non aveva dedotto alcunché in merito all'opportunità, idoneità e tempestività delle misure in sede provvedimento. L'amministrazione chiamata in giudizio, come parte resistente, produceva delle memorie difensive con le quali indicava i motivi dell'esclusione, specificando e soffermandosi sull'inopportunità e l'intempestività delle misure di self-cleaning.

⁴⁸ I. ROSSI, *La motivazione del provvedimento amministrativo: evoluzione storica dell'istituto, sua disciplina positiva e possibilità di integrazione postuma*, in www.ildirittoamministrativo.it, Padova 2022.; D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni, Una introduzione*, pp. 337 ss., Bologna 2019; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo parte generale e parte speciale*, XV edizione Roma 2022, pp. 1254 ss.; G. CORSO, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 463 ss.; s.v. G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento V, Milano, 2001, pp. 774 ss.

⁴⁹ M. C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Rivista Diritto Amministrativo*, fasc.1, marzo 2015, p. 121.

⁵⁰ Consiglio di Stato Sez. III, 7 novembre 2022, n. 9719.

⁵¹ G. COCOZZA, *Il difetto di motivazione del provvedimento giurisdizionale e amministrativo. Simmetrie e spunti nei*

percorsi giurisprudenziali, in *Rivista Il Processo*, fasc.1, 2023, p. 111; M. A. SANDULLI, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, in *Foro Amministrativo* (II), fasc.3, 2018, p. 361; C. VILLANACCI, *La motivazione postuma del provvedimento amministrativo*, in www.salvisjuribus.it, 2021.

⁵² Nel caso di provvedimento di secondo grado, nelle forme della convalida si veda, Consiglio di Stato Sez. VI, 27 febbraio 2024, n.1903, secondo cui: L'integrazione della motivazione in sede giudiziale nel processo amministrativo è ammissibile solo se avviene attraverso gli atti del procedimento o con un provvedimento autonomo di convalida, utilizzando elementi univoci e sufficienti presenti negli atti istruttori. Al contrario, è inammissibile un'integrazione postuma della motivazione tramite atti processuali o scritti difensivi. In dottrina, sul punto, si veda, G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *P.A. Persona e Amministrazione, Ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'Economia*, n.1 2017, pp. 241 ss.

La Corte sottolinea come la illegittimità del provvedimento per difetto di motivazione non possa ritenersi emendata dalle ragioni articolate in giudizio dalla stazione appaltante in quanto, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa, si palesa inammissibile un'integrazione postuma della motivazione, rispetto a quanto riportato nel contenuto dei provvedimenti impugnati, resa nel corso del giudizio e contenuta negli scritti difensivi dell'amministrazione.⁵³ L'onere motivazionale deve essere assolto con il provvedimento che dispone l'esclusione dell'operatore economico, essendo del tutto inammissibile una motivazione che viene a formarsi durante il giudizio. Il sistema amministrativo, in forza del principio di legalità, nella sua funzione di deducibilità e di conformità dell'atto alla legge attributiva e/o regolativa del potere amministrativo, ripudia una motivazione in fieri; di talché la stazione appaltante è tenuta a motivare in maniera completa contestualmente all'emanazione del provvedimento di esclusione.⁵⁴

6. CONCLUSIONI

Il giudice amministrativo, con la sentenza in esame, chiarisce il quadro normativo in materia di cause di esclusione introdotto dal d.lgs. n. 36/2023. La Corte evidenzia la differenza tra le cause di esclusione automatica (art 94) e le cause di esclusione non automatica (art 95): nel primo caso l'opportunità dell'esclusione è valutata a monte dal legislatore, per cui la p.a. gode di un potere vincolato; nel secondo caso, invece, l'amministrazione dovrà, attraverso l'esercizio di potere discrezionale, valutare e accertare che sia venuto meno il rapporto di fiducia con l'operatore economico. Questa distinzione si riflette, di conseguenza, sulla motivazione del provvedimento escludente che è necessaria solo nel caso di esclusione non automatica. Le nette differenze tra le due categorie di cause di esclusione tendono ad affievolirsi alla luce della disciplina dell'esclusione di cui all'art 96 del codice dei contratti pubblici.

L'adozione di misure di *self-cleaning* sufficienti e tempestive, oggi ammessa sia prima che dopo la presentazione dell'offerta, permette all'operatore economico, che venga a trovarsi in una delle ipotesi che giustificano l'esclusione, di rimanere in gara.

La disciplina messa in evidenza dalla Corte è coerente con i principi espressi al Titolo I del nuovo codice. Le cause di esclusione dell'operatore economico sono tassative (art 10) e si giustificano in forza del venir meno del rapporto di fiducia tra la stazione appaltante e l'operatore stesso (art 2); ebbene, le misure di *self-cleaning* permettono di 'ricucire' il rapporto di fiducia nell'ottica della massima partecipazione alla gara, funzionale a conseguire il migliore risultato possibile⁵⁵ (art 1). L'obiettivo del legislatore sembra essere quello di volere evitare automatismi in tema di esclusione dell'operatore economico.

In tema di cause di esclusione, secondo la disciplina del nuovo codice, non si registrano sentenze del massimo organo della giustizia amministrativa; tuttavia, di recente, la tematica è stata oggetto di interesse in diversi tribunali amministrativi regionali.⁵⁶ La sentenza in esame non è stata oggetto di impugnazione dinanzi al Consiglio di Stato.

⁵³ Cfr.; T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, 19 febbraio 2024, n. 1176; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480; T.A.R. Lazio Roma, Sez. III bis, 1 dicembre 2021, n. 12397; T.A.R. Toscana, 15 giugno 2021, n. 917; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 16 dicembre 2021, n. 373.

⁵⁴ T.A.R. Napoli, Sez. IV, 19 febbraio 2024, n. 1176.

⁵⁵ M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei Contratti pubblici; una storia da riscrivere*, in *Federalismi*, 9/2024, pag. 206 ss.

⁵⁶ T.A.R. Sicilia (Catania), Sez. II, 6 maggio 2024, n. 1679.