



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto e Regolazione dei Contratti Pubblici

**Il self-cleaning come strumento di riabilitazione nelle procedure di gara:
un'analisi delle novità e delle implicazioni giuridiche nella gestione delle
esclusioni**

Chiar.mo Prof. Alessandro Botto

RELATORE

Chiar.mo Prof. Marco Macchia

CORRELATORE

Alessandra Ambrosio

Matricola 163533

CANDIDATA

Anno Accademico 2024/2025

Indice Sommario

Introduzione	5
CAPITOLO I.....	8
I REQUISITI DI ORDINE GENERALE.....	8
1. La riforma del Codice dei contratti pubblici e il riordino delle cause di esclusione: una lettura sistematica	8
2. I requisiti di ordine generale: considerazioni preliminari.....	13
3. Le novità del Codice del 2023	17
3.1 Le cause di esclusione: quadro generale	19
3.1.2 Significato sistematico della distinzione	20
4. Le cause di esclusione automatica	23
4.1 I reati e i provvedimenti penalmente rilevanti	24
4.2 Misure di prevenzione e interdittive antimafia	29
4.3 Ambito di applicazione soggettivo	35
4.4 Ulteriori cause di esclusione automatica.....	40
5. Cause di esclusione non automatica	51
5.1 Le gravi infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro	53
5.2 Le situazioni di conflitto di interessi	55
5.3 Le ipotesi in cui si verifica una distorsione della concorrenza	59
5.4 Le offerte imputabili ad un unico centro decisionale	61
CAPITOLO II	64
IL DIRITTO AL <i>SELF-CLEANING</i>.....	64
1. La disciplina dell'esclusione: il principio di continuità nel possesso dei requisiti.....	64
2. Il fondamento del diritto al <i>self-cleaning</i>	68
3. Le misure di <i>self-cleaning</i> nel contesto del nuovo Codice: un focus sugli articoli 94 e 95	71
3.1 Art. 94, comma 6: l'irregolarità fiscale e contributiva definitivamente accertata	73

3.2 Art. 95 comma 2: le gravi violazioni non definitivamente accertate	78
4. Evoluzione normativa delle misure di <i>self-cleaning</i>	86
5. Il ruolo della stazione appaltante nella valutazione del <i>self-cleaning</i> : discrezionalità amministrativa e limiti	99
6. La rilevanza temporale delle cause di esclusione	108
CAPITOLO III	115
LE MISURE DI SELF-CLEANING NEI RAGGRUPPAMENTI DI IMPRESA: DISCIPLINA E PROSPETTIVE GIURISPRUDENZIALI.....	115
1. Inquadramento generale delle misure di <i>self-cleaning</i> : funzione e <i>ratio</i> dell'art. 97 d.lgs. n. 36/2023.....	116
1.1 L'idea di <i>self-cleaning</i> nel diritto dell'Unione europea.....	117
1.1.2 Principi ispiratori: responsabilità, ravvedimento e prevenzione	119
1.1.3 Differenze tra <i>self-cleaning</i> volontario e <i>self-cleaning</i> obbligato	121
2. La funzione del <i>self-cleaning</i> nel bilanciamento tra legalità e concorrenza	123
3. L'art. 97 del nuovo Codice dei contratti pubblici	125
3.1 Struttura normativa dell'articolo: analisi sistematica	126
3.2 Requisiti oggettivi e soggettivi delle misure correttive	128
4. Idoneità delle misure: valutazione discrezionale e parametri giurisprudenziali.....	132
4.2 Onere della prova e obbligo di collaborazione dell'operatore economico	138
4.3 La rilevanza del fattore temporale e dell'efficacia preventiva	142
5. Il problema dell'applicazione del <i>self-cleaning</i> nei raggruppamenti temporanei di impresa (RTI).....	146
5.1 Natura e struttura giuridica del raggruppamento d'impresa	146
5.2 Il principio della responsabilità solidale e la sua estensione.....	149
5.3 La tenuta costituzionale del sistema: artt. 41 e 97 Cost.	153
6. Focus giurisprudenziale: l'ordinanza TAR Lazio, Sez. IV Ter, n. 6562/2025 e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia	155

7. Esclusione e <i>self-cleaning</i> negli appalti pubblici: verso una sintesi critica del sistema normativo e giurisprudenziale	165
Conclusioni.....	172

Introduzione

Il presente elaborato si propone di analizzare in maniera approfondita il tema delle misure di *self-cleaning* nell'ambito del nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36. Tali misure, introdotte in ambito sovranazionale e recepite nell'ordinamento italiano in attuazione delle direttive europee in materia di appalti pubblici, rivestono un ruolo centrale nel delicato equilibrio tra l'esigenza di garantire l'integrità e l'affidabilità degli operatori economici e quella di favorirne il reinserimento nel mercato, a fronte dell'adozione di condotte riparatorie idonee a dimostrare il superamento delle cause di esclusione.

L'istituto del *self-cleaning* consente, infatti, all'operatore economico che si trovi in una situazione di pregressa inaffidabilità di evitare l'esclusione automatica dalle procedure di gara, qualora dimostri di aver adottato misure concrete e proporzionate volte a prevenire il rischio di reiterazione delle condotte contestate. Tale meccanismo si configura, pertanto, come uno strumento di rilevante interesse giuridico, capace di coniugare l'esigenza di ristabilire un livello adeguato di affidabilità professionale e morale con l'effettività dei principi di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

L'importanza sistematica del nuovo Codice è amplificata dalla scelta del legislatore di muoversi all'interno di un impianto normativo ispirato a una visione profondamente innovativa dell'azione amministrativa. Frutto del lavoro di una commissione speciale del Consiglio di Stato, il decreto

legislativo n. 36/2023 si propone non soltanto come un intervento di razionalizzazione e semplificazione, ma come una vera e propria riqualificazione dei principi regolatori del settore. In tal senso, il discorso di insediamento del Presidente Luigi Maruotti ha sottolineato con forza l'intento di segnare una cesura rispetto al passato, restituendo centralità allo spirito di iniziativa e alla responsabilità decisionale dell'amministrazione pubblica.

In questo contesto, il legislatore ha inteso reagire a un approccio eccessivamente formalistico e difensivo, che negli ultimi anni aveva alimentato un clima di sfiducia generalizzata nei confronti della pubblica amministrazione, culminato nella cosiddetta "paura della firma". Il nuovo impianto normativo, al contrario, mira a superare tale logica, promuovendo una cultura amministrativa improntata alla responsabilità, all'efficacia e al superamento delle rigidità procedurali.

L'elaborato si articola in tre capitoli, disposti secondo un percorso logico che conduce progressivamente al cuore dell'indagine.

Il primo capitolo è dedicato all'analisi delle cause di esclusione degli operatori economici dalle procedure di affidamento, tracciandone l'evoluzione normativa e giurisprudenziale fino alla disciplina vigente contenuta nel decreto legislativo n. 36/2023. In tale contesto si evidenzia come tali cause costituiscano il presupposto logico e giuridico per la comprensione delle misure di *self-cleaning*, oggetto dell'approfondimento successivo.

Il secondo capitolo, che costituisce il nucleo centrale dell'elaborato, è dedicato all'approfondimento delle misure di *self-cleaning* previste dal

nuovo Codice. L'analisi si concentra sui presupposti applicativi dell'istituto, sulla natura e sull'efficacia delle misure adottabili dagli operatori economici per dimostrare il superamento delle cause di esclusione, nonché sul ruolo valutativo attribuito alle stazioni appaltanti.

Il terzo capitolo rappresenta una naturale prosecuzione dell'analisi, concentrandosi sulle novità introdotte in materia di *self-cleaning* nei Raggruppamenti temporanei di imprese (RTI). Tale approfondimento consente di cogliere le specificità applicative dell'istituto all'interno delle forme aggregative, soffermandosi sulle questioni relative agli effetti delle misure adottate sul piano collettivo.

Attraverso questa analisi, la tesi intende offrire un contributo critico alla comprensione e all'applicazione del *self-cleaning*, evidenziandone le potenzialità, le criticità e le prospettive evolutive nel quadro della contrattualistica pubblica. Dunque, il presente lavoro si inserisce proprio in questo spazio, dove il rigore giuridico incontra la prospettiva del riscatto.

CAPITOLO I

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

SOMMARIO: 1. La riforma del Codice dei contratti pubblici e il riordino delle cause di esclusione: una lettura sistematica — 2. I requisiti di ordine generale: considerazioni preliminari — 3. Le novità del Codice del 2023 — 3.1 Le cause di esclusione: quadro generale — 3.1.2 Significato sistematico della distinzione — 4. Le cause di esclusione automatica — 4.1 I reati e i provvedimenti penalmente rilevanti — 4.2 Misure di prevenzione e interdittive antimafia — 4.3 Ambito di applicazione soggettivo — 4.4 Ulteriori cause di esclusione automatica — 5. Le cause di esclusione non automatica — 5.1 Le gravi infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro — 5.2 Le situazioni di conflitto di interessi — 5.3 Le ipotesi in cui si verifica una distorsione della concorrenza — 5.4 Le offerte imputabili ad un unico centro decisionale.

1. La riforma del Codice dei contratti pubblici e il riordino delle cause di esclusione: una lettura sistematica

La riforma della disciplina dei contratti pubblici, attuata mediante il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, rappresenta l'esito di un articolato percorso normativo e culturale volto alla semplificazione e razionalizzazione del settore. Il nuovo Codice dei contratti pubblici è stato adottato in attuazione della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, e si colloca

in un contesto di progressiva evoluzione dell'approccio alla materia degli appalti, segnato da una crescente consapevolezza circa le criticità della previgente disciplina, nonché dalla necessità di garantire maggiore efficienza e funzionalità dell'azione amministrativa.

La redazione del nuovo Codice è stata affidata, ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge delega, a una Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato, la cui composizione multidisciplinare ha consentito un approccio tecnico-giuridico che riflette la complessità del sistema dei contratti pubblici.

Obiettivo della riforma è quello di porre al centro della disciplina il risultato – inteso come affidamento ed esecuzione del miglior contratto possibile con le risorse disponibili – restituendo al tempo stesso fiducia reciproca tra amministrazioni e operatori economici, anche mediante il superamento del cosiddetto "pregiudizio del sospetto", che aveva condizionato la normativa precedente¹.

Il legislatore, sollecitato anche dalla Commissione europea, ha inteso così riformare un assetto normativo reso disfunzionale da un'eccessiva rigidità burocratica e da un atteggiamento di diffidenza verso la discrezionalità amministrativa, che si è tradotto in fenomeni quali la "burocrazia difensiva" e la "paura della firma". In tale ottica, il nuovo Codice mira a riconciliare l'esigenza di tutela della concorrenza, di derivazione euro-unitaria, con la realizzazione effettiva degli interessi pubblici.

¹ R. GIOVAGNOLI, Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

Negli ultimi decenni, la disciplina dei contratti pubblici è stata comunemente inquadrata quale articolazione del diritto alla concorrenza. Tale impostazione, è stata fortemente influenzata dall'impostazione inizialmente assunta dall'ordinamento dell'Unione europea nei confronti dell'affidamento delle commesse pubbliche da parte delle amministrazioni nazionali. L'intento era quello di evitare che le decisioni discrezionali delle amministrazioni degli Stati membri potessero tradursi in forme, anche solo potenziali, di discriminazione nei confronti di operatori economici aventi nazionalità diversa, sebbene stabiliti nel territorio dell'Unione.

Questo orientamento ha avuto una notevole incidenza anche sull'evoluzione interna del diritto degli appalti, contribuendo a consolidare una visione in cui il principio di concorrenza è stato interpretato come valore centrale e, talvolta, come fine autonomo dell'intera disciplina.

Si è così giunti, in alcuni casi, a una lettura distorta del sistema, nella quale la gara è stata considerata non più come mezzo per il raggiungimento del risultato amministrativo, ma come fine a sé stante. In reazione a questo squilibrio, la più recente riforma della normativa sui contratti pubblici ha introdotto un significativo mutamento di prospettiva, chiaramente espresso nell'art. 1 del nuovo Codice, il quale sancisce il principio del risultato come criterio guida dell'intera materia.

Alla luce di tale evoluzione, il diritto dei contratti pubblici tende oggi a essere ricondotto alla sua natura originaria di strumento dell'azione

amministrativa, volto alla concreta cura dell'interesse generale². La concorrenza torna così ad assumere il ruolo di mezzo, e non più di fine: essa è funzionale all'efficienza allocativa delle risorse pubbliche, secondo una logica che richiama, tra l'altro, il teorema di Coase, basato sull'ottimizzazione del rapporto tra costi, valore e benefici³.

In questo rinnovato scenario culturale, si colloca l'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale si contraddistingue per la sua natura di fonte immediatamente autoesecutiva: la disciplina in esso contenuta non necessita, infatti, di ulteriori provvedimenti attuativi, rendendo sin da subito conoscibile e applicabile l'intero impianto normativo.

Uno degli elementi qualificanti della riforma è rappresentato dalla codificazione dei principi generali, contenuti nella Parte I del Libro I, i quali assumono una valenza non solo interpretativa, ma anche direttamente precettiva⁴. In particolare, i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato delineano un nuovo paradigma dell'azione amministrativa nel settore degli appalti. Tali principi contribuiscono a costruire un sistema normativo organico e coerente, che consente una lettura sistematica delle disposizioni e, al contempo, fornisce alle stazioni appaltanti un quadro di riferimento chiaro e razionale.

In questa prospettiva di riorganizzazione e semplificazione, si inserisce anche la nuova disciplina dei requisiti di ordine generale e, in

² F. CINTIOLI, Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici, in *Diritto e processo amministrativo*, 2023, n.4.

³ F. CARINGELLA, Un cambio di paradigma: la concorrenza non è un valore ma uno strumento al servizio del risultato amministrativo, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI (a cura di), *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, Dike, 2024.

⁴ H. SIMONETTI, Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici, in *Judicium*, 2023.

particolare, delle cause di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara. La riforma ha inteso superare le ambiguità e le difficoltà applicative che avevano caratterizzato l'art. 80 del d.lgs. 2016, n. 50, il quale, pur recependo l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, mancava di una chiara distinzione tra cause di esclusione obbligatorie e facoltative, alimentando un contenzioso particolarmente rilevante.

La scelta di articolare la materia in cinque distinti articoli, ciascuno dotato di una propria rubrica e di un contenuto autonomo, risponde all'esigenza di una maggiore chiarezza sistematica e operativa. Tale articolazione consente sia agli operatori economici sia alle stazioni appaltanti di orientarsi con maggiore certezza nel complesso quadro delle esclusioni, rafforzando il principio della certezza del diritto⁵.

Il nuovo assetto normativo, dunque, si configura come il tentativo di offrire una disciplina più accessibile, coerente con i principi generali codificati e maggiormente funzionale al raggiungimento degli obiettivi sostanziali della contrattualistica pubblica. In conclusione, il nuovo Codice dei contratti pubblici si propone non solo come un intervento di razionalizzazione normativa, ma anche come uno strumento volto a promuovere una visione sistemica, basata su principi generali chiari, coerenti e immediatamente applicabili. La sua impostazione mira a superare le rigidità del passato, restituendo centralità al ruolo delle amministrazioni e valorizzando la discrezionalità amministrativa entro un quadro normativo trasparente e orientato al risultato. Come opportunamente auspicato da Pasquale De Lise, Presidente emerito del

⁵ A. UBALDI, G. AMISANO, Nuovo codice dei contratti annotato- Articolo 94, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Napoli, Editoriale scientifica, 2025.

Consiglio di Stato, «il nuovo Codice dovrebbe segnare l'avvio di un nuovo periodo finalmente caratterizzato da un adeguato livello di stabilità di questo fondamentale settore della vita economica del Paese, contribuendo così a garantire un pieno livello di certezza del diritto, nell'interesse delle stazioni appaltanti, degli operatori economici e, in ultima analisi, dei cittadini, che restano i destinatari finali di ogni intervento pubblico di spesa»⁶.

2. I requisiti di ordine generale: considerazioni preliminari

I requisiti di ordine generale sono requisiti di natura strettamente soggettiva, posti a garanzia dell'affidabilità morale e professionale dei concorrenti. Essi sono ritenuti dalla giurisprudenza “espressione di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza che il soggetto che contrae con l'amministrazione sia affidabile”⁷.

Essi devono essere soddisfatti da tutti i soggetti che, a qualunque titolo, partecipano all'affidamento, quindi tanto dagli operatori che partecipano singolarmente, quanto da coloro che partecipano in forma associata.

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, approvato con d.lgs. 31 marzo 2023, n.36, individua i requisiti di ordine generale “in negativo”, indicando i requisiti che non devono sussistere affinché un operatore economico possa partecipare a una procedura finalizzata all'affidamento

⁶ P. DE LISE, Dal “Codice de Lise” al “Codice Frattini”: alcuni spunti di raffronto e riflessione, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Napoli, Editoriale scientifica, 2025.

⁷ V. MASCELLO, E.M. SANTORO, IUS Amministrativo, Milano, Giuffrè.

di una commessa pubblica. Tali requisiti devono sussistere per tutta la durata della procedura, dalla fase di partecipazione sino alla fase di esecuzione, e per qualsiasi tipologia di affidamento, compresi i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nonché i contratti relativi ai settori esclusi dall'applicazione integrale del codice e i contratti di concessione. L'assenza di questi comporta l'esclusione dalla procedura di gara e, in taluni casi, la risoluzione dei contratti già stipulati.

I requisiti di ordine generale non vanno confusi, e quindi di conseguenza tenuti distinti, dai requisiti di carattere speciale, ossia dagli specifici requisiti di carattere tecnico e professionale prefissati dalla stazione appaltante in ragione dell'oggetto del contratto. E su un piano ancora differente si collocano i requisiti attinenti alla fase di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo quanto dichiarato dalla giurisprudenza comunitaria, la quale opera una netta distinzione tra la fase di selezione dell'offerente e la fase di selezione dell'offerta⁸.

La ratio della disciplina è quella di andare ad individuare dei requisiti soggettivi di idoneità morale e professionale dell'operatore economico, in modo da assicurare affidabilità nell'esecuzione del contratto e tutelare la pubblica amministrazione da eventuali inadempimenti e commistioni con soggetti malavitosi. Esigenza che emerge in modo ancora più marcato dalla specificità della situazione italiana, connotata da una spiccata presenza della criminalità organizzata.

La precedente disciplina, contenuta nell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, prevedeva una formulazione connotata da grande inorganicità e

⁸ A. MATTEO, A. OZZI, I requisiti di ordine generale, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), I nuovi appalti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

grosse incertezze in merito alla portata applicativa dei motivi di esclusione. Ciò determinava frequenti motivi di ricorso e ripetuti interventi dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁹ e della Corte di Giustizia Ue¹⁰, da cui emergeva in modo evidente la necessità di un intervento chiarificatorio da parte del legislatore nazionale.

Il Codice del 2023 nasce quindi dall'esigenza di razionalizzare, chiarire e semplificare le cause di esclusione, recependo i principi e gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza sovranazionale e interna.

⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 25 gennaio 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.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter medesimo codice” . Cons. Stato, Ad. Plen., 27 maggio 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” ;

Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 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) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al d.lgs. 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” .

¹⁰ CGUE, sez. IV, 26 gennaio 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” .

Sul piano comunitario, la disciplina attua l'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE¹¹ sugli appalti pubblici, l'art. 80 della Direttiva 2014/25/UE¹² sulle procedure d'appalto degli enti attivi nei cd. settori speciali e l'art. 38 della Direttiva 2014/23/UE¹³ sulle concessioni.

Per concludere, è importante sottolineare come dal principio di tassatività¹⁴ la giurisprudenza ha escluso la possibilità per la singola stazione appaltante di poter individuare ulteriori cause di esclusione di ordine generale rispetto a quelle previste dalla legge, le quali sono quindi ritenute tassative proprio perché si risolvono in una contrazione della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 della Costituzione¹⁵.

¹¹ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 che abroga la Direttiva 2004/18/CE.

¹² Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 che abroga la Direttiva 2004/17/UE.

¹³ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

¹⁴ A. POLICE, F. TOMASICCHIO, Il principio di tassatività e le cause di esclusione automatica, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), Commentario alla normativa sui contratti pubblici, Torino, Giappichelli, 2024.

¹⁵ Cons. St., sez. V, 22 agosto 2003, n.4750 “ Il comportamento anticoncorrenziale accertato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, pur integrando una grave violazione, non costituisce un "errore grave" nell'esercizio dell'attività professionale ai sensi dell'art. 12, lett. c), del D.P.R. n. 157/1995, tale da legittimare l'esclusione di un'impresa dalla partecipazione a gare pubbliche per l'affidamento di servizi. La disciplina delle cause di esclusione dalle gare pubbliche costituisce un regime legale tipico di norme "a fattispecie esclusiva", volto a comprimere posizioni di diritto soggettivo tutelate dalla Costituzione, come la libertà di iniziativa economica. Pertanto, tale disciplina deve essere interpretata in modo restrittivo, non essendo consentita un'estensione analogica delle ipotesi di esclusione previste dalla legge. L'art. 12, lett. c), del D.P.R. n. 157/1995 si riferisce a "errori gravi" commessi nell'esercizio dell'attività professionale, che incidono sulla capacità tecnica dell'impresa e che devono essere accertati dalla stessa amministrazione aggiudicatrice con cui è stato instaurato il rapporto contrattuale. Tale disposizione non può essere estesa a ricomprendere i comportamenti anticoncorrenziali accertati dall'Autorità Garante, i quali trovano una specifica disciplina sanzionatoria nella legge n. 287/1990, senza che il legislatore abbia previsto l'incapacità a contrarre con le pubbliche amministrazioni come ulteriore conseguenza. Inoltre, l'esclusione dalle gare pubbliche di imprese sanzionate per pratiche anticoncorrenziali, in assenza di una espressa previsione normativa, potrebbe risultare contraria ai principi di libera concorrenza e di tutela della libertà di iniziativa economica, nonché produrre effetti distorsivi sul mercato, in contrasto con le finalità perseguite dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato”.

3. Le novità del Codice del 2023

Il d.lgs. n. 36/2023 comporta delle innovazioni tanto sul piano formale quanto sul piano sostanziale e contenutistico.

Sotto il profilo formale e di collocazione, il nuovo Codice dedica ai requisiti di ordine generale un intero capo del Libro II, scorporando l'unico art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 in cinque distinti articoli.

Una prima innovazione riguarda la terminologia utilizzata, i nuovi articoli infatti sono stati rubricati cause di esclusione automatica e cause di esclusione non automatica e non più obbligatorie e facoltative, termini che ingeneravano molteplici equivoci circa la necessità di esaminare un motivo di esclusione obbligatorio, senza la possibilità di un effetto automatico escludente.

Una prima novità riguarda, quindi, la nomenclatura utilizzata, i termini “obbligatoria” e “facoltativa” sono infatti stati sostituiti dalle espressioni “esclusione automatica” e “non automatica” che, essendo collocati in due diversi articoli, hanno tracciato una demarcazione chiara tra le due categorie.

Occorre tuttavia necessario operare una precisazione, le Direttive UE in materia di appalti non impongono un vero e proprio automatismo espulsivo. Infatti, anche in presenza di un motivo di esclusione automatico, consentono agli operatori economici di fornire la prova di aver adottato delle misure correttive adeguate ed evitare in questo modo l'effetto escludente. La possibilità di attuare una misura di *self-cleaning* è prevista nella legislazione nazionale all'art. 96 del nuovo Codice dei Contratti pubblici, che ha ampliato l'ambito di applicazione di detto

istituto rispetto alla disciplina precedente. A fronte di questa possibilità non possiamo dunque parlare di una dicotomia in senso assoluto tra esclusione automatica e non, ma occorre comunque una valutazione da parte delle stazioni appaltanti circa l'idoneità delle misure correttive adottate dall'operatore, al fine di valutare la sua affidabilità e integrità, nell'esercizio del proprio potere discrezionale¹⁶.

Tra le novità dal punto di vista formale e sistematico rientra anche la nuova collocazione della fattispecie del cd. Illecito professionale, che rientra nelle cause di esclusione "automatica" ma è disciplinata analiticamente nel nuovo art. 98, recependo l'indicazione già contenuta nelle Linee Guida Anac n.6¹⁷.

Nonché la previsione di una rigida e tassativa individuazione dei mezzi di prova adeguati dell'illecito professionale al comma 6 dell'art. 98, con cui il legislatore ha finalmente chiarito che nessuna circostanza che non sia espressamente citata nel comma 6 dello stesso articolo, possa formare oggetto di una valutazione escludente¹⁸.

Sul piano sostanziale le novità sono numerose e piuttosto rilevanti, quanto ai soggetti che rilevano ai fini dell'esclusione, codificando un orientamento della giurisprudenza, è stato inserito un espresso riferimento

¹⁶ A. MATTEO, A. OZZI, Le novità del Codice del 2023, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), I nuovi appalti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

¹⁷ Linee Guida Anac n.6 approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n.1309 del 28 dicembre 2016, aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n.56, con la deliberazione del Consiglio n.1008 dell'11 ottobre 2017.

¹⁸ Delibera Anac n.397 del 6 settembre 2023 "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".

agli amministratori di fatto. All'opposto è escluso il riferimento ai soggetti cessati dalla carica e al socio di maggioranza in caso di società con numero di soci pari o inferiore a quattro, discostandosi in questo modo rispetto a quanto previsto dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

Inoltre, una rilevante novità è data dall'eliminazione dell'equiparazione tra la sentenza di patteggiamento e la sentenza definitiva di condanna, con l'obiettivo di adeguare il codice alle modifiche introdotte dalla riforma "Cartabia". Inversamente, si ritiene che la sentenza di patteggiamento possa rilevare quale mezzo di prova del grave illecito professionale, determinando così un'aporia del sistema.

Pertanto, al fine di chiarire meglio la portata delle novità introdotte dal nuovo Codice e il modo in cui operano nel nostro ordinamento, procederemo con un'analisi approfondita degli articoli di cui la disciplina si compone, esaminando nel dettaglio le implicazioni pratiche.

3.1 Le cause di esclusione: quadro generale

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, i requisiti di ordine generale rappresentano una condizione imprescindibile per la legittima partecipazione degli operatori economici alle gare. Essi mirano a garantire che i concorrenti siano non solo solvibili dal punto di vista economico, ma anche affidabili sul piano etico e professionale, dotati di una condotta morale che risulti coerente con i principi dell'ordinamento. A differenza dei requisiti di qualificazione, che attengono alla capacità tecnico-organizzativa e finanziaria dell'impresa e sono modulati in relazione alla tipologia e all'entità dell'appalto, i requisiti generali trovano applicazione uniforme in tutte le procedure di affidamento,

indipendentemente dal settore di intervento o dal valore economico del contratto.

Il venir meno di tali condizioni integra una causa di esclusione dalla gara, nei termini indicati agli articoli 94 e 95 del d.lgs. n. 36/2023, i quali elencano espressamente le situazioni che determinano l'assenza dei requisiti richiesti. In tale contesto normativo, si inserisce la fondamentale distinzione introdotta dal nuovo Codice tra cause di esclusione automatica e cause di esclusione non automatica, la quale non è il frutto di una scelta meramente lessicale, ma riflette una più profonda evoluzione concettuale e operativa del sistema di selezione degli operatori economici, anche alla luce delle esigenze di razionalizzazione e chiarezza sistematica richieste dalla legge delega¹⁹.

3.1.2 Significato sistematico della distinzione

Le cause di esclusione automatica, contenute nell'art. 94 del codice, si caratterizzano per l'assenza di qualsiasi margine di valutazione da parte dell'amministrazione. In presenza dei presupposti normativamente previsti (ad esempio, condanne penali irrevocabili per reati gravi, partecipazione a un'organizzazione criminale, violazioni gravi in materia di imposte o contributi previdenziali), l'esclusione dell'operatore economico è obbligata e immediata. La stazione appaltante non dispone né di discrezionalità tecnica o amministrativa, circa la ricognizione dei

¹⁹ A. ROSI, M. DENICOLA', *Inquadramento generale. Il capo II, Titolo IV, Parte V, Libro II e la nuova sistematica dei requisiti di ordine generale*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, Ipsoa, 2023.

fatti e la ponderazione dell'impatto di tali fatti sull'affidabilità del concorrente. Tali ipotesi si fondano su un giudizio ex ante del legislatore circa l'incompatibilità assoluta di determinate condotte con la partecipazione a gare pubbliche²⁰. La ratio sottesa a queste disposizioni è quella di garantire la massima tutela dell'interesse pubblico, impedendo che soggetti ritenuti strutturalmente inaffidabili, o già protagonisti di gravi violazioni dell'ordinamento, possano accedere a risorse pubbliche mediante l'aggiudicazione di contratti.

Di contro, le cause di esclusione non automatica, disciplinate dall'art. 95, richiedono una valutazione concreta e contestualizzata da parte della stazione appaltante, che conserva un margine di apprezzamento discrezionale tanto nella verifica dei presupposti di fatto quanto nella determinazione delle conseguenze giuridiche. In questi casi, l'esclusione non è vincolata, ma subordinata a una valutazione sostanziale circa l'affidabilità dell'operatore economico. Rientrano in questa categoria, ad esempio, le situazioni di illecito professionale grave, conflitto d'interessi, significative carenze nell'esecuzione di precedenti contratti o altri comportamenti suscettibili di compromettere la correttezza e trasparenza dell'esecuzione contrattuale.

Tale assetto normativo risulta in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha riconosciuto agli Stati membri un potere discrezionale nella regolazione delle cause di esclusione facoltative, purché nel rispetto dei principi fondamentali del diritto

²⁰ S. R. MOLINARO, Le cause di esclusione in generale, in R. GIOVAGNOLI, G. ROVELLI (a cura di), Codice dei Contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

europeo, quali proporzionalità, non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento²¹. La valutazione discrezionale deve essere motivatamente esercitata e fondata su elementi oggettivi, in modo da evitare derive arbitrarie o discriminatorie. In tal senso, le cause di esclusione non automatica impongono un più articolato bilanciamento tra l'interesse pubblico alla selezione di operatori affidabili e il diritto dei concorrenti a partecipare liberamente alle procedure, anche alla luce di eventuali misure di *self-cleaning* adottate dall'operatore.

La nuova distinzione tra esclusione automatica e non automatica assume quindi rilevanza sistematica sotto vari profili: in particolare sul piano sostanziale, in quanto definisce il grado di pericolosità attribuito a ciascun comportamento; nonché sul piano garantistico, poiché consente una maggiore tutela del principio di proporzionalità e di partecipazione, soprattutto nelle ipotesi non rigidamente tipizzate. Infine, tale distinzione rappresenta un importante strumento per superare le ambiguità interpretative emerse sotto il vigore del codice del 2016, nel quale le espressioni “facoltativa” e “obbligatoria” avevano talvolta generato incertezze sull'effettivo ambito di applicazione delle singole cause.

Nonostante una trattazione più dettagliata dell'argomento si avrà nel capitolo successivo, è possibile, sin da ora, anticipare come l'apparente dicotomia tra cause di esclusione obbligatorie e non obbligatorie non possa essere considerata in termini assoluti²². È necessario, invece,

²¹ Fusco, L., Le esclusioni dalla gara nei contratti pubblici: analisi delle cause e degli effetti giuridici, *Giurisprudenza Italiana*, n. 6, 2019, pp. 75-90.

²² G. VERCILLO, I requisiti di ordine generale, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI (a cura di), *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, Dike giuridica, 2024

adottare un approccio che tenga conto dell'operatività del meccanismo del *self-cleaning*. Questo comporta che, ogniqualvolta l'operatore invochi l'istituto del *self-cleaning*, l'amministrazione è chiamata ad effettuare una valutazione circa la congruità delle misure correttive, con riferimento alla concreta idoneità della stesse a garantire l'affidabilità del soggetto partecipante.

4. Le cause di esclusione automatica

L'art. 94 del d.lgs. n. 36/2023 disciplina le cause di esclusione di tipo automatico, impedendo così la partecipazione di soggetti le cui condotte siano ritenute incompatibili con la posizione di un contraente pubblico. Tali cause operano di diritto, senza margini di discrezionalità da parte della stazione appaltante, salvo quanto previsto dall'art.96. La nuova disposizione riprende, sul piano sistematico, la stessa struttura dell'art 80 del d.lgs. n. 50/2016. La disposizione ha provveduto a definire in modo specifico le condanne penali che determinano l'esclusione, discostandosi dalla precedente regolamentazione, che aveva generato un ampio contenzioso, contenuta nell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo la quale veniva considerata rilevante qualsiasi condanna per reati gravi in grado di incidere sull'integrità professionale.

I reati indicati nell'art. 94, comma 1, lett. da a a g, sono tratti dall'art. 57, par. 1, lett. da a a f della Direttiva 2014/24/UE. Dobbiamo precisare che, non esistendo un codice penale unificato per tutti gli Stati membri, la Direttiva non può utilizzare il *nomen iuris* ma si riferisce ai reati in base alle loro tipologie. Le direttive descrivono le condotte penalmente rilevanti per ciascuna categoria di reati, rinviando a decisioni

quadro, direttive o convenzioni internazionali. Il recepimento italiano si riferisce ai reati secondo la classificazione dell'ordinamento penale nazionale e, solo per la partecipazione a un'organizzazione criminale (lettera a) e per la frode (lettera d), prevede un rinvio anche agli atti sovranazionali²³.

4.1 I reati e i provvedimenti penalmente rilevanti

Il comma 1 dell'art. 94 disciplina i reati e i provvedimenti penalmente rilevanti, e in particolare prevede l'esclusione dell'operatore economico in presenza di condanne con sentenza definitiva o decreto irrevocabile per alcuni tipi di reati tassativamente indicati dal codice.

La norma, a seguito della riforma Cartabia²⁴, ha eliminato il riferimento alla sentenza di patteggiamento ex art. 444 c.p.p. Alla luce del nuovo disposto del precitato articolo possiamo affermare che la sentenza di patteggiamento definitiva non rileva quale causa di esclusione automatica per i reati di cui all'art. 94, comma 1, mentre la sentenza di patteggiamento non definitiva possa rilevare quale mezzo di prova del grave illecito professionale.

Questa previsione va completata tramite il richiamo all'art. 445, comma 1-bis c.p.p., così come modificato dalla Legge Cartabia. Da tale articolo possiamo desumere che la sentenza di patteggiamento è equiparata, invece, alla sentenza di condanna nel caso in cui siano applicate pene accessorie, di qualsiasi natura. L'art 445 c.p.p. prevede

²³S. R. MOLINARO, Le cause di esclusione automatica, in R. GIOVAGNOLI, G. ROVELLI (a cura di), Codice dei Contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

²⁴ D.lgs. 10 ottobre 2022, n.150

infatti che “se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza prevista dall’art. 444, comma 2, alla sentenza di condanna”.

Da tale formulazione, dunque, emerge che la sentenza di patteggiamento rileva, di fatto, soltanto quando si realizza l’autonoma causa ostativa di cui alla lettera h) del comma 1 dell’art. 94 che prevede quale causa di esclusione “ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l’incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione”²⁵.

L’elenco dei reati di cui al comma 1 dell’art. 94, è tassativo e immune da interpretazioni estensive.

Tale tassatività sembra, in un certo senso, intaccata dalla previsione di cui alla lettera h) che configura una categoria aperta di reati, in cui possono potenzialmente rientrare diverse disposizioni. La lettera h) è atta a ricomprendere “ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione”, pena prevista per alcune fattispecie di reato particolarmente gravi.

In verità, in ordine alla lettera h), è stato osservato che il legislatore con tale forma di chiusura non volesse dilatare la tassatività dei reati rilevanti, bensì codificare l’esclusione dalla procedura di gara di quei soggetti gravati dalla pena accessoria interdittiva²⁶.

Quanto ai reati che costituiscono causa di esclusione automatica, l’art. 94 comma 1, ricomprende:

“ a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416,416-bis del codice penale oppure delitti commessi avvalendosi delle condizioni

²⁵A. ROSI, M. DENICOLO’, Cause di esclusione automatica, in L. R. PERFETTI (a cura di) , Codice dei contratti pubblici, Milano, Ipsoa, 2023.

²⁶ R. GAROFOLI, G. FERRARI, Codice dei contratti pubblici, Neldiritto, Molfetta, 2024.

previste dal predetto articolo 416-bis oppure al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 452-quaterdieces del codice penale, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 24 ottobre 2008;

b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317,318,319,319-ter, 319-quater, 320,321,322,322-bis, 346-bis, 353,353-bis, 354,355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile;

c) false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile;

d) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995;

e) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;

f) delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109;

g) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24;

h) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione”²⁷.

Le condanne penali definitive per i reati previsti dal comma 1 dell'articolo 94, d.lgs 36/2023 costituiscono condizioni che portano automaticamente all'esclusione dalla gara. In presenza di tali situazioni, l'esclusione è un atto obbligatorio e vincolante per la stazione appaltante. Tuttavia, ciò non implica che le stazioni appaltanti siano esonerate dall'obbligo di svolgere un'accurata istruttoria, di fornire una motivazione adeguata e completa nel provvedimento di esclusione, o di esercitare una valutazione discrezionale, seppure limitata agli ambiti di *self-cleaning* previsti dall'art. 96, comma 6. Infatti, la stazione appaltante, anche quando riscontri una condanna definitiva per uno dei reati indicati al comma 1 dell'art. 94, deve verificare che il caso rientri nelle tempistiche di rilevanza escludente stabilite nei commi 8 e 9 dell'art. 96, e che, secondo quanto disposto dal comma 7 dell'art. 94, il reato non sia stato depenalizzato, estinto, né la condanna sia stata revocata. Inoltre, la stazione appaltante deve anche valutare l'eventuale misura di *self-cleaning* fornita dall'operatore economico, come previsto dall'art. 96, comma 6, alla luce della loro adeguatezza e tempestività.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'estinzione del reato, dal punto di vista giuridico, non avviene automaticamente con il semplice trascorrere del tempo, ma deve essere

²⁷ Art. 94, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

ufficialmente riconosciuta attraverso una decisione del giudice dell'esecuzione penale, che è l'unico organo competente per verificare i presupposti e le condizioni necessarie per tale dichiarazione. Di conseguenza, fino a quando non venga emesso tale provvedimento giurisdizionale, non si può considerare il reato estinto e il concorrente non è esonerato dall'obbligo di dichiarare l'esistenza della condanna²⁸. Considerazioni analoghe si applicano alla riabilitazione, per la quale, ai sensi dell'art. 683 c.p.p., è necessaria una decisione del giudice di sorveglianza, su richiesta dell'interessato. Riguardo agli obblighi dichiarativi, è stato osservato che tali oneri non possono includere i precedenti penali dichiarati espressamente estinti, poiché la legge stessa li considera irrilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara²⁹.

²⁸ Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n.1527 “Ritiene il Collegio che le trascritte motivazioni – pur nella loro necessaria sinteticità – evidenzino con chiarezza le ragioni della ritenuta insufficienza del mero decorso del tempo dalla condanna, ai fini della non applicabilità della causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 3, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Tali ragioni risiederebbero innanzitutto nella formulazione testuale di quest’ultima norma, secondo cui l’esclusione dalle gare di appalto per l’affidamento dei contratti pubblici “non va disposta e il divieto (di partecipazione) non si applica quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ...”.

Presupponendo una espressa “dichiarazione di estinzione”, la disposizione in esame contraddice la tesi difensiva secondo cui sarebbe sufficiente la presa d’atto del mero trascorso del tempo, ai fini estintivi dell’obbligo della dichiarazione. A ciò consegue il corollario per cui non si può predicare l’applicabilità mera del c.d. “falso innocuo” alle procedure d’evidenza pubblica, in quanto proprio la completezza delle dichiarazioni consente la celere decisione sull’ammissione dell’operatore economico alla gara (Cons. Stato, V, 27 novembre 2018, n. 6726)”.

²⁹ Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n.761 “Al riguardo, il Collegio ritiene di non doversi discostare da quanto più volte osservato da questo Consiglio di Stato e cioè che l’obbligo del partecipante di dichiarare le condanne penali per “reati gravi” non ricomprende le condanne per reati estinti o depenalizzati, non già per il fatto che quei fenomeni estintivi siano “ex se” sintomatici della “non gravità” dei reati, quanto piuttosto in ragione dell’effetto privativo che l’abrogatio criminis (ovvero il provvedimento giudiziale dichiarativo della estinzione del reato) opera sul potere della stazione appaltante di apprezzare la incidenza, ai fini partecipativi, delle sentenze di condanna cui si riferiscono quei fatti di reato (Cons. Stato sez. VI , 3.9.2013, n. 4392)”.

4.2 Misure di prevenzione e interdittive antimafia

Le disposizioni di cui all'art. 94, comma 2, del Codice prevedono che “ È altresì causa di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. La causa di esclusione di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011 non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del medesimo codice. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato ”.³⁰

I motivi di esclusione inerenti alla normativa antimafia erano in precedenza contenuti nell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n.50/2016 e, da prima, nell'art. 38, comma 1, lett. b), del d.lgs. n.163/2006. Il comma 2 dell'art. 94, nel prevedere le cause di esclusione, richiama gli strumenti di controllo previsti nel Codice antimafia, in particolare la comunicazione antimafia e l'informazione antimafia. Ai sensi del d.lgs, n.159/2011:”la comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui

³⁰ Art. 94, comma 2, d.lgs, n.36/2023.

all'articolo 67. L'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate”³¹.

Quanto agli elementi di continuità tra l'art.94, comma 2, d.lgs. n.36/2023 e l'art. 80, comma 2, d.lgs. n.50/2016, la nuova normativa conferma che l'attestazione di assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa è un requisito per partecipare alle gare, non limitandosi solo a essere una condizione necessaria per la stipula del contratto. Con questa disposizione si cercava di colmare una incertezza nata durante l'applicazione del d.lgs. n. 163/2006, incertezza riguardo la necessità che tale documentazione fosse necessaria solo per la stipula del contratto o anche per la partecipazione alla gara³².

In relazione all'informativa interdittiva, anche prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, era evidente che l'esclusione da una gara o la risoluzione di un contratto in corso di esecuzione fossero vincolate alla sopravvenienza di tale provvedimento³³.

³¹ Codice antimafia, art.84, commi 2-3, d.lgs. n.159/2011

³² A. CANDIA, I motivi di esclusione connessi alla disciplina antimafia, in F. CARINGELLA (a cura di), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

³³ Cons. St., sez. III, n. 319/2017 “13.3. Alle considerazioni svolte, circa la natura pubblicistica e speciale di tale potere spettante alla stazione appaltante (v., supra, §§ 4.8-4.10), si aggiunga qui che le Sezioni Unite della Cassazione (v., ex plurimis, Cass., Sez. Un., 29 agosto 2008, ord. n. 21928; Cass., Sez. Un., 18 novembre 2016, ord. n. 23468) hanno costantemente riconosciuto, nella loro giurisprudenza, che la deliberazione di recedere dal contratto di appalto, «conseguenziale all'informativa prefettizia di infiltrazioni mafiose nell'impresa appaltatrice, resa ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252» e ora dall'art. 92, comma 4, del d.lgs. n. 159 del 2011, è espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica, diretto a soddisfare «l'esigenza di evitare la costituzione

Per quanto riguarda gli effetti dell'interdittiva, la giurisprudenza afferma che essa "determina una particolare forma di incapacità giuridica... Si tratta di una incapacità giuridica prevista dalla legge a garanzia di valori costituzionalmente garantiti e conseguente all'adozione di un provvedimento adottato all'esito di un procedimento normativamente tipizzato e nei confronti del quale vi è previsione delle indispensabili garanzie di tutela giurisdizionale del soggetto di esso destinatario"³⁴.

Quanto agli elementi di novità del comma 2 dell'art. 94, un rilevante mutamento è espresso dalla limitazione dei soggetti sottoposti a verifica antimafia, in particolare non troviamo più il riferimento ai soci di maggioranza bensì un richiamo ai soli soggetti indicati al comma 3 dello stesso articolo. Questa modifica, evidenziata nella relazione illustrativa al codice, ha l'obiettivo di non ampliare il perimetro dei soggetti indicati nel comma 3, dell'art. 94, rispetto ai soggetti contemplati nell'art. 85 del codice antimafia³⁵, il quale risulta avere uno spettro soggettivo piuttosto ampio. A tal proposito, va ricordato che il riferimento "al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro"³⁶era stato inserito dal cd. Decreto Sblocca cantieri con l'intento di effettuare un allineamento tra l'ambito soggettivo delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. n.50/2016 e quello dei soggetti

o il mantenimento di rapporti contrattuali, fra i soggetti indicati nell'art. 1 del medesimo d.P.R. » e le imprese, nei cui confronti emergano sospetti di legami con la criminalità organizzata.

13.4. «Conseguentemente, trattandosi di atto estraneo alla sfera del diritto privato, in quanto espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente, il cui esercizio è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 11, comma 2, citato D.P.R., la relativa controversia appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo».

³⁴ Cons. Stato, Ad. Plen, n. 3/2018.

³⁵ Art. 85, comma 2, lett. c), d.lgs. n.159/2011.

³⁶ Art. 80, d.lgs. n. 50/2016.

sottoposti alle verifiche antimafia, di cui all'art. 85 del d.lgs. n.159/2011, adeguandosi in tal modo alle richieste dell'Anac³⁷. Nello specifico, in relazione ai controlli nelle società di capitali, mentre l'art. 80, comma 3, del Codice dei contratti pubblici menzionava il “socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di un altro tipo di società o consorzio», l'art. 85, comma 2, lett. c) del Codice antimafia faceva riferimento al «socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, o al socio unico”; su questo punto, l'Anac, con l'Atto di segnalazione n. 5 del 12 dicembre 2018, aveva rilevato la necessità di allineare le due disposizioni, in quanto “l'obiettivo comune doveva essere estendere i controlli ai soggetti che, nelle società con capitale sociale ristretto, hanno un rilevante potere di controllo”³⁸.

Un' ulteriore novità, prevista sempre all'art.94, comma 2, concerne la non operatività dell'esclusione da interdittiva antimafia, qualora l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-bis del Codice antimafia prima che sia intervenuta l'aggiudicazione. Questa previsione, si discosta dal Codice previgente, prevedendo una sanatoria che costituisce una sorta di deroga legislativa al principio di continuità nel possesso dei requisiti di carattere generale. Va, tuttavia, precisato che l'art. 17, comma 3, del D.lgs. n. 36/2023 stabilisce che la pendenza di tale procedimento non può provocare dilazioni dell'aggiudicazione³⁹.

Inoltre, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha escluso la possibilità di sospendere il giudizio sulla legittimità dell'interdittiva

³⁷ A. CANDIA, I motivi di esclusione connessi alla disciplina antimafia, in F. CARINGELLA (a cura di), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

³⁸ ANAC, Atto di segnalazione n.5, 12 dicembre, 2018.

³⁹ S. R. MOLINARO, Provvedimenti antimafia, in R. GIOVAGNOLI, G. ROVELLI (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

antimafia durante il procedimento per l'ammissione di un'impresa al controllo giudiziario. In particolare, con la sentenza n. 8/2023, ha stabilito che “la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34-bis, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva”.⁴⁰ La decisione si basa sull'interpretazione dell'art. 34-bis, comma 6, del Codice antimafia, che stabilisce che l'attivazione del controllo giudiziario presuppone l'impugnazione dell'interdittiva emanata dal Prefetto, ma non implica che il processo di impugnazione debba proseguire fino alla conclusione del controllo giudiziario. Inoltre, è stato evidenziato che il controllo giudiziario ha una natura dinamica, orientata a risanare l'impresa coinvolta in fenomeni mafiosi, mentre l'interdittiva antimafia ha una funzione preventiva. L'obiettivo del controllo giudiziario è impedire che l'impresa, compromessa da infiltrazioni mafiose, possa partecipare a gare d'appalto.

La Corte ha ritenuto che consentire la sospensione del giudizio in attesa del procedimento di controllo giudiziario altererebbe la funzione del processo, trasferendo su di esso obiettivi che esulano dai compiti del giudice. Questo principio è stato ribadito nella sentenza precitata, che ha confermato l'indipendenza dei due procedimenti e ha stabilito che la pendenza del controllo giudiziario non giustifica la sospensione del giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia.

In sintesi, la giurisprudenza ha chiarito che i procedimenti relativi all'interdittiva antimafia e al controllo giudiziario sono autonomi, e che la

⁴⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2023, Adunanza Plenaria su controllo giudiziario ed impugnazione dell'informativa antimafia interdittiva.

loro connessione non giustifica una sospensione automatica del giudizio di impugnazione⁴¹.

Dobbiamo inoltre sottolineare che, in conformità con il nuovo Codice dei contratti pubblici, l'esclusione automatica dalle gare di appalto ex art. 94 si verifica esclusivamente in presenza di un'informativa interdittiva emanata dal Prefetto. In tal senso, l'Anac ha precisato che la stazione appaltante è obbligata a conformarsi agli accertamenti effettuati dal Prefetto, procedendo all'esclusione dell'impresa solo qualora sussista tale informativa. L'Autorità ha altresì sottolineato che la stazione appaltante nel valutare la presenza di infiltrazioni mafiose in assenza di un'interdittiva prefettizia, potrebbe entrare in conflitto con la competenza del Prefetto, rischiando di vanificare il valore della *white list*, elenco degli operatori economici non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa, la quale rappresenta uno strumento fondamentale per garantire la legalità nelle procedure di affidamento pubblico⁴². In particolare, l'art. 1, comma 52, l. n. 190/2012, prevede che "Per le attività imprenditoriali di cui al comma 53 la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria (...), è obbligatoriamente acquisita attraverso la consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori. Il suddetto elenco è istituito presso ogni prefettura. La prefettura effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa e, in caso di esito negativo, dispone

⁴¹A. CANDIA, I motivi di esclusione connessi alla disciplina antimafia, in F. CARINGELLA (a cura di), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

⁴² ANAC, Delibera n. 87/2023

la cancellazione dell'impresa dall'elenco”⁴³. Lo stesso articolo dispone che “L'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta”⁴⁴.

Di conseguenza, l'iscrizione alla *white list* è un requisito inderogabile per la partecipazione alle gare pubbliche nei settori che presentano un maggiore rischio di infiltrazione mafiosa.

Nel caso in cui un'impresa non risulti iscritta alla *white list* per le attività oggetto dell'appalto, anche solo parzialmente riconducibili alle categorie indicate nell'art. 1, comma 53, della legge n. 190/2012, essa sarà automaticamente esclusa dalla gara, e tale esclusione non è suscettibile di sanatoria attraverso il soccorso istruttorio⁴⁵.

4.3 Ambito di applicazione soggettivo

Il comma 3 dell'art. 94, del d.lgs. n. 36/2023 modifica in modo rilevante il novero dei soggetti a cui si applicano le cause di esclusione.

La nuova disposizione si riferisce: “a) all'operatore economico ai sensi del d.lgs. n. 231/2011; b) al titolare e al direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; c) al socio amministratore e al direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; d) ai soci accomandatari e al direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; e) ai membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale

⁴³ Art. 1, comma 52, l. n. 190/2012.

⁴⁴ Art. 1, comma 52-bis, l. n. 190/2012.

⁴⁵ ANAC, delibera n. 25/2023.

rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali; f) ai componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo; g) al direttore tecnico e al socio unico; h) all'amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti”⁴⁶.

La rilevante novità rispetto all'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, è costituita dal fatto che il legislatore, con tale modifica, ha eliminato il riferimento ai "soggetti cessati dalla carica nell'anno precedente alla pubblicazione del bando di gara”, nonché il riferimento al socio di maggioranza nelle società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, sostituendolo con la figura dell'amministratore di fatto⁴⁷. Tali modifiche non sembrano indebolire in alcun modo le esigenze di tutela della legalità e della trasparenza che caratterizzano gli affidamenti pubblici.

Tutt'al più possiamo affermare che proprio grazie all'inserimento della figura dell'amministratore di fatto, si vanno a colmare eventuali situazioni problematiche derivanti da cessazioni strumentali della carica e continuazione dell'attività di gestione. Simili considerazioni, secondo la giurisprudenza più recente, vanno applicate anche alla figura del “gestore di fatto” o del “socio sovrano”⁴⁸.

⁴⁶ Art. 94, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

⁴⁷ L'individuazione della figura dell'amministratore di fatto è fornita da un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione penale, Cass. pen., sez. V, 26 ottobre 2023, n. 4816, secondo cui ai fini della configurabilità, è necessaria la presenza di « elementi sintomatici dell'inserimento organico del soggetto con funzioni direttiva in qualsiasi fase della sequenza organizzativa, produttiva o commerciale dell'attività della società, quali i rapporti con i dipendenti, i fornitori o i clienti ovvero in qualunque settore gestionale di detta attività, sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare ».

⁴⁸ Cons. Stato, sez. IV, 3 febbraio 2022, n.768 si riferisce all'ex responsabile tecnico della società aggiudicataria che svolge il ruolo di amministratore di fatto; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2020,

Allo stesso modo, si è ritenuto che il riferimento ai soggetti cessati, fosse privo di fondamento, finendo per comportare un ingiustificato appesantimento per gli offerenti, contemplando soggetti che non fanno più parte della struttura societaria⁴⁹.

In sostanza, tale intervento normativo ha comportato la disapplicazione dei principi giuridici stabiliti dalla giurisprudenza in relazione all'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, che prevedeva la verifica della sussistenza di condanne penali e misure legate alla normativa antimafia anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica amministrativa nell'anno precedente la pubblicazione del bando di gara. Queste verifiche erano finalizzate a evitare che una società, al fine di partecipare a una gara pubblica, sostituisse le proprie figure apicali compromesse, senza risolvere i problemi legati all'inquinamento dell'organizzazione societaria.

Con la riforma, viene meno l'obbligo di verificare la posizione dei soggetti cessati dalle cariche amministrative anche in caso di operazioni societarie, come cessioni d'azienda, fusioni o incorporazioni, avvenute nell'anno antecedente la pubblicazione del bando. Pertanto, la nuova disciplina semplifica le procedure di controllo, discostandosi da quanto

n.7471 secondo cui “E’ ritenuto “socio sovrano” il socio persona fisica o società che detiene la larga maggioranza del capitale di una società; dunque il socio che in una società in cui vige il principio maggioritario, avendo il dominio dell’assemblea ordinaria e straordinaria, ha il potere di nomina esclusiva degli amministratori e dei sindaci e può decidere le modifiche dell’atto costitutivo e determinare le decisioni più rilevanti. Svolge, quindi, per effetto della propria partecipazione di maggioranza, un ruolo dominante all’interno della compagine societaria, determinando e condizionando, con scelte personali, l’attività della società”.

⁴⁹A. MATTEO, A. OZZI, L’ambito di applicazione soggettivo, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), I nuovi appalti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

enunciato dai codici precedenti e ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁵⁰.

In ultimo possiamo dire che la relazione illustrativa del Consiglio di Stato, sottolinea come la figura del “soggetto cessato” non rilevi nelle direttive europee ed è stata per questo eliminata, anche a causa del notevole numero di contenziosi.

Ulteriore novità è prevista dal comma 4, dell'art.94, che stabilisce “nel caso in cui il socio sia una persona giuridica l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti degli amministratori di quest'ultima”⁵¹. L'introduzione di questo nuovo comma pone fine ad un acceso contrasto giurisprudenziale in materia, dettato dalla interpretazione della locuzione “socio di maggioranza” presente nel codice pregresso. Secondo un primo orientamento il controllo doveva essere esteso anche al socio persona giuridica, andando ad individuare quei soggetti in possesso di poteri decisori, gestori e rappresentativi⁵².

⁵⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., n.10/2012, “ in merito alla necessità o meno di considerare ai fini della dichiarazione di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, anche gli amministratori e direttori tecnici cessati nell'ultimo triennio dei vertici non solo dell'operatore economico concretamente partecipante alla gara ma anche di quelli della impresa cedente qualora il soggetto che ha presentato l'offerta abbia acquisito un ramo d'azienda e possa essere ammesso alla procedura in virtù del complesso di beni entrato nella sua disponibilità”, <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it> .

⁵¹ Art. 94, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

⁵² Cons. Stato, n. 3178/2017 tale orientamento si basava sul pregresso art. 38, d.lgs. n. 163/2006 che avendo un contenuto che si sovrapponeva all'art.80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, affermava che “ in assenza di specificazioni circa la natura giuridica del socio, l'espressione testuale vale tanto per la persona fisica, quanto per la persona giuridica” questo perché l'espressione “socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci” rappresenterebbe esclusivamente una soglia minima di partecipazione azionaria, pertanto applicabile ugualmente al socio unico, senza distinzione tra persona fisica o giuridica.

Altro orientamento dominante riteneva, invece, che il controllo andasse limitato al socio unico persona fisica, in modo coerente con il principio di tassatività delle cause di esclusione⁵³.

Tale contrasto è stato risolto dal legislatore con la previsione di cui al comma 4, dell'art. 94, d.lgs n.36/2023, che fa espresso riferimento agli amministratori. In tal senso, dispone anche la Relazione illustrativa al Codice, laddove precisa 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, a meno che non sia attribuito dallo statuto ad altro organo.”⁵⁴

Il nuovo Codice recepisce in tal modo alcuni risultati della giurisprudenza, con l'obiettivo di restringere l'ambito di applicazione soggettivo, focalizzandosi su chi ha effettivamente responsabilità rilevanti.

⁵³ Cons. Stato, sez. V, n. 7795/2022 “È orientamento consolidato, dal quale il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi, quello per cui la disposizione dell'art. 80, comma 3, d. lgs. n. 50/2016 non è riferita o riferibile al socio unico persona giuridica (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5782).^[L]^[SEP]Sebbene, infatti, parte della giurisprudenza, nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, avesse ritenuto di estendere l'obbligo dichiarativo al socio di maggioranza persona giuridica della società offerente (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; Id., sez. V, 23 giugno 2016, n. 2813), invece per il socio unico (tranne che nell'isolato precedente di Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2017, n. 3178) era prevalente l'orientamento che limitava l'obbligo dichiarativo al socio unico persona fisica (sin da Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4372, cui adde Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2017, n. 3619).^[L]^[SEP]Tale limitazione è stata ribadita anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 80, comma 3, dell'attuale Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922) ed è, invero, da preferire, in ragione della lettera della disposizione, da intendersi di stretta interpretazione”.

⁵⁴ S. R. MOLINARO, Ambito soggettivo di applicazione, in R. GIOVAGNOLI, G. ROVELLI (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

4.4 Ulteriori cause di esclusione automatica

L'art. 94, comma 5, del nuovo Codice, definisce le ulteriori cause di esclusione automatica, con una formulazione in gran parte coincidente con l'art.80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, fatti salvi gli elementi di novità che saranno approfonditi di seguito.

L'art. 94, comma 5, lett. a) prevede, tramite una norma di chiusura, l'esclusione dell'operatore economico destinatario di sanzioni che comportano il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione. Nello specifico, la disposizione ricomprende delle ipotesi che possono essere suddivise in tre categorie. Nella prima categoria sono ricomprese le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 231/2001 e consiste nel "divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio"⁵⁵. Essa viene applicata ai cd. reati presupposto, reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente, da coloro che sono posti al vertice della struttura organizzativa dell'ente. Tali reati ricomprendono alcune fattispecie indicative (rivelatrici) dell'inaffidabilità del concorrente.

Quanto alla seconda categoria della lettera in esame, riguarda le sanzioni interdittive previste dall'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008, che disciplina la salute e la sicurezza sul lavoro. In questo contesto, gli organi di vigilanza del Ministero del Lavoro possono adottare misure di sospensione dell'attività imprenditoriale qualora vengano riscontrate gravi violazioni delle normative in materia di sicurezza, come l'impiego di personale non regolare in misura superiore al 20% dei lavoratori, o altre

⁵⁵ Art. 9, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 231/2001, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

violazioni gravi e reiterate delle disposizioni di legge. La sospensione deve essere tempestivamente comunicata all'Anac e al Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, e la durata dell'interdizione è modulata in funzione delle circostanze specifiche.

Infine, il legislatore ha previsto un rinvio generico ad “altra sanzione che comporta il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione”. In questa categoria sono inclusi, ad esempio, i reati per i quali l'art. 32-quater del codice penale prevede, come pena accessoria, il divieto di contrattare con la P.A., quelli previsti dall'art. 44 del Testo Unico in materia di immigrazione e dall'art. 36 dello Statuto dei lavoratori.⁵⁶

Questa causa di esclusione ha carattere automatico e implica che, in caso di applicazione di una sanzione interdittiva, la stazione appaltante sia obbligata ad escludere l'operatore dalla procedura, per l'intero periodo di validità della sanzione, senza la necessità di una valutazione autonoma⁵⁷.

È altresì importante sottolineare che la Sezione Terza del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4111 depositata il 7 maggio 2024 ha affermato che la causa di esclusione automatica opera anche in relazione a misure interdittive aventi natura cautelare e non solo per quelle definitive, qualora

⁵⁶ A. CANDIA, Le sanzioni interdittive che comportano il divieto di contrarre con la P.A., in F. CARINGELLA (a cura di), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

⁵⁷ Cons. Stato, sez. V, n. 386/2021 “le disposizioni dell’art. 80, comma 5, lett. f) e lett. f-ter), non sono incompatibili, ma, all’opposto, parzialmente sovrapponibili, di modo che il generico riferimento ad ogni “altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la P.A.”, contenuto nella lettera f) è idoneo a ricomprendere il provvedimento ANAC con cui l’operatore economico che abbia presentato false dichiarazioni o falsa documentazione risulta essere destinatario dell’interdizione dalla partecipazione alle procedure di gara ed è perciò iscritto nel casellario informatico ai sensi della lettera f ter).
4.2.2. Le due situazioni escludenti sono peraltro coincidenti anche quanto ai tempi ed alle modalità dell’effetto espulsivo che producono nelle gare in corso, vale a dire nelle gare alle quali l’operatore economico ha avuto regolare accesso, essendo sopravvenute l’incapacità a contrarre e/o l’iscrizione nel casellario informatico dopo la scadenza della data di presentazione delle offerte”.

vi siano gravi motivi per ritenere sussistente la responsabilità dell'ente e il concreto pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole⁵⁸.

L'art. 94, comma 5, lett. b) è voluto dal legislatore nazionale e risponde ad uno specifico proposito di ordine sociale, salvaguardare il diritto alle persone con disabilità nelle imprese con maggiori dimensioni. Tale lettera prevede, infatti, l'esclusione "dell'operatore economico che non abbia presentato la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n.68⁵⁹, ovvero non abbia presentato dichiarazione sostitutiva della sussistenza del medesimo requisito". L'inosservanza di tale requisito non può essere considerata come una mera irregolarità formale, poiché persegue l'obiettivo di una completa integrazione dei disabili, riconducibile a più disposizioni di rilievo costituzionale, superando l'interesse alla regolarità ed efficienza economica delle contrattazioni

⁵⁸ Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2024, n. 4111, che ha statuito: « il citato art. 80, comma 5, Lettera /), del codice dei contratti pubblici, prevede, quale causa di esclusione l'ipotesi in cui "operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81; — la disposizione, dunque, in primo luogo richiama, quale ipotesi di esclusione, la sanzione di cui all'art. 9, comma 2, lettera d) ossia la sanzione del « divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio », senza ulteriormente specificare che tale sanzione debba essere irrogata con la sentenza di condanna (art. 69 del d.lgs. n. 231 del 2001), e non « quale misura cautelare » (art. 45, comma 1, del d.lgs. n. 231 del 2001); — essa, in secondo luogo, esplicita il suo raggio di azione, facendo altresì riferimento, con ampia formula di chiusura, a qualsiasi « altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione»;

la riferita formulazione della disposizione impugnata impone dunque di ritenere ricadente nel suo ambito di applicazione qualsiasi sanzione che comporti il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, senza distinguere la fase processuale in cui essa è disposta (in sede cautelare o in sede di condanna); ove, d'altro canto, si escludesse la rilevanza esclusiva della sanzione interdittiva disposta in sede cautelare, la ratio propria di tale misura sarebbe vanificata, perché, pur colpita da misura interdittiva, la società da essa raggiunta potrebbe continuare a partecipare alle (ed aggiudicarsi le) gare».

⁵⁹ Art. 17, legge n.68/1999, stabilisce che "Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione".

pubbliche⁶⁰. Nello specifico, tale legge impone agli imprenditori con più di 15 dipendenti di assumere una percentuale di lavoratori disabili, commisurata in relazione al numero dei dipendenti. Dall'altro lato, impone agli operatori esonerati dall'applicazione di tale legge, di presentare una dichiarazione espressa che li esenta dall'applicazione della disposizione in questione⁶¹.

La lett. c), comma 5, art. 94 riguarda gli appalti finanziati con i fondi del PNRR e prevede l'esclusione "in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) n. 240/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021 e dal regolamento (UE) n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, che non abbiano prodotto, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali

⁶⁰ Cons. Stato, sez. V, n. 7555/2004 "In altri termini l'obiettivo, di elevato valore sociale, della piena socializzazione dei disabili - che la legge n. 68/1999 mira a tutelare sul versante dell'inserimento e dell'integrazione lavorativa - secondo la teleologia preferita dai conditores juris, viene in rilievo come un valore in sé che trova diretto fondamento in più di un parametro costituzionale (e, segnatamente, negli artt. 2, 3, 4, 32, 35 e 38 della Carta) e che assume, pertanto, una pregnanza normativa che travalica i più ristretti confini dell'interesse alla regolarità ed alla convenienza economica delle contrattazioni della Pubblica amministrazione".

⁶¹ T.A.R. Campania (Salerno) I, n. 790/2011 "La giurisprudenza amministrativa ha ribadito in varie decisioni che in base al tenore letterale dell'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, la dichiarazione che attesta la regolarità dell'impresa sotto il profilo del rispetto delle norme in materia di avviamento al lavoro di soggetti disabili non può essere omessa e quindi anche i soggetti esonerati per legge dal rispetto della normativa sono tenuti a produrre apposita attestazione in tal senso, spiegandone le ragioni (in senso conforme Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3213, Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2003, n. 4202; TAR Lazio - Roma, Sez. III ter - sentenza 22 giugno 2009, n. 5979 e T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 3/6/08 n. 301 e 4 febbraio 2010 n. 28)".

e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del comma 2 del citato articolo 46, oppure, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità.”

Il legislatore ha ritenuto necessario dover inserire tale previsione data la centralità del PNRR, seppur si tratti di una previsione speciale che non si applica alla generalità degli appalti⁶². Inoltre, l’ANAC con delibera n. 451/2011, seppur anteriore al nuovo Codice, ha precisato che “non è sanabile mediante soccorso istruttorio l’obbligo di di salvaguardare, in caso di aggiudicazione del contratto e con riferimento alle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, una quota pari al 30 per cento di occupazione giovanile e una quota pari al 15 per cento di occupazione femminile”.

L’art. 94, comma 5, lett. d), ha stabilito un collegamento con il Codice della crisi d'impresa all’art. 95 e la legge fallimentare, art. 186-bis, commi 4 e 5, per le procedure ancora in corso, disciplinando un quadro piuttosto articolato delle situazioni in cui un'impresa in crisi o insolvenza si trova a stipulare contratti con la pubblica amministrazione. Tale scenario varia in base alla fase della procedura di gara e al tipo di

⁶² Relazione illustrativa al nuovo Codice dei contratti pubblici, III Relazione agli articoli e agli allegati, pag. 135.

procedura concorsuale cui l'impresa è sottoposta, considerando allo stesso tempo gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa⁶³.

La regolamentazione degli affidamenti pubblici nel caso in cui un operatore economico sia coinvolto in procedure concorsuali ha subito nel tempo una notevole evoluzione normativa, caratterizzata da un chiaro orientamento favorevole alla partecipazione delle imprese in difficoltà a nuove gare e alla continuazione dei contratti già in essere, con l'obiettivo di garantire la continuità dell'attività aziendale e sostenere la ripresa economica. In questo contesto, l'interazione tra il nuovo codice della crisi d'impresa e la normativa sui contratti pubblici riveste un ruolo cruciale, mirando a trovare un equilibrio tra la necessità di tutelare le imprese in difficoltà e l'interesse pubblico alla corretta esecuzione del contratto.

⁶³ Ad. plen., n. 9/2021: “ a) la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, legge fallimentare non integra una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, essendo rimesso in primo luogo al giudice fallimentare in sede di rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 186-bis6 comma 4, e al quale l'operatore che ha chiesto il concordato si deve tempestivamente rivolgere fornendo all'uopo le informazioni necessarie, valutare la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale; - b) la partecipazione alle gare pubbliche è dal legislatore considerata, a seguito del deposito della domanda di concordato anche in bianco o con riserva, come un atto che deve essere comunque autorizzato dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato, ai sensi dell'art.186-bis comma 4, da ultimo richiamato anche dagli articoli 80 e 110 del codice dei contratti; a tali fini l'operatore che presenta domanda di concordato in bianco o con riserva è tenuto a richiedere senza indugio l'autorizzazione, anche qualora sia già partecipante alla gara, e ad informarne prontamente la stazione appaltante; — c) l'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale; — d) l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento; l'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara”.

Nel comma 5, lett. d), è stata introdotta la causa di esclusione relativa alle procedure concorsuali, come già previsto dalla lett. b) dell'art. 80 del Decreto Legislativo n. 50/2016. Tale causa va considerata "obbligatoria", in quanto deriva dal nostro sistema giuridico e opera in modo automatico, salvo diversa disposizione del giudice civile.

Le direttive non stabiliscono un'applicazione uniforme delle cause di esclusione nell'Unione Europea. Gli Stati membri hanno infatti la possibilità di non applicare tali cause di esclusione o di adottarle con diverse modalità, in base a considerazioni giuridiche, economiche o sociali prevalenti a livello nazionale⁶⁴.

Le direttive europee sugli appalti, dalla prima n. 305 del 1971 all'ultima n. 24 del 2014, pur prevedendo il fallimento e le altre procedure concorsuali come possibili motivi di esclusione all'art. 57, comma 4, lett. b, Direttiva 24/2014, hanno sempre lasciato agli Stati membri la facoltà di decidere se e come escludere i concorrenti in tali situazioni⁶⁵.

La normativa che disciplina gli effetti derivanti dalla partecipazione degli operatori economici a procedure concorsuali, sia durante la fase di gara che nella fase esecutiva dell'appalto, introduce vari cambiamenti rispetto al precedente Codice.

Anche se permane l'esclusione automatica per le imprese coinvolte in procedure concorsuali, l'articolo 124 del nuovo Codice stabilisce che, nel caso in cui la procedura concorsuale venga avviata dopo l'aggiudicazione del contratto, la stazione appaltante deve procedere all'interpello dei soggetti che avevano preso parte alla gara iniziale,

⁶⁴ Corte di giustizia, 28 marzo 2019, causa C-101/18.

⁶⁵ Relazione illustrativa al nuovo Codice dei contratti pubblici, III Relazione agli articoli e agli allegati, pag. 136.

secondo l'ordine della graduatoria, per la stipula di un nuovo contratto, a condizione che ciò sia tecnicamente ed economicamente fattibile. Per gli appalti di lavori pubblici superiori alle soglie europee e per i servizi e forniture pari o superiori a 1 milione di euro, è previsto un regime speciale. In tali circostanze, la stazione appaltante deve ottenere il parere del collegio consultivo tecnico per valutare se sia conveniente proseguire con lo stesso contraente in procedura concorsuale o se sia necessaria una nuova gara. Sono previste anche soluzioni alternative, come l'esecuzione diretta dei lavori o la nomina di un commissario straordinario.

Nel caso in cui la procedura concorsuale venga avviata dopo l'aggiudicazione, al fine di tutelare gli interessi dei creditori e il patrimonio dell'impresa, il nuovo Codice consente al curatore autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa di stipulare il contratto, previa autorizzazione del giudice delegato, superando così la disciplina precedente che prevedeva la decadenza automatica dell'aggiudicazione.

Un'altra novità importante riguarda l'eliminazione dell'obbligo per le imprese non ancora ammesse al concordato di presentare un contratto di avvalimento come requisito per partecipare alla gara. È stata inoltre abrogata la disposizione che consentiva all'Anac di richiedere un avvalimento rafforzato per le imprese che non soddisfacevano determinati requisiti, stabiliti in apposite linee guida da essa emanate⁶⁶.

L'articolo 95 del Codice della crisi d'impresa stabilisce disposizioni specifiche per i contratti con le pubbliche amministrazioni nel caso di presentazione della domanda di concordato preventivo. In particolare, il

⁶⁶ A. MATTEO, A. OZZI, Procedure concorsuali, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), I nuovi appalti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

primo comma stabilisce che tale situazione non comporta la risoluzione automatica dei contratti già in essere con le amministrazioni pubbliche, e che qualsiasi pattuizione contraria è inefficace. Nel secondo comma si precisa che il deposito della domanda di concordato non impedisce la prosecuzione dei contratti con le pubbliche amministrazioni, a condizione che un professionista indipendente certifichi la conformità al piano, se predisposto, e la capacità di adempiere in modo ragionevole agli obblighi contrattuali. Tale possibilità può essere estesa anche alla società che acquisisce o riceve l'azienda, purché soddisfatti i requisiti necessari per partecipare alla gara e per eseguire il contratto. Inoltre, il giudice delegato, in caso di cessione o conferimento, ordina la cancellazione delle relative iscrizioni e trascrizioni. Le disposizioni del comma 2 si applicano anche nel caso di concordato liquidatorio, qualora il professionista indipendente attesti che la continuazione dei contratti è fondamentale per una migliore liquidazione dell'impresa.

Una volta depositata la domanda di concordato, l'impresa può partecipare alle procedure di gara, previa autorizzazione del tribunale e, successivamente, del giudice delegato, ottenendo anche il parere del commissario giudiziale se nominato. È inoltre necessario presentare una relazione del professionista indipendente che attesti la conformità al piano, se esistente, e la ragionevole capacità di adempiere agli obblighi del contratto. Tale previsione è coerente con la ratio del concordato, orientato ad assicurare il proseguimento dell'attività di impresa.

Il comma 5 dell'art. 95, modificato dall'art. 224, comma 6, del D.Lgs. n. 36/2023, prevede che un'impresa sottoposta a concordato possa partecipare a gare anche come parte di un raggruppamento temporaneo di

imprese, a condizione che nessuna delle altre imprese coinvolte nella stessa procedura sia sottoposta a una procedura concorsuale. Nella versione precedente, questa facoltà era limitata alle imprese che non ricoprivano il ruolo di mandataria.⁶⁷

Come la precedente disciplina, l'ammissione all'amministrazione straordinaria non rientra tra le procedure che comportano l'automatica esclusione ai sensi dell'art. 94, comma 5, lett. d, ciò in quanto una previsione contraria non sarebbe in linea con le finalità conservative e di riattivazione delle attività imprenditoriali, che caratterizzano tale procedura così come stabilito dall'art. 1 del d.lgs. n. 270/1999.

Il comma 5 dell'art. 94 si chiude con le previsioni delle lett. e) e f) che riprendono quanto stabilito dall'art. 80, comma 5, lett. f-ter) e g) del d.lgs. n. 50/2016. Tali fattispecie prevedono l'esclusione dell'operatore economico iscritto nel casellario informatico dell'Anac per false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e nei subappalti, così come in quelle destinate ad ottenere il rilascio dell'attestazione di qualificazione SOA. Nello specifico, la disposizione di cui alla lett. e) si ricollega al comma 15 dell'art. 96 del Codice, secondo cui l'Anac procede all'iscrizione nel casellario informatico solo qualora ritenga che le falsità siano state rese con dolo o colpa grave tenuto conto della gravità e della rilevanza dei fatti oggetto di dichiarazione. A tal fine sembra importante evidenziare che l'iscrizione, sebbene rientri nelle funzioni di vigilanza dell'Anac, non costituisce un atto automatico. Infatti,

⁶⁷ V. MASCELLO, E.M. SANTORO, Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

la sua attuazione richiede un giudizio di imputabilità soggettiva in termini di dolo o colpa grave⁶⁸.

La non veridicità delle dichiarazioni implica la consapevolezza e volontà di fornire informazioni false, configurando un dolo generico, e non un dolo specifico. Pertanto, affinché l'Anac possa disporre l'annotazione nel casellario, è necessario che venga accertato che l'operatore abbia consapevolmente o colpevolmente fornito dichiarazioni false, sussistendo almeno l'elemento della "colpa grave", che si concretizza in un comportamento privo delle cautele e delle conoscenze richieste dalle specifiche circostanze procedurali⁶⁹.

Il Consiglio di Stato, in relazione all'ambito oggettivo della segnalazione dell'Autorità, ha ritenuto che, con riferimento alle omissioni, l'espressione “presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione ricomprenda solo il “falso commissivo”, non anche il falso omissivo. Si tratta dell'ipotesi in cui la mancata dichiarazione, dovuta alla consapevole omissione da parte del soggetto obbligato, possa indurre la stazione appaltante riguardo al possesso, da parte del dichiarante dei requisiti di ordine generale. Solo la falsa dichiarazione, congiuntamente alla falsa documentazione, assume valore, ai sensi

⁶⁸ Cons. Stato, sez V, 13 dicembre 2019, n.8480 “Occorre considerare che, seppure l'annotazione sia generalmente ricondotta nell'ambito della funzione di vigilanza e controllo dell'ANAC, con riguardo alla falsa dichiarazione o falsa documentazione non costituisce un mero atto dovuto da parte dell'ANAC a seguito della segnalazione, imponendo altresì un giudizio di imputabilità della falsa dichiarazione (in termini di dolo o colpa grave), e producendo delle conseguenze inequivocabilmente afflittive, in particolare l'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalti per un dato arco temporale, così da assumere – lo si ripete – natura sanzionatoria”.

⁶⁹ F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, Diritto dei contratti pubblici: assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n.36 del 2023, Torino, Giappichelli, 2024.

dell'art. 94, comma 5, lett. e) e f).⁷⁰Tale chiarimento, tuttavia, non presenta una portata innovativa, in quanto il riferimento alle ipotesi di falsa dichiarazione e falsa documentazione era già presente nei codici precedenti. Si tratta di espressioni che non consentono una loro lettura estensiva, considerate “norme di stretta interpretazione”⁷¹.

In relazione al regime temporale, l'esclusione opera fino a quando l'iscrizione è presente nel casellario, decorso tale termine l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

5. Cause di esclusione non automatica

Con l'introduzione del nuovo Codice dei contratti pubblici, il legislatore ha provveduto a separare in due disposizioni distinte le cause di esclusione di un operatore economico dalle procedure ad evidenza pubblica. Tale scelta, come precisato nella relazione illustrativa del Consiglio di stato allo schema di codice, ha l'obiettivo di rendere più chiare le due disposizioni, evitando i dubbi legati al potere discrezionale della stazione appaltante.

Infatti, mentre l'art. 94 esclude ogni potere discrezionale da parte della Stazione appaltante, la situazione cambia per quelle non automatiche, dove la discrezionalità della Stazione appaltante è prevista.

⁷⁰ Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2022, n.491 “risulta ormai acclarata la differenza giuridica tra omessa dichiarazione e falsa dichiarazione. Solo quest'ultima (unitamente alla falsa documentazione) assume valore, a termini dell'art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006, ma anche dell'analogo art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella prospettiva della segnalazione all'ANAC, la quale, ove la ritenga resa con dolo o colpa grave, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalla gara e dagli affidamenti di subappalti”.

⁷¹ Cons. Stato, sez. V, n.491/2022.

È essenziale comprendere il tipo di discrezionalità attribuita alla stazione appaltante. In questo caso, si tratta di una discrezionalità tecnica, che implica una valutazione in base a criteri oggettivi, senza lasciare all'Amministrazione una scelta completamente libera sull'esclusione di un operatore. Si tratta quindi di una discrezionalità che, pur essendo valutativa, deve rispettare il principio di legalità, tenendo conto degli aspetti tecnici della materia.

In questo contesto, è importante sottolineare che la legge fornisce all'Amministrazione i parametri di riferimento entro cui l'Amministrazione deve operare nelle sue valutazioni tecnico-discrezionali. Se l'Amministrazione si discosta da tali criteri, potrebbe incorrere nel vizio di eccesso di potere, poiché l'esercizio di tale discrezionalità risulterebbe illegittimo e non conforme alla legge.

In sostanza, quanto più le attività tecnico-discrezionali sono vincolate dalle norme, tanto maggiore sarà il controllo che il giudice amministrativo potrà esercitare. Pertanto, la disciplina delle cause di esclusione non automatica resta saldamente legata al principio di legalità, che regola l'azione amministrativa. Questo principio, come sostenuto dalla dottrina, non si esaurisce nei confini fissati dalla legge, ma include anche i principi che guidano l'azione amministrativa discrezionale, soprattutto in relazione a fattispecie che mutano nel tempo e nello spazio⁷².

⁷² A. POLICE, F. TOMASICCHIO, Le cause di esclusione non automatica e le ragioni di una disciplina autonoma, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), Commentario alla normativa sui contratti pubblici, Torino, Giappichelli, 2024.

5.1 Le gravi infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro

La lett. a) del primo comma dell'art. 95 del d.lgs. n. 36/2023, prevede l'esclusione dell'operatore economico laddove la stazione appaltante accerti la sussistenza di “gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014”.

Si tratta di una norma intesa a conferire importanza agli aspetti ESG (ambientali, sociali e di governance) che influenzano oggi la gestione delle imprese e le decisioni di investimento, anche nel contesto dei contratti pubblici, in conformità con la transizione energetica in corso e con l'attenzione crescente verso le questioni ambientali e sociali⁷³.

Rispetto alla previsione contenuta nel Codice del 2006 vi sono due significative novità, già contemplate nell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, l'introduzione nella categoria delle infrazioni rilevanti delle violazioni in materia ambientale e sociale e l'eliminazione del riferimento al fatto che l'infrazione sia stata annotata presso l'Osservatorio dell'Anac. In questo modo viene concessa maggiore discrezionalità alle stazioni appaltanti, che ora possono provare l'esistenza delle violazioni in questione con qualsiasi mezzo appropriato, a condizione che forniscano motivazione

⁷³ A. MATTEO, A. OZZI, *Infrazioni delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro e degli obblighi in materia ambientale, sociale e lavoristica*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2024.

adeguata circa la gravità dell'infrazione e la sussistenza del debito accertamento della violazione⁷⁴.

A tal proposito, si osserva come “mezzo adeguato” non sia necessariamente un accertamento definitivo, ossia una sentenza passata in giudicato o un provvedimento inoppugnabile. La previsione di un mezzo appropriato, include “qualsiasi documento, anche proveniente da autorità amministrative e non solo giudiziarie, che consenta un giudizio sulla responsabilità dell'impresa nella causazione dell'evento alla luce della qualificata ricostruzione dei fatti ivi contenuta”⁷⁵.

In questo modo, da un lato, si concede una maggiore discrezionalità alle stazioni appaltanti, ma, dall'altro, l'utilizzo di termini indeterminati, come 'qualunque mezzo adeguato', 'gravi' infrazioni e 'debitamente' accertate, genera incertezze giuridiche. Questo crea un'apparente contraddizione rispetto all'intento dichiarato dal legislatore di ridurre le 'zone grigie' previste dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, poiché il d.lgs. n. 36/2023 non sembra aver affrontato adeguatamente tale problematica, nemmeno in relazione alla causa di esclusione in esame.

Considerato il carattere indeterminato di questa causa di esclusione, la giurisprudenza ha ripetutamente sottolineato l'obbligo di fornire una motivazione adeguata in caso di esclusione di un operatore ai sensi della norma citata. In virtù della sua natura generica e della varietà dei mezzi di prova utilizzabili, tale causa di esclusione permane di fatto

⁷⁴ Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2022, n.5345 “ la fattispecie ostativa di cui al citato art. 80, co. 5, lett. a), lungi dal consentire una automatica esclusione del concorrente, richiede il previo discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante, volto a valutare in concreto e “adeguatamente dimostrare” non solo l'effettiva sussistenza di una pretesa infrazione, ma anche il suo necessario carattere di gravità che, ove mai ritenuto sussistente, dovrà altresì essere puntualmente e adeguatamente motivato”.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2019, n.7387.

'atipica', senza che la nuova disciplina sia riuscita a conseguire pienamente il principio di tassatività⁷⁶.

5.2 Le situazioni di conflitto di interessi

L'art. 95, comma 1, lett. b, del nuovo Codice prevede l'esclusione dell'operatore economico nel caso in cui si determini una situazione di conflitto di interessi di cui all'art. 16, non diversamente risolvibile. L'art. 16 individua l'ipotesi in cui un soggetto, che abbia compiti funzionali nella fase di aggiudicazione o esecuzione di una gara, e possa influenzarne gli esiti, abbia allo stesso tempo interessi economici o personali tali da determinare una minaccia alla sua indipendenza e imparzialità nel contesto della procedura di appalto.

Gli stati personali che potrebbero compromettere l'imparzialità delle attività delle pubbliche amministrazioni non sono identificabili in modo univoco a priori, ma devono essere esaminati caso per caso, considerando la capacità concreta di ciascuna situazione individuale di alterare il regolare svolgimento di una procedura di gara. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, il rischio di conflitto di interessi deve essere verificato in modo effettivo, attraverso una valutazione dettagliata dell'offerta e delle condizioni dell'offerente.

L'articolo 24 della direttiva n. 2014/24/UE obbliga gli Stati membri ad adottare misure adeguate per prevenire, individuare e gestire efficacemente i conflitti di interesse durante le procedure di aggiudicazione degli appalti, in modo da evitare distorsioni della

⁷⁶ A. ROSI, M. DENICOLO', Cause di esclusione non automatica, in L. R. PERFETTI (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Milano, Ipsoa, 2023.

concorrenza e garantire un trattamento equo per tutti gli operatori economici. La direttiva precisa che il concetto di conflitto di interesse include almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi, che interviene o può influenzare il risultato della procedura di aggiudicazione, abbia un interesse finanziario, economico o personale, che potrebbe essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza.

Le disposizioni contenute nell'art. 95, comma 1, lettera b, e nell'art. 16 del d.lgs. n. 36 del 2023 attuano tale principio, così come la normativa sulla prevenzione della corruzione di cui alla legge n. 190 del 2012.

Un'ulteriore misura tipica per gestire situazioni di conflitto di interesse, prevista dall'art. 6-bis della legge n. 241 del 1990, è l'astensione del funzionario che deve prendere decisioni che potrebbero compromettere i principi di trasparenza e imparzialità. In caso di rischio di conflitto derivante da legami tra un funzionario e un operatore economico concorrente, è compito dell'amministrazione pubblica garantire che il conflitto sia evitato mediante astensione⁷⁷.

In linea con quanto previsto dalla lettera b dell'art. 95, comma 2, si stabilisce che un conflitto di interessi, per essere esclusivo, deve risultare irrisolvibile attraverso altre misure meno intrusive, come stabilito dall'art. 57, paragrafo 4, lettera e, della direttiva n. 2014/24/UE, qualora non possa essere risolto efficacemente con interventi meno invasivi.

In merito, l'Autorità nazionale anticorruzione, tramite l'adozione delle linee Guida n.15/2019, ha precisato che un provvedimento di

⁷⁷ S.R. MOLINARO, Le singole cause di esclusione non automatica, in R. GIOVAGNOLI, G. ROVELLI (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

esclusione può essere adottato solo come extrema ratio, in modo analogo a quanto previsto dall'art. 80, comma 5, lett.d, d.lgs. n. 50/2016.

Dunque, al fine di tutelare la par condicio tra i concorrenti e la trasparenza, quando il conflitto di interessi non può essere risolto in altro modo, è l'operatore economico a doverne subire le conseguenze, con l'esclusione dalla procedura di gara⁷⁸.

Nel caso in cui il conflitto di interesse emerga in una fase successiva della procedura, o dopo l'aggiudicazione, la misura applicabile è quella dell' annullamento del provvedimento finale della gara, viziato da conflitto di interesse⁷⁹. Nel contesto degli appalti pubblici, un conflitto di

⁷⁸ A. POLICE, F. TOMASICCHIO, Le fattispecie espulsive dell'art.95, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), Commentario alla normativa sui contratti pubblici, Torino, Giappichelli, 2024.

⁷⁹ Cons. Stato, sez. III, 20 agosto 2020 n. 5151 “b) l'ampia portata della disposizione consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che con qualsiasi modalità e anche senza intervenire nella procedura (predisponendone gli atti o facendo parte della commissione giudicatrice) siano in grado di influenzarne il risultato; ed il rischio di un'alterazione della par condicio si verifica anche quando il concorrente si è potuto avvalere dell'apporto di conoscenze e di informazioni pervenutegli dal progettista (anche se esterno alla stazione appaltante e dalla stessa incaricato della redazione del progetto posto a base di gara) “al fine di predisporre un'offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante”. Anche in base alle linee guida ANAC n. 15, l'attività di progettazione è una attività sensibile che impone la verifica della insussistenza della situazione di rischio in capo al progettista (cfr. pag. 9, art. 4.3 e 5.2 ed art. 24 della direttiva 2014/24/UE); c) quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può ingenerare. La salvaguardia della genuinità della gara va assicurata non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 3415/2017); d) dunque (in linea con quanto da ultimo affermato, in ordine allo schema di linee guida ANAC in materia, da Cons. Stato, atti norm., n. 667/2019), ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse è sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio competitorum; e) per le sue descritte caratteristiche funzionali, la disposizione in parola è quindi da intendersi come norma lato sensu "di pericolo", in quanto le misure che essa contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare (così Cons. Stato, sez. III, n. 355/2019 e sez. V, n. 3048/2020); d) quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'art. 80, comma 5, lett. d) dello stesso codice (di cui pure nell'atto di appello viene denuncia tale violazione) prevede, come extrema ratio, che

interesse relativo all'assegnazione di una determinata attività a un funzionario, che possieda contemporaneamente interessi personali o di terzi, non può essere dedotto in via astratta, ma deve essere verificato concretamente sulla base di prove specifiche. Le situazioni di incompatibilità nelle gare pubbliche devono essere supportate da prove chiare e inequivocabili, anche basate su elementi di fatto indizianti, gravi, precisi e concordanti, senza ricorrere a indizi generici o presuntivi. Secondo una consolidata giurisprudenza, il conflitto di interessi, per i suoi possibili effetti di esclusione e il rischio di pregiudicare la concorrenza a causa della limitazione dei potenziali partecipanti, deve sempre essere verificato nel concreto, accertando il vantaggio competitivo ottenuto, sia direttamente che indirettamente.

Va ricordato che il conflitto di interesse è una situazione bilaterale, che dipende dalla condizione personale del concorrente da una parte e dalla posizione del funzionario o consulente della stazione appaltante dall'altra. Il concorrente, partecipando, esercita un suo diritto costituzionalmente protetto e non è tenuto a rimuovere il conflitto, poiché l'unica possibilità per lui sarebbe quella di non partecipare, il che violerebbe i suoi diritti costituzionali. L'onere di risolvere il conflitto ricade sempre sul funzionario pubblico e sulla stazione appaltante, che ha il compito di adattare la propria organizzazione per soddisfare l'interesse legittimo, in conformità con l'art. 41 della Costituzione.

sia l'operatore economico a sopportarne le conseguenze con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto. Nondimeno, se il conflitto di interessi è evidenziato in una fase più avanzata del procedimento di gara, od addirittura successivamente all'aggiudicazione, non può che trovare applicazione la misura demolitoria, che, secondo la regola generale, colpisce il provvedimento conclusivo della procedura, viziato in via derivata dal conflitto di interessi (Cons. Stato, sez. V, n. 7389/2019).

L'irrisolvibilità del conflitto deve, quindi, essere valutata in termini di impossibilità oggettiva, senza fare riferimento a difficoltà amministrative o organizzative, che possono sempre essere superate. Se entrambe le parti omettono di dichiarare il conflitto, creando sospetti di accordo collusivo, la stazione appaltante può valutare tale profilo sia per il funzionario che per il concorrente, in quanto omissione delle informazioni necessarie per il corretto svolgimento della gara.

L'esclusione, però, non è automatica: deve essere decisa dalla stazione appaltante, che dovrà motivarla non solo sulla base della doppia omissione, ma considerando la gravità dell'incidenza sullo svolgimento della procedura e le circostanze specifiche del caso⁸⁰.

5.3 Le ipotesi in cui si verifica una distorsione della concorrenza

La lett. c, comma 1, dell'art 95 presenta importanti parallelismi con l'ipotesi della lett. d analizzata in precedenza. Nello specifico, contempla l'esclusione discrezionale dell'operatore economico dalla procedura di gara laddove si accerti una distorsione della concorrenza, derivante dal precedente coinvolgimento dell'operatore nella fase di preparazione della procedura d'appalto, sempre che tale distorsione non possa essere risolta con modalità meno intrusive. Anche in questo caso, dunque, l'esclusione si verifica come *extrema ratio*, qualora con altri mezzi non si riesca a “neutralizzare” il vantaggio competitivo e ripristinare la par condicio⁸¹.

⁸⁰ A. CANDIA, Esclusione dalla gara, in F. CARINGELLA (a cura di), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

⁸¹ A. ROSI, M. DENICOLO', Il comma 1, lett. a)-d): le ipotesi di esclusione non automatica diverse dal grave illecito professionale, in L.R PERFETTI (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Milano, Ipsoa, 2023.

Questa previsione è strettamente correlata all'art. 77 del Codice che disciplina le consultazioni preliminari di mercato, ossia le ipotesi in cui un soggetto, avendo partecipato ad una delle fasi preliminari, si trovi in una situazione di vantaggio competitivo rispetto agli altri partecipanti alla gara. Il diritto comunitario intende offrire una certa flessibilità alle stazioni appaltanti, consentendo loro di dialogare con il mercato, ma evitando al contempo che gli operatori che abbiano assistito la stazione appaltante nella preparazione della procedura ottengano un indebito vantaggio nella fase successiva. Tale disciplina risponde anche a obiettivi nazionali di trasparenza e prevenzione della corruzione, mirando a rendere "tracciabili" i contatti preliminari tra stazioni appaltanti e operatori economici. L'articolo 41 della direttiva 2014/24/UE introduce un'innovazione rilevante a livello europeo, codificando alcune interpretazioni giurisprudenziali elaborate dalla Corte di Giustizia nel corso del tempo. Una delle questioni più significative riguarda l'ammissione della doppia partecipazione, ossia la possibilità di prendere parte sia alla fase preliminare che a quella successiva di gara. La Corte ha chiarito che la partecipazione alla consultazione preliminare, o addirittura alla preparazione di una procedura di gara, non compromette automaticamente l'accesso alla fase di gara, purché l'operatore non abbia ottenuto, grazie a tale partecipazione anticipata, un vantaggio competitivo rispetto agli altri partecipanti. Questo istituto, orientato principalmente a contratti di maggiore complessità tecnica, potrebbe essere soggetto a distorsioni, considerando la notevole discrezionalità tecnica che caratterizza il settore della contrattualistica pubblica. Pertanto, è fondamentale garantire il rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza

e non discriminazione, stabilendo regole chiare che definiscano i contributi ammessi e il loro ambito, nonché adottando misure adeguate per evitare che la concorrenza venga alterata⁸².

Ai sensi dell'art. 78 del nuovo Codice, le misure “minime” adeguate comprendono la comunicazione da parte del RUP agli altri candidati o offerenti delle informazioni pertinenti scambiate durante le consultazioni preliminari, e la fissazione di termini idonei per la presentazione delle offerte. Alla luce di quanto trattato bisogna, dunque, sottolineare che l'esclusione di un offerente dalla procedura di gara è consentita solo se non vi siano altre soluzioni per garantire il rispetto del principio di parità di trattamento⁸³.

5.4 Le offerte imputabili ad un unico centro decisionale

L'ultima ipotesi del comma 1, dell'art. 95 prevede l'esclusione dell'operatore qualora vi siano elementi che suggeriscono che le offerte di più concorrenti derivino da un unico centro decisionale, a causa di accordi tra partecipanti alla stessa gara. È utile sottolineare che, rispetto alla versione precedente, il legislatore ha provveduto a modificare la formulazione della causa, non limitandosi più alla sussistenza di “situazioni di controllo ex art. 2359 c.c o altre situazioni di fatto” ma facendo riferimento al più ampio concetto, utilizzato già a livello comunitario, di “accordi intercorsi tra concorrenti”. In merito, la

⁸² MASSARI, Consultazioni preliminari, partecipazione precedente di concorrenti e conflitti d'interessi, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI (a cura di), Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica, Roma, Dike, 2021.

⁸³ A. CANDIA, Distorsioni della concorrenza, in F. CARINGELLA (a cura di), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

Relazione illustrativa chiarisce che tale concetto ricomprende anche le situazioni di controllo o collegamento societario previste dal precedente art. 80 del d.lgs. n.50/2016. Tale situazione rappresenta, come già rilevato nel precedente codice dei contratti pubblici, un caso specifico di conflitto di interessi⁸⁴, la cui motivazione risiede nella necessità di proteggere i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, evitando l'ammissione di offerte che possano provenire da operatori con stretti legami di interesse, i quali potrebbero non garantire la necessaria indipendenza, serietà e affidabilità⁸⁵.

L'orientamento giurisprudenziale, in materia di accertamento dell' "unicità del centro decisionale" che giustifica l'esclusione di due concorrenti da una gara pubblica, impone una rigorosa verifica istruttoria. Tale verifica deve mirare all'individuazione di plurimi elementi indiziari gravi, precisi e concordanti, al fine di evitare di limitare in modo ingiustificato il principio di massima partecipazione alle gare pubbliche⁸⁶.

⁸⁴ R. DE NICTOLIS, Appalti pubblici e concessioni dopo la Legge "sblocca cantieri", Bologna, Zanichelli, 2020.

⁸⁵ Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2020, n.8407 "Già nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, la giurisprudenza aveva posto in risalto in proposito come fra le cause di esclusione dalle gare pubbliche siano ricomprese, oltre alle ipotesi previste dall'art. 2359 Cod. civ., anche quelle non codificate di collegamento sostanziale che attestano la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura ad un unico centro decisionale: v'è infatti in tali casi il rischio d'una "vanificazione dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione. In tal modo si tende ad evitare che il corretto e trasparente svolgimento delle gare di appalto ed il libero gioco della concorrenza possano essere irrimediabilmente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese, siano tuttavia riconducibili ad un unico centro di interesse: la ratio di tale previsione è quella di evitare il rischio di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da stretta comunanza di interesse caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti, proprio per tale situazione, capaci di formulare offerte caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità, coerentemente quindi ai principi di imparzialità e buon andamento cui deve ispirarsi l'attività della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 della Costituzione" (Cons. Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189)."

⁸⁶ Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2024, n.4165 "12.1. La giurisprudenza amministrativa ha fornito numerose indicazioni sulla identificazione di situazioni che concretizzano fattispecie di collegamento, individuando una serie di indici, che per assurgere a presupposti del provvedimento di esclusione

La norma, pertanto, impone all'amministrazione una valutazione caso per caso della singola fattispecie escludente e attribuisce all'amministrazione un margine di discrezionalità tecnica nel valutare l'esistenza del presupposto enunciato nella disposizione di legge.

Per giustificare l'esclusione, non è sufficiente una mera ipotesi di collegamento tra i concorrenti; è necessario che venga in modo concreto inciso l'interesse tutelato dalla norma, il cui scopo è prevenire un accordo tra le offerte, con conseguente violazione del principio di segretezza della stesse⁸⁷.

Pertanto, in sintesi, relativamente all'articolo 95 del nuovo Codice, non sembra che sia stato definitivamente risolto il tema della discrezionalità interpretativa della Stazione appaltante, in particolare nei casi in cui il Codice rimandi a fonti esterne non sufficientemente chiare e predeterminate. Tale circostanza comporta inevitabilmente un accresciuto rilievo della possibile fase di contenzioso giurisdizionale, nella quale il giudice amministrativo sarà chiamato a svolgere un attento e rigoroso esame sulla conformità degli atti discrezionali adottati dalla amministrazione nell'ambito della procedura di gara⁸⁸.

devono avere le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, che spetta all'amministrazione valutare in concreto: se, da un lato, l'amministrazione è onerata delle verifiche puntuali degli elementi che fanno ritenere probabile il collegamento societario, dall'altro, non è necessario che effettui una verifica circa il fatto che il collegamento societario abbia in concreto influito sulla presentazione delle offerte e sull'esito della gara (Cons. Stato, IV, n. 3255 del 2021)."

⁸⁷ A. MATTEO, A. OZZI, Unico centro decisionale, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), I nuovi appalti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

⁸⁸ A. POLICE, F. TOMASICCHIO, La permanenza della discrezionalità interpretativa in capo alla stazione appaltante, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), Commentario alla normativa sui contratti pubblici, Torino, Giappichelli, 2024.

CAPITOLO II

IL DIRITTO AL *SELF-CLEANING*

SOMMARIO: 1. La disciplina dell'esclusione: il principio di continuità nel possesso dei requisiti — 2. Il fondamento del diritto al *self-cleaning* — 3. Le misure di *self-cleaning* nel contesto nel nuovo Codice: un focus sugli art. 94 e 95 — 3.1 Art. 94 comma 6: l'irregolarità fiscale e contributiva definitivamente accertata — 3.2 Art. 95 comma 2: le gravi violazioni non definitivamente accertate — 4. Evoluzione normativa delle misure di *self-cleaning* — 5. Il ruolo della stazione appaltante nella valutazione del *self-cleaning*: discrezionalità amministrativa e limiti — 6. La rilevanza temporale delle cause di esclusione

1. La disciplina dell'esclusione: il principio di continuità nel possesso dei requisiti

L'art. 96 del nuovo Codice, a differenza di quello previgente, contiene la disciplina procedimentale comune agli eventi che conducono all'esclusione o alla mancata esclusione degli operatori economici che si trovino in una delle situazioni di cui agli art. 94 e 95.

La norma in oggetto è finalizzata a riorganizzare e uniformare le procedure di esclusione, mediante l'introduzione di regole omogenee e certe, a vantaggio sia delle stazioni appaltanti che degli operatori economici. Essa dà attuazione ai principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega 21 giugno 2022, n.78, tra i quali figura la razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, con l'obiettivo di garantire regole di partecipazione certe e trasparenti.

La disposizione ha natura composita, mantenendo in alcuni casi immutato l'impianto normativo previgente come nel caso del principio di continuità nel possesso dei requisiti, e introducendo in altri casi elementi innovativi, prevedendo appositi oneri comunicativi in capo agli operatori economici. In particolare, il comma 1, nel recepire la previsione già contenuta nel comma 6 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, che esprime il principio di continuità nel possesso dei requisiti, non opera distinzioni tra condotte, attive od omissive, poste in essere anteriormente o successivamente all'avvio della procedura. Parimenti, ai fini dell'adozione del provvedimento di esclusione, non rileva il momento procedurale in cui tali circostanze si manifestano, rendendo pertanto legittima l'esclusione dell'operatore economico anche in una fase successiva all'aggiudicazione e antecedente alla stipula del contratto⁸⁹.

La regola del principio di continuità nel possesso dei requisiti, confermata dal legislatore nel comma 1 dell'art. 96, non trova espressione nella Direttiva 2014/24/UE, ma rappresenta il frutto di un'elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi a partire dalla nota sentenza dell'Adunanza

⁸⁹ A. CANDIA, Disciplina dell'esclusione, in F. CARINGELLA (a cura di), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

plenaria del Consiglio di Stato n.8 del 2015 secondo la quale “il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica.. vale la pena di sottolineare, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la P.A”.⁹⁰

Tale continuità è infatti ritenuta funzionale a garantire la serietà dell'operatore economico e la sua effettiva volontà di presentare un'offerta affidabile, assicurando così alla stazione appaltante l'instaurazione di un rapporto contrattuale con un soggetto che, dalla fase di candidatura fino all'esecuzione dell'obbligazione contrattuale, risulti in possesso ininterrotto dei requisiti di ordine generale.

In conseguenza di tale principio, grava sulla pubblica amministrazione un vero e proprio obbligo di verifica del possesso continuativo dei requisiti in capo all'operatore economico, non solo nel corso della procedura di gara, ma anche nella fase esecutiva del contratto. Parallelamente, sussiste in capo agli operatori economici un obbligo specifico e puntuale di comunicare tempestivamente ogni circostanza

⁹⁰ Tale pronuncia si inserisce nel solco di un orientamento giurisprudenziale già consolidato, tra cui Cons. Stato, Ad. Plen., 7 Aprile 2011, n.4

potenzialmente rilevante ai fini dell'esclusione – siano esse cause automatiche o non automatiche – sopravvenuta durante la procedura o nel corso dell'esecuzione contrattuale, al fine di permettere all'amministrazione l'esercizio consapevole del proprio potere di controllo.

Tuttavia, l'effetto escludente derivante dalla rigorosa applicazione del principio di continuità trova un temperamento nel nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale attribuisce particolare rilievo alle misure di *self-cleaning*. Il Consiglio di Stato ha definito tale apertura come una «valvola correttiva», ispirata ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, grazie alla quale la stazione appaltante recupera margini di valutazione discrezionale, evitando automatismi escludenti che si porrebbero in contrasto con il diritto dell'Unione e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia⁹¹.

Dunque, la previsione della continuità nel possesso dei requisiti deve necessariamente essere letta in combinato disposto con la disciplina del *self-cleaning*, in virtù della quale, non è necessario che i requisiti di partecipazione permangano ininterrottamente, essendo sufficiente che in caso di sopravvenuta carenza, l'operatore economico provveda a ripristinarne la sussistenza. Ne consegue che, sebbene la normativa consenta all'amministrazione di accertare in ogni momento la sussistenza dei requisiti di partecipazione, ciò non implica un obbligo di continuità assoluta nel loro possesso da parte dell'operatore economico. Grazie, all'istituto del *self-cleaning*, infatti, la perdita temporanea di un

⁹¹ A. MATTEO, A. OZZI, Il principio di continuità del possesso dei requisiti, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), I nuovi appalti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

requisito non determina automaticamente l'esclusione, purchè tale carenza venga sanata prima dell'aggiudicazione definitiva⁹².

2. Il fondamento del diritto al *self-cleaning*

La regola generale sull'esclusione degli operatori economici dalle procedure di affidamento conosce alcune eccezioni, delineate nei commi 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 96 del nuovo Codice dei contratti pubblici. Tali disposizioni riconoscono agli operatori economici il diritto di dimostrare, dinanzi alla stazione appaltante, di aver adottato misure di *self-cleaning* idonee a ristabilire la propria affidabilità e integrità professionale.

Rispetto alla disciplina previgente di cui al D.Lgs. 50/2016, il nuovo impianto normativo introduce rilevanti novità, rafforzando il ruolo delle misure di ravvedimento operoso e valorizzando la possibilità, per gli operatori economici, di rimediare a situazioni che, altrimenti, condurrebbero all'esclusione dalla procedura.

Per cogliere al meglio la portata di tale innovazione, è opportuno sottolineare il fondamento eurounitario del diritto al *self-cleaning*, che trova la sua origine nell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE⁹³. Con tale norma, il legislatore europeo ha introdotto un meccanismo volto a consentire all'operatore economico, gravato da una causa di esclusione, di

⁹² S. R. MOLINARO, Il self-cleaning, in R. GIOVAGNOLI, G.ROVELLI (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

⁹³ Direttiva 2014/24/UE, art. 57, par.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".

accedere nuovamente al mercato degli appalti pubblici dimostrando, mediante condotte attive e concrete, il ripristino della propria affidabilità.

Più precisamente la Corte di giustizia dell'Unione europea ha qualificato il diritto al *self-cleaning* come uno strumento fondamentale per garantire l'effettività dei principi di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, nonché il rispetto del diritto di difesa degli operatori economici.

Tale diritto attribuisce una tutela minima inderogabile, che deve essere garantita a livello nazionale, indipendentemente dall'ampiezza del margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri nella definizione delle condizioni procedurali per la sua attuazione⁹⁴.

Pertanto, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte, l'operatore economico non può essere escluso da una procedura di evidenza pubblica qualora dimostri, in modo ritenuto soddisfacente dalla stazione appaltante,

⁹⁴ CGUE, 14 gennaio 2021 C-387/19 “ 48. Nel caso di specie, si deve considerare che, prevedendo che un operatore economico possa fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione che lo riguarda, l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 conferisce agli operatori economici un diritto che, da un lato, è formulato in termini non equivoci e, dall'altro, addossa agli Stati membri un'obbligazione di risultato che, sebbene le sue condizioni sostanziali e procedurali di applicazione debbano essere specificate dagli Stati membri in forza dell'articolo 57, paragrafo 7, di tale direttiva, non dipende dalla trasposizione nel diritto interno per poter essere invocata dall'operatore economico interessato e applicata a vantaggio di quest'ultimo.

49. Infatti, indipendentemente dalle concrete modalità di applicazione dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, tale disposizione prevede in modo sufficientemente preciso e incondizionato, ai sensi della giurisprudenza citata al punto 46 della presente sentenza, che l'operatore economico interessato non possa essere escluso dalla procedura d'appalto qualora riesca a dimostrare, in modo ritenuto soddisfacente dall'amministrazione aggiudicatrice, che i provvedimenti di ravvedimento operoso adottati ripristinano la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione che lo riguarda. Di conseguenza, l'articolo 57, paragrafo 6, di tale direttiva prevede, a vantaggio di tale operatore economico, un livello minimo di tutela indipendentemente dal margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri nella determinazione delle condizioni procedurali di tale disposizione. Ciò vale a maggior ragione in quanto, come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale al paragrafo 102 delle sue conclusioni, l'articolo 57, paragrafo 6, di detta direttiva stabilisce gli elementi fondamentali del regime dei provvedimenti di ravvedimento operoso e del diritto conferito all'operatore economico indicando gli elementi minimi da dimostrare nonché i criteri di valutazione da rispettare”.

che le misure adottate sono idonee a ripristinare la propria affidabilità, anche in presenza di un motivo di esclusione⁹⁵.

Il Considerando n.102 della Direttiva 2014/24/UE chiarisce la ratio sottesa all'istituto del *self-cleaning*, evidenziandone la funzione riabilitativa. Esso riconosce, infatti, la possibilità per l'operatore economico destinatario di una causa di esclusione di recuperare l'affidabilità necessaria per partecipare alla procedura di evidenza pubblica. In tal senso, il Considerando, dispone che “è opportuno consentire che gli operatori economici possano adottare misure per garantire l'osservanza degli obblighi volti a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo”. Si tratta di un orientamento che valorizza una prospettiva rieducativa secondo cui l'effettiva adozione di condotte riparatorie può neutralizzare gli effetti preclusivi derivanti da precedenti comportamenti antiggiuridici, purché le misure implementate siano oggettivamente idonee e verificabili.

Lo stesso, inoltre, offre un'elencazione meramente esemplificativa delle misure che possono integrare un valido percorso di *self-cleaning*, affermando che esse possono consistere in: “un risarcimento del danno, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella cooperazione attiva con le autorità inquirenti e nell'adozione di misure concrete di organizzazione e gestione del personale, volte a prevenire ulteriori reati o illeciti.”

⁹⁵ G. VERCILLO, La disciplina dell'esclusione, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI (a cura di), Manuale dei contratti pubblici, Roma, Dike giuridica, 2024.

L'ordinamento unionale, pur non imponendo un elenco tassativo di interventi, individua criteri sostanziali di valutazione, ancorando l'efficacia delle misure alla loro concreta idoneità a prevenire il rischio di recidiva e a ristabilire un livello adeguato di affidabilità professionale e morale. La valutazione sull'adeguatezza delle misure adottate resta, tuttavia, rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione, la quale dovrà esercitare tale potere secondo parametri di proporzionalità, trasparenza e motivazione⁹⁶.

3. Le misure di *self-cleaning* nel contesto del nuovo Codice: un focus sugli articoli 94 e 95

L'articolo 96 del nuovo Codice dei contratti pubblici disciplina, ai commi da 2 a 6, l'istituto del c.d. *self-cleaning*, già previsto in via embrionale nei commi 7, 8 e 12 dell'abrogato art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. Sebbene la nuova formulazione conservi l'impianto essenziale dell'istituto, essa ne amplia significativamente l'ambito e ne specifica i presupposti applicativi.

Per comprendere al meglio l'ambito operativo della nuova disciplina, è necessario partire dal comma 1 dell'art. 96, il quale, in continuità con il previgente art. 80, comma 6, ribadisce che le stazioni appaltanti sono tenute ad escludere, in qualsiasi fase della procedura, un operatore economico che si trovi, per comportamenti commissivi od omissivi anteriori o concomitanti alla procedura, in una delle situazioni di

⁹⁶ A. MATTEO, A. OZZI, Le misure di self-cleaning, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), I nuovi appalti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

cui agli artt. 94 e 95 del medesimo Codice, vale a dire in presenza di una causa di esclusione automatica o facoltativa. Tuttavia, tale automatismo subisce una deroga nell'ipotesi in cui l'operatore sia in grado di dimostrare, attraverso l'adozione delle misure indicate nei commi da 2 a 6 dell'art. 96, di aver ristabilito la propria affidabilità, così da neutralizzare gli effetti preclusivi della causa di esclusione.

È significativo osservare come il legislatore, nel riprendere i principi espressi dalla direttiva 2014/24/UE, abbia espressamente escluso dal campo di applicazione del *self-cleaning* le violazioni tributarie e previdenziali “gravi” previste dall'art. 94, comma 6, e dall'art. 95, comma 2. Tale esclusione non è frutto di una lacuna normativa, bensì costituisce il riflesso di una scelta sistematica e coerente: le disposizioni appena citate già incorporano, al loro interno, un meccanismo riparatorio.

Per questa ragione, nel capitolo precedente – dedicato all'analisi delle cause di esclusione previste dagli artt. 94 e 95 – non si è proceduto ad esaminare i commi 6 e 2 rispettivamente, proprio perché essi non rientrano nel perimetro oggettivo del *self-cleaning* disciplinato dall'art. 96, ma già contengono al loro interno una condotta riparatoria, che assolve la medesima funzione. Il loro approfondimento viene pertanto trattato nel presente capitolo, in quanto strettamente collegato alla logica e alla funzione sistemica dell'istituto del *self-cleaning*, pur restando esclusi formalmente dal suo campo di applicazione.

3.1 Art. 94, comma 6: l'irregolarità fiscale e contributiva definitivamente accertata

Il nuovo art. 94, comma 6, prevede l'esclusione automatica in caso di mancato pagamento, definitivamente accertato, di imposte, tasse e contributi previdenziali, corrispondente alla prima parte del precedente art. 80, comma 4.

Due sono le principali novità rispetto al previgente assetto normativo. La prima consiste nella distinta collocazione normativa delle cause di esclusione: le violazioni definitivamente accertate sono ora disciplinate all'art. 94 tra le cause di esclusione automatica, mentre le violazioni non definitive, introdotte dal d.l. n. 76/2020, sono confluite ora nel comma 2 dell'art. 95, tra le cause di esclusione non automatiche. Tale scelta normativa riflette un intento di chiarezza e razionalizzazione delle fattispecie escludenti, che accompagna l'intero codice.

La seconda innovazione riguarda la previsione di un apposito Allegato (II.10) al Codice, nel quale sono indicate le modalità con cui le stazioni appaltanti devono individuare le gravi violazioni in materia fiscale e contributiva, sia definitive che non definitive.

Con riferimento alle violazioni definitivamente accertate, resta valido il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui devono coesistere due presupposti: la gravità dell'inadempimento e la definitività dell'accertamento. Entrambi i requisiti trovano ora espresso riconoscimento normativo nel suddetto Allegato II.10.

In particolare, l'art. 1 dell'Allegato stabilisce che costituiscono gravi violazioni, ai sensi dell'art. 94, comma 6, quelle che comportano un

omesso versamento di imposte e tasse per un importo superiore a quello indicato all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. n. 602/1973⁹⁷.

Quanto al requisito della definitività, si considera accertata in via definitiva una violazione contenuta in atti giurisdizionali passati in giudicato o in provvedimenti amministrativi non più soggetti a impugnazione, come ad esempio le cartelle di pagamento emesse a seguito di avvisi di accertamento non contestati tempestivamente, ovvero confermati a seguito di giudizio⁹⁸.

Con riguardo alla nozione di “definitività” dell'accertamento, il Consiglio di Stato ha chiarito che essa deve essere verificata con riferimento al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte. In tale frangente, non devono sussistere incertezze circa la debenza delle somme, né devono risultare pendenti procedimenti

⁹⁷ Cons. St., sez. V, 28 Febbraio 2019, n.1415 “6. Va poi sottolineato che la causa ostativa data dalla situazione di irregolarità tributaria ex art. 80, comma 4, del codice dei contratti pubblici rileva in sé, sul piano oggettivo. Più precisamente, affinché possano considerarsi integrati i presupposti della gravità e della definitività previsti dal tale disposizione di legge occorre verificare sul piano oggettivo, sulla base dell'attestazione fornita dall'ente impositore competente, se l'operatore economico partecipante alla gara sia rispettivamente incorso in «un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602»; e se tale violazione degli obblighi tributari sia stata accertata «in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione»”.

⁹⁸ Il Consiglio di Stato ha inoltre precisato che la sola pendenza del termine per l'impugnazione di una cartella esattoriale non è sufficiente a escluderne la definitività, in quanto tale atto non incide sulla pretesa tributaria ormai consolidata. Si veda, in tal senso, Cons. St., sez. V, 14 Aprile 2020, n. 2397 “5.3. La circostanza che all'avviso di accertamento non impugnato non sia seguita una cartella di pagamento (e, prima ancora, che non vi sia stata iscrizione a ruolo delle somme dovute) non è d'impedimento a ritenere la violazione definitivamente accertata. Infatti la cartella di pagamento è il primo atto della fase di riscossione, che può essere contestata per vizi formali, ma senza che possa più discutersi dell'esistenza del debito tributario, che è iscritto a ruolo solo dopo la definitività degli stessi (cfr. Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2049). Sicché - ai fini contrattuali per cui è causa - non ha rilevanza l'argomento dell'appellante di essere ancora per lui possibile impugnare la cartella esattoriale all'atto della notifica.

Detto altrimenti e sempre con riguardo alla norma in esame, se la cartella di pagamento è mero strumento della riscossione che segue una notifica di un precedente avviso di accertamento (contenente una pregressa richiesta di pagamento di debito tributario), la definitività dell'accertamento decorre non già dalla notifica della cartella di pagamento, bensì da quella dell'avviso di accertamento (principio consolidato, cfr. Cons. Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7058; V, 12 febbraio 2018, n. 856)”.

giurisdizionali o amministrativi, ovvero che debba risultare accolta l'istanza di rateizzazione⁹⁹.

Come già previsto nel previgente art. 80, il nuovo impianto normativo stabilisce che l'esclusione non si applica qualora l'operatore economico abbia adempiuto agli obblighi fiscali o contributivi mediante pagamento, anche parziale, o mediante un impegno formalmente vincolante, purché ciò avvenga anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione¹⁰⁰. La sola presentazione dell'istanza di rateizzazione, tuttavia, non è sufficiente se non accompagnata da un atto formale di accettazione o da un pagamento parziale¹⁰¹.

Nell'ambito della verifica della regolarità contributiva, il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) riveste un ruolo

⁹⁹ A. CANDIA, L'irregolarità fiscale e contributiva definitivamente accertata, in F. CARINGELLA (a cura di), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

¹⁰⁰ A. ROSI, M. DENICOLO', Il comma 6: le violazioni definitivamente accertate in materia fiscale, contributiva o previdenziale, in L.R. PERFETTI (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Milano, Ipsoa, 2023.

¹⁰¹ Cons. St. Ad. Plen., 20 Agosto 2013, n. 20 “5.1. La giurisprudenza comunitaria e quella nazionale, al pari dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, hanno anche di recente ribadito, sulla scorta di argomentazioni suscettibili di condivisione, l'adesione alla tesi più rigorosa secondo cui il requisito della regolarità fiscale può dirsi sussistente solo qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo. Si è a tale stregua subordinata l'ammissione alla procedura alla condizione che "l'istanza di rateizzazione sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e preceda l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, essendo inammissibile una dichiarazione che attesti il possesso di un requisito in data futura”.

“5.3. Le considerazioni da ultimo esposte ostano alla praticabilità anche della tesi mediana secondo cui l'istante che abbia presentato richiesta di rateazione dovrebbe essere ammesso a condizione del conseguimento del beneficio nel corso della procedura di gara.

A sostegno della soluzione in esame non può, infatti, militare in modo decisivo la valorizzazione del principio del favor participationis, in quanto la preferenza per un ampliamento del novero dei partecipanti non è un valore assoluto ma deve essere ricondotta nel suo alveo naturale, dato dalla sua funzione di strumento volto al conseguimento dell'obiettivo di assicurare la scelta del miglior contraente in una gara celere e trasparente alla stregua del codice dei contratti pubblici. Il favor admissionis non può pertanto giustificare l'ammissione di un contraente, sprovvisto al momento della domanda del requisito della regolarità tributaria, in forza di una riserva il cui scioglimento sarebbe caratterizzato da profili di aleatorietà sia sul piano dell'an che sul versante del quando”.

centrale. Tale strumento rappresenta attualmente l'unico mezzo riconosciuto per accertare la posizione contributiva degli operatori economici, utilizzabile dalle stazioni appaltanti nell'ambito delle procedure di gara.

In particolare, il comma 2 dell'art. 1 dell'allegato II.10 prevede espressamente che, "in relazione agli articoli 94, comma 6, e 95, comma 2, si considera mezzo di prova, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, il documento unico di regolarità contributiva acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente".

Tale principio trova riscontro in un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale il DURC costituisce l'unico documento idoneo a certificare l'adempimento degli obblighi previdenziali e assistenziali da parte dell'operatore economico partecipante alla gara. Ne consegue che la stazione appaltante non è tenuta ad effettuare ulteriori accertamenti, anche qualora siano pervenute segnalazioni da soggetti terzi interessati all'esclusione del concorrente dalla procedura selettiva.

In maniera ancora più puntuale, il Consiglio di Stato ha chiarito come la nozione di "violazione grave" non debba essere oggetto di una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, bensì debba essere desunta direttamente dalla normativa previdenziale, con particolare riferimento alla disciplina del DURC. Da ciò discende che la verifica della regolarità contributiva delle imprese in rapporto con la pubblica amministrazione è demandata esclusivamente agli enti previdenziali

competenti, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, senza possibilità di sindacarne il contenuto¹⁰².

Ciò è giustificato dalla natura giuridica delle suddette certificazioni, le quali assumono valore di dichiarazioni di scienza assistite da pubblica fede, e fanno piena prova sino a querela di falso. La regolarità contributiva viene inizialmente autocertificata dal concorrente al momento della presentazione della domanda di partecipazione, mentre la verifica effettiva è eseguita dalla stazione appaltante mediante acquisizione d'ufficio del DURC, attraverso la consultazione delle banche dati dell'I.N.P.S. e dell'I.N.A.I.L., come previsto dal decreto legge n. 43/2014¹⁰³.

Il secondo comma dell'art. 95 prevede, quale causa di esclusione non automatica, l'omesso pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali non definitivamente accertati. Tale disposizione, è stata introdotta dal Decreto Semplificazioni nel comma 4 dell'art.80 del precedente Codice, al fine di rispondere a una criticità sollevata dalla Commissione europea nella procedura di infrazione n. 2018/2273¹⁰⁴.

Al fine di eliminare l'incertezza interpretativa derivante dall'assenza di criteri oggettivi e uniformi, è stato introdotto un meccanismo normativo volto a definire con chiarezza le condizioni per

¹⁰² Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n.8.

¹⁰³ E. CAPASSO, L'estinzione delle obbligazioni contributive attraverso l'utilizzo di crediti fiscali, in Rivista dell'avvocatura dell'istituto nazionale della previdenza sociale, 2021, n. 1 e 2.

¹⁰⁴ Procedura di infrazione n.2273/2018 “1.2. Violazione di norme riguardanti i motivi di esclusione A) Violazione dell'articolo 38, paragrafo 5, secondo comma, della direttiva 2014/23/UE e dell'articolo 57, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE: l'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 50/2016 non è conforme alle suddette disposizioni della direttiva 2014/23/UE e della direttiva 2014/24/UE in quanto non consente di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione - pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo - possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore”.

l'applicazione della causa di esclusione. In tale contesto, la Legge n. 238/2021 - cosiddetta Legge europea 2019–2020 - è intervenuta integrando l'art. 80, comma 4, del Codice dei Contratti Pubblici. In particolare, è stata prevista l'individuazione delle “gravi violazioni non definitivamente accertate” in materia fiscale attraverso l'adozione di un apposito decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, adottato di concerto con il Ministro delle Infrastrutture, previa consultazione del Dipartimento per le Politiche Europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Tale decreto, da emanarsi entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge stessa, avrebbe dovuto stabilire specifici parametri operativi e soglie minime, tra cui un ammontare non inferiore a 35.000 euro, per garantire una maggiore certezza giuridica e assicurare un'applicazione coerente e trasparente della normativa¹⁰⁵. L'intento del legislatore, infatti, era quello di fornire agli operatori economici e alle stazioni appaltanti uno strumento chiaro e uniforme, riducendo il rischio di interpretazioni difformi e rafforzando, al contempo, l'efficacia dei meccanismi di selezione nelle procedure di affidamento.

3.2 Art. 95 comma 2: le gravi violazioni non definitivamente accertate

L'art. 95, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici prevede l'esclusione discrezionale di un operatore economico quando la stazione appaltante “ritenga” che esso abbia commesso gravi violazioni non definitivamente accertate degli obblighi fiscali o previdenziali. Si tratta di

¹⁰⁵ P. ANTONINI, Irregolarità fiscali non definitive ed esclusione degli appalti: cambiano finalmente le regole, Ipsoa, 21 gennaio 2022.

una clausola di illecito “indiziario”, in cui la condotta rilevante non è consacrata da un accertamento definitivo (sentenza passata in giudicato o provvedimento amministrativo definitivo), bensì è colta in uno stadio ancora pendente o contestato.

Tale previsione deriva dall’art. 57, par. 2, della direttiva 2014/24/UE, che consente l’esclusione per violazioni fiscali “accertate con qualunque mezzo adeguato” anche in mancanza di una decisione definitiva.¹⁰⁶ La scelta del legislatore italiano, in linea con l’ordinamento euro-unitario, risponde all’esigenza di salvaguardare l’affidabilità e l’integrità della controparte contrattuale pubblica sin dal momento di gara, evitando di contrarre con operatori presumibilmente inadempienti verso gli obblighi tributari. Al contempo, tale misura solleva delicate questioni circa il principio di presunzione d’innocenza e il diritto di difesa dell’operatore economico, giacché un’esclusione basata su violazioni non definitive implica un giudizio anticipatorio di colpevolezza in sede amministrativa. La giurisprudenza ha evidenziato il necessario bilanciamento tra l’interesse pubblico a contrarre solo con soggetti fiscalmente corretti e i diritti del concorrente, in particolare il diritto a non subire effetti espulsivi da fatti non giudizialmente accertati in via definitiva.¹⁰⁷

¹⁰⁶ A.ROSSI A, La distinzione tra violazioni fiscali definitivamente accertate e presunte nei bandi pubblici, Appalti e contratti amministrativi, 2025, disponibile su www.appaltiecontratti.it.

¹⁰⁷ Cons. St., Ad. Plen., 7 gennaio 2024, n. 7: secondo l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, “in ipotesi di eventuali cause di esclusione dalla gara verificatesi in un momento successivo alla presentazione dell’offerta, il relativo onere dichiarativo deve ricollegarsi [...] ai principi della collaborazione e buona fede”; pertanto, la mancata comunicazione di una violazione fiscale, anche non definitiva, può legittimare l’esclusione solo se incide sull’integrità e affidabilità del concorrente e viene valutata in sede discrezionale .

In tal senso, va rimarcato il carattere non punitivo bensì preventivo e di salvaguardia del meccanismo espulsivo in esame. La Corte Costituzionale, chiamata a valutare la legittimità costituzionale delle cause di esclusione per violazioni fiscali, ha chiarito che esse perseguono lo scopo di garantire la lealtà e affidabilità dei contraenti pubblici e di indurre indirettamente gli operatori al pagamento tempestivo dei tributi dovuti.

Non si tratterebbe dunque di una “sanzione” penale o amministrativa in senso stretto, ma di una misura volta a tutelare interessi pubblicistici (integrità delle gare, par condicio e concorrenza) mediante la selezione di soli soggetti in regola con il fisco.¹⁰⁸ Proprio questa finalità distingue l’esclusione in parola da una condanna penale, attenuando l’applicabilità del principio di non colpevolezza di cui all’art. 27 Cost.: come ripetuto dalla giurisprudenza, l’esclusione per illecito professionale o fiscale riflette un giudizio sull’affidabilità contrattuale e non una declaratoria di responsabilità penale. Il Consiglio di Stato ha, infatti, affermato che la stazione appaltante può basare la sua valutazione su un criterio del “più probabile che non”, tipico della decisione amministrativa discrezionale, e non deve raggiungere la certezza “oltre ogni ragionevole dubbio” propria del processo penale.

In altre parole, l’amministrazione compie un accertamento prognostico circa la serietà della violazione e l’affidabilità dell’operatore, fondandosi su elementi indiziari e presuntivi (come atti

¹⁰⁸ Cons. St., Ad. Plen. – Corte Costituzionale, 28 luglio 2025, n. 138: la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sull’art. 80, comma 4 (secondo periodo) del D.Lgs. 50/2016 (oggi integrato nel D.Lgs. 36/2023).

dell'Amministrazione finanziaria, rinvii a giudizio, contestazioni in corso) ritenuti significativi e univoci.¹⁰⁹

Per evitare degli arbitri e tutelare i concorrenti da esclusioni eccessivamente gravose, il legislatore ha introdotto dei criteri rigorosi sulla “gravità” della violazione non definitiva. L’art. 95, comma 2, rinvia all’Allegato II.10, che definisce quali violazioni fiscali o contributive non definitive siano da considerarsi gravi. In particolare, la soglia di gravità è fissata in un omesso pagamento superiore al 10% del valore dell’appalto e comunque non inferiore a €35.000. Ciò significa, ad esempio, che per una gara di importo di €1.000.000, una pendenza fiscale contestata sopra €100.000 comporta l’esclusione; per appalti di minore importo, vale comunque la soglia minima di €35.000.¹¹⁰ Questo doppio criterio (percentuale e importo assoluto) è pensato per armonizzare due esigenze: da un lato, evitare esclusioni per irregolarità fiscali “bagatellari”, sotto una certa entità; dall’altro, garantire equità competitiva, con esclusione degli operatori con dei debiti significativi che potrebbero altrimenti offrirsi a condizioni sleali (ad esempio, praticando ribassi anomali grazie al mancato pagamento di imposte).

La Corte Costituzionale ha giudicato razionale e proporzionato tale sistema di soglie e ha evidenziato come la soglia fissa di €5.000 per le

¹⁰⁹ Cons. St., V Sez., 23 febbraio 2024, n. 3537 (valutazione dell’affidabilità dell’operatore economico alla luce del principio di fiducia, D.Lgs. 36/2023): il Consiglio di Stato ha chiarito che la stazione appaltante opera una valutazione prognostica, fondata su un criterio del “più probabile che non”, tipico del potere discrezionale amministrativo, e non sul livello di certezza richiesto in sede penale.

¹¹⁰ Cons. St., V Sez., D.M. 28 settembre 2022 (Allegato II.10 del D.Lgs. 36/2023), la violazione non definitivamente accertata è valutata come “grave” se l’inottemperanza a un obbligo fiscale o contributivo supera il 10% del valore dell’appalto e non è inferiore a € 35.000, al netto di sanzioni e interessi. Ne consegue che, in una gara da € 1.000.000, una pendenza fiscale contestata pari o superiore a € 100.000 comporta la gravità; mentre, per gare di valore inferiore, conta comunque la soglia minima di € 35.000 → gravi violazioni fiscali non definitive sono specificate nell’Allegato II.10 a fronte dell’art. 95, comma 2 del Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 36/2023)

violazioni definitivamente accertate (art. 94, comma 6) e quella del 10%/€35.000 per le violazioni non definitive rispondano entrambe a criteri di proporzionalità e ragionevolezza. In particolare, la diversa disciplina delle violazioni non definitive, più favorevole all'operatore, tiene conto "dei rischi sottesi alla decisione di escluderlo da una gara nonostante il debitum in questione possa poi rivelarsi inesistente". In altri termini, il legislatore ha voluto temperare la rigidità della misura espulsiva in caso di violazioni ancora sub iudice, con la richiesta, per queste, di un grado di gravità più elevato rispetto alle violazioni definitivamente accertate. Ciò rappresenta un implicito riconoscimento del principio di presunzione di innocenza: l'ordinamento, anche se con la concessione dell'esclusione anticipata, ne circoscrive l'ambito ai casi di conclamata rilevanza e riduce la probabilità che un operatore venga escluso per un debito fiscale poi magari annullato o ridimensionato in giudizio.¹¹¹

Un ulteriore bilanciamento a tutela dell'operatore economico è dato dalla possibilità di evitare l'esclusione attraverso il c.d. ravvedimento operoso in corso di gara. Nella parte finale dell'art. 95, comma 2, si stabilisce infatti che il motivo di esclusione non si applica se l'operatore ha "ottemperato ai suoi obblighi" tributari o contributivi con il pagamento (anche tardivamente) di quanto dovuto, ovvero con l'impegno formale a pagare, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte. In sostanza, se il concorrente, pur avendo inizialmente un debito fiscale non

¹¹¹ Corte Costituzionale, 28 luglio 2025, n. 138: la Consulta, investita della questione sollevata dal Consiglio di Stato sull'art. 94, comma 6, del D.Lgs. 36/2023 (richiamando l'art. 48-bis del DPR 602/1973 – soglia di € 5.000), ha dichiarato infondata l'eccezione di incostituzionalità sollevata sul principio di proporzionalità di tale soglia.

definitivo, lo salda o stipula un accordo vincolante per saldarlo (ad esempio tramite ravvedimento operoso, rateizzazione accettata dall'erario, compensazione con crediti verso la PA) prima della gara, la violazione perde rilevanza ai fini espulsivi.¹¹² La precitata clausola premiale incoraggia l'operatore a regolarizzare la propria posizione fiscale per non perdere la chance di partecipare alla gara. D'altro canto, essa evidenzia anche la funzione di stimolo delle norme in esame; il legislatore utilizza la "minaccia" dell'esclusione per incentivare il pagamento dei tributi dovuti (*instrumentum regni* già sottolineato dalla Corte Costituzionale).

In termini pratici, un operatore che creda fermamente nell'erroneità della pretesa fiscale e intenda contestarla in giudizio si troverà di fronte a un dilemma; perseguire fino in fondo la tutela giurisdizionale (rischiando però l'esclusione dalle gare nel frattempo), oppure "ravvedersi" attraverso il pagamento o la garanzia del pagamento per conservare il requisito di regolarità fiscale. Parte della dottrina ha osservato che questa dinamica può comprimere indirettamente il diritto di difesa del contribuente, costretto a sacrificare la pendenza del ricorso tributario sull'altare della partecipazione agli appalti.¹¹³

Ciononostante, la giurisprudenza prevalente giustifica tale impostazione in virtù del "chiaro disfavore" manifestato dal diritto euro-

¹¹² A. CONS. ST., Sez. V, 20 febbraio 2023, n. 1700: il Consiglio di Stato ha riconosciuto l'esistenza di un meccanismo di self-cleaning (ravvedimento operoso) applicabile anche in corso di gara, in linea con l'art. 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE. L'operatore economico ha il diritto di evitare l'esclusione se dimostra di aver adottato misure idonee a ripristinare la propria affidabilità, incluso il pagamento (anche tardivo) dei debiti fiscali o contributivi prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

¹¹³ A. INFRANCA, M. SEMERARO, A. SOPRANO, Esclusione dalle gare d'appalto per irregolarità tributarie, in *TaxLit*, 2025, disponibile su www.taxlit.it.

unitario verso la partecipazione di imprese tax delinquent alle gare. L'art. 57, par. 3, della direttiva 2014/24/UE obbliga infatti gli Stati membri a escludere gli operatori con violazioni fiscali definitivamente accertate e ammette, solo eccezionalmente, delle tolleranze per importi esigui. La linea europea è dunque quella della tolleranza zero per gli evasori fiscali nelle commesse pubbliche (salve le soglie de minimis), e il Codice 2023 si muove all'interno di questi confini stringenti, con il contemperamento del principio di proporzionalità solo attraverso i limiti quantitativi sopra descritti.¹¹⁴

In più, occorre menzionare i riflessi di tale causa di esclusione sulla effettività della partecipazione alle gare e sul principio di continuità del possesso dei requisiti. L'art. 96, comma 1, del Codice conferma che l'operatore deve mantenere i requisiti generali di cui agli artt. 94 e 95 per tutta la durata della procedura, e che la stazione appaltante può escluderlo in qualsiasi momento ove accerti il sopravvenire (o l'emersione tardiva) di una causa di esclusione. Ciò implica che anche una violazione fiscale insorta o scoperta dopo la presentazione dell'offerta, ad esempio, una cartella esattoriale notificata durante l'iter di gara, può portare all'esclusione, con applicazione, in tal caso, dell'art. 95, comma 2 combinato con l'art. 96, comma 1.¹¹⁵

La giurisprudenza amministrativa recente si è interrogata sull'obbligo del concorrente di comunicare tempestivamente alla stazione appaltante ogni irregolarità fiscale sopravvenuta in corso di gara, nonché

¹¹⁴ A. L. DE VECCHI, A. CIRASOLA, Esclusione dagli appalti pubblici per violazioni fiscali, in *Diritto Bancario*, 18 febbraio 2025, disponibile su www.diritto bancario.it.

¹¹⁵ *Ibidem*

sul corrispondente dovere dell'amministrazione di estendere le verifiche fino al momento dell'aggiudicazione. In un'ordinanza di rimessione pregiudiziale del gennaio 2024, il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di Giustizia UE se vi sia sempre il dovere di aggiornare le verifiche sui requisiti generali durante tutta la procedura e se il concorrente aggiudicatario debba essere escluso qualora, in un qualsiasi momento prima dell'aggiudicazione, abbia perso il requisito della regolarità fiscale. Tali questioni evidenziano l'evidente contrasto tra il principio della fotografia temporale dei requisiti (di regola verificati al momento dell'offerta) e l'esigenza di garantire che l'affidatario finale sia scevro da cause ostative sino alla stipula del contratto.¹¹⁶ Nelle more dell'auspicato chiarimento eurounitario, il Codice del 2023 ha introdotto delle norme di trasparenza dichiarativa; l'art. 96, comma 14 impone all'operatore di comunicare immediatamente alla stazione appaltante il sopraggiungere di fatti o provvedimenti potenzialmente escludenti, a pena di ulteriori conseguenze sul piano reputazionale. Più precisamente, se il concorrente omette di segnalare una nuova irregolarità fiscale (come un accertamento non definitivo) insorta dopo la presentazione dell'offerta, tale omissione può costituire essa stessa un indice di inaffidabilità, rilevante come grave illecito professionale ex art. 98, comma 4.¹¹⁷ Tale disposizione completa il quadro e garantisce che il concorrente mantenga un comportamento

¹¹⁶ Cons. St., Sez. III, Ordinanza collegiale 4 gennaio 2024, n. 161 (poi rimessa all'Adunanza Plenaria con Ordinanza del 24 aprile 2024, n. 7): la Terza Sezione ha sollevato questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia UE sul dovere del concorrente di comunicare tempestivamente alla stazione appaltante eventuali irregolarità fiscali sopravvenute durante la procedura, e sull'obbligo di aggiornare le verifiche sui requisiti generali — tra cui la regolarità fiscale — fino al momento dell'aggiudicazione, al fine di escludere l'operatore qualora perda il requisito in qualsiasi fase anteriore alla stipula del contratto

¹¹⁷ L. SPETRILLO, Brevi commenti sul nuovo art. 96 del D.Lgs. 36/2023 in materia di self-cleaning e trasparenza dichiarativa, *Il Diritto Amministrativo*, 2024, disponibile su www.ildirittoamministrativo.it

leale e collaborativo, quale il dovere di autodichiarazione continua su fatti sopravvenuti che ha il precipuo scopo di evitare che un operatore perda il requisito generale in corso di gara all'insaputa dell'amministrazione. In altre parole, la buona fede e la trasparenza sono erette a canoni indefettibili; l'operatore, pur non definitivamente colpevole, deve giocare a carte scoperte e consentire alla stazione appaltante di riesaminare la sua affidabilità in relazione agli eventuali nuovi elementi sopravvenuti. Il meccanismo in esame, lungi dal vulnerare la presunzione di innocenza, è ritenuto un corollario del principio di leale collaborazione negli appalti: l'onere dichiarativo permette di preservare l'effettività del controllo sui requisiti e di garantire una par condicio sostanziale ed evita che un aggiudicatario con gravi pendenze occulte sottragga indebitamente l'appalto a un concorrente fiscalmente virtuoso.¹¹⁸

4. Evoluzione normativa delle misure di *self-cleaning*

L'istituto del *self-cleaning*, vale a dire la possibilità per l'operatore economico di riabilitarsi e conservare l'ammissibilità alla gara nonostante l'esistenza di motivi di esclusione, è una novità relativamente recente in seno al diritto europeo degli appalti. Esso trova la sua prima positivizzazione organica nelle Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, le quali, all'art. 57, par. 6, e art. 80, par. 7, rispettivamente, hanno introdotto un meccanismo di "ravvedimento operoso" in capo agli operatori economici incorsi in cause di esclusione.¹¹⁹ La ratio ispiratrice è chiaramente enunciata nel considerando n. 102 della direttiva 2014/24: si

¹¹⁸ Ibidem

¹¹⁹ A. M. VENIER, Il *self-cleaning* nei contratti pubblici europei: una prima codificazione organica, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2023, disponibile su www.rtdp.it.

riconosce che gli operatori possono adottare misure di compliance atte a rimediare alle conseguenze di reati o illeciti commessi e a prevenire ulteriori future infrazioni, e che “[q]ualora tali misure offrano delle garanzie sufficienti, l’operatore economico in questione non dovrebbe più essere escluso per tali motivi”. In sostanza, il legislatore europeo ha temperato il rigore delle cause di esclusione con un principio di seconda chance; l’esclusione non è irreversibile, ma l’operatore ha l’opportunità di dimostrare la propria affidabilità rinnovata malgrado l’illecito pregresso.

Le direttive hanno delineato anche alcune tipologie di misure correttive rilevanti, ad esempio, la dissociazione dalle persone coinvolte nell’illecito, l’adozione di strumenti di controllo e audit interni, il risarcimento dei danni causati, la cooperazione con le autorità, nonché delle riforme organizzative e di governance tali da scongiurare il ripetersi di comportamenti scorretti. Tali misure esemplificative, elencate a livello europeo, sono state poi sostanzialmente recepite nel diritto interno italiano.¹²⁰ Va rilevato inoltre che il considerando n. 101 della direttiva impone agli Stati membri di fissare una durata massima delle esclusioni e raccomanda di applicare sempre il principio di proporzionalità nell’utilizzo dei motivi facoltativi di esclusione. Dunque, sin dall’origine, il “sistema” delineato dall’UE bilancia l’esigenza di escludere operatori inaffidabili con quella di non emettere sentenze capitali irretrattabili: la riabilitazione dell’impresa è possibile e, comunque, le esclusioni non possono protrarsi sine die.

¹²⁰ A. M. SORRENTINO, Self-cleaning e misure correttive nelle gare pubbliche: il bilanciamento tra esclusione e riabilitazione, in *Rivista Giuridica Europea*, 2020, disponibile su rivistagiuridicaeuropea.edicampus-edizioni.it

L'ordinamento italiano ha recepito questi principi euro-unitari dapprima nel D.lgs. 50/2016 (vecchio Codice dei contratti). L'art. 80, comma 7, di tale decreto legislativo prevedeva espressamente che un operatore economico in una delle situazioni di esclusione (fatta eccezione per alcune ipotesi più gravi) potesse provare di aver adottato misure di *self-cleaning* idonee a dimostrare la propria integrità e affidabilità.¹²¹ Il testo, mutuato dalla direttiva, elencava condizioni simili a quelle oggi riportate all'art. 96, comma 6, del nuovo Codice, quali l'avvenuto risarcimento del danno, la collaborazione con le autorità, nonché l'implementazione di misure organizzative e disciplinari efficaci a prevenire ulteriori illeciti, ecc. Anche nel vigore del D.lgs. 50/2016, dunque, vigeva in teoria la possibilità per il concorrente di evitare l'estromissione qualora avesse fatto ammenda e intrapreso delle azioni correttive concrete. In ogni caso, la disciplina del 2016 si rivelò in parte lacunosa e foriera di incertezze applicative, tanto da richiedere l'intervento sia dell'ANAC sia della giurisprudenza per delinearne i contorni operativi. In particolare, il Codice del 2016 non specificava quando e come dovessero essere presentate e valutate le prove delle misure di *self-cleaning*.¹²² Non era chiarito se gravasse sull'operatore un obbligo di dichiarare spontaneamente, già in sede di offerta, le eventuali

¹²¹ A. M. ROSSI, La durata delle esclusioni e il principio di proporzionalità nel diritto europeo degli appalti, in *Giurisprudenza della Comunità Europea*, 2021, disponibile su www.giurcomunitaria.it.

¹²² A. Cons. St., V Sez., 20 febbraio 2023, n. 1700: nella pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha rimarcato che l'art. 80, comma 7, del D.Lgs. 50/2016, recependo il principio comunitario del *self-cleaning*, non specificava modalità e tempi per la presentazione delle misure rieducative agstudiolegale.com+14studiocerbone.com+14italiappalti.it+14. Ciò ha generato notevoli incertezze applicative, tanto che l'intervento delle Linee guida ANAC n. 6/2016 è stato necessario per chiarire quali provvedimenti — tra cui il risarcimento del danno, le dimissioni di soggetti coinvolti, la riforma degli organi societari e l'adozione di modelli organizzativi interni efficaci — possano essere valutati ai fini del ravvedimento operoso.

misure riparatorie adottate (nel caso fosse incorso in un illecito rilevante), ovvero se spettasse alla stazione appaltante attivare un sub-procedimento di verifica e richiedere tali chiarimenti. Né il diritto interno né quello UE, all'epoca, prescrivevano tempistiche precise per l'adozione o l'allegazione delle misure correttive. La precitata lacuna ha originato una pratica disomogenea; difatti, alcune stazioni appaltanti esigevano nei documenti di gara una dichiarazione esplicita circa l'adozione di eventuali misure di *self-cleaning* (nel caso il concorrente avesse precedenti negativi); altre invece lasciavano emergere la questione solo in sede di verifica dei requisiti, dopo l'aggiudicazione provvisoria, talvolta precludendo di fatto al concorrente la possibilità di reagire tempestivamente.¹²³

L'ANAC, con l'esercizio delle sue funzioni di regolazione e di indirizzo, emanò la Linea Guida n. 6/2017, dedicata proprio ai “mezzi di prova adeguati e le carenze significative nell'esecuzione di precedenti contratti ai fini dell'art. 80, comma 5, lett. c)” (cioè il grave illecito professionale). In tale atto di soft law, l'Autorità delineò un primo elenco delle fattispecie rientranti nel concetto di grave illecito professionale (ad es. risoluzioni contrattuali per inadempimento, false dichiarazioni rese in gare precedenti, violazioni di norme ambientali o sociali gravi, etc.) e indicò gli elementi probatori che le stazioni appaltanti avrebbero potuto

¹²³ A. Cons. St., V Sez., 22 agosto 2023, n. 7903: secondo il giudice, con riferimento al D.Lgs. 36/2023 (art. 96, comma 6), il Codice del 2016 (art. 80, comma 7 del D.Lgs. 50/2016), pur introducendo il self-cleaning, non indicava in modo chiaro se fosse onere dell'operatore dichiarare già in sede di offerta l'adozione di misure riparatorie, o se spettasse alla stazione appaltante attivare un sub-procedimento di verifica invitando il concorrente a fornire evidenze. Né il diritto UE né quello nazionale all'epoca prescrivevano tempistiche precise per la presentazione o valutazione delle misure correttive. Questa omissione ha generato prassi applicative difformi: alcune stazioni appaltanti richiedevano una dichiarazione esplicita nella fase di offerta, altre ne verificavano l'adozione solo successivamente all'aggiudicazione provvisoria, talvolta impedendo una reazione tempestiva del concorrente.

utilizzare. Sul fronte delle misure di *self-cleaning*, l'ANAC sottolineò che l'operatore avrebbe dovuto dimostrare di aver adottato tutte le misure effettivamente ripristinatorie della propria affidabilità, e che tale valutazione rientrava nella discrezionalità tecnica della stazione appaltante. Significativamente, nelle FAQ e determinazioni attuative, l'ANAC precisò che le misure dovessero essere intraprese prima della partecipazione alla gara o, al più tardi, immediatamente dopo l'eventuale contestazione, evidenziando come una loro adozione tardiva potesse risultare intempestiva e dunque insufficiente.

Tale indicazione, benché non giuridicamente vincolante, anticipava un orientamento poi fatto proprio dalla giurisprudenza: le misure correttive “*last minute*”, adottate dopo la presentazione dell'offerta o addirittura dopo l'aggiudicazione provvisoria, rischiano di alterare la par condicio e non possono essere prese in considerazione se non entro dei limiti molto circoscritti. In effetti, il Consiglio di Stato, già con le sentenze del 2019 e 2020, affermò che ammettere un'implementazione tardiva delle misure di *self-cleaning* (posteriore alla scadenza dell'offerta) sarebbe contrario al principio di parità di trattamento, poiché consentirebbe al concorrente “sleale” di recuperare terreno dopo aver partecipato alla gara senza i requisiti, a differenza degli altri che erano sin dall'inizio in regola.¹²⁴ Di conseguenza, venne delineato il principio per cui il dies ad

¹²⁴ Cons. St., Sez. III, 8 ottobre 2020, n. 5967: la Sezione ha ribadito che l'adozione di misure correttive di self-cleaning dopo il termine di presentazione dell'offerta o addirittura successiva all'aggiudicazione provvisoria può violare il principio di par condicio tra concorrenti, attenendo all'irregolarità della procedura qualora consenta a chi non era in regola di recuperare terreno rispetto agli altri operatori che avevano presentato fin dall'inizio tutte le misure necessarie appaltisiam.regione.marche.it+7cersapsrl.it+7www1.prefettura.it+7.

Cons. St., Sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530: la pronuncia ha confermato che misure di self-cleaning adottate già nel 2016, in relazione a un illecito successivamente oggetto di procedimento AGCM nel

quem per adottare e allegare le misure di *self-cleaning* è il termine di presentazione delle offerte. Oltre tale data, eventuali iniziative riparatorie dell'operatore, salvo che la stazione appaltante autonomamente conceda un contraddittorio integrativo, non possono normalmente impedire l'esclusione già maturata (resta salva, tuttavia, la facoltà dell'amministrazione di tenere conto, in sede di giudizio sull'affidabilità, anche di provvedimenti correttivi sopravvenuti, valutandone però la tardività come elemento negativo).

Una novità nell'evoluzione dell'istituto è data dall'intervento della Corte di Giustizia UE, che ha fornito un'interpretazione autoritativa dell'art. 57, par. 6, della direttiva appalti. Con la sentenza 14 gennaio 2021, M.N. contro Belgio (causa C-387/19), la Corte di Lussemburgo ha affrontato il caso di un operatore escluso senza aver potuto presentare le proprie misure di *self-cleaning*, in quanto non previste espressamente dalla normativa nazionale belga né richieste dalla stazione appaltante.¹²⁵ La Corte ha dapprima ribadito la ratio della norma europea: garantire agli operatori inadempienti una chance di dimostrare il proprio ravvedimento operoso nonostante un pertinente motivo di esclusione. Ha poi osservato che la direttiva nulla specifica sul come e quando tali prove debbano essere

2019, furono ritenute sufficienti quell'istituto, ma è significativo che siano state valutate in base alla tempestività e alla congruenza rispetto al momento della violazione originaria, evidenziando come interventi tardivi possano essere considerati inidonei a ristabilire la parità tra concorrenti [cersapsrl.it](https://www.cersapsrl.it).

¹²⁵ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 14 gennaio 2021, causa C-387/19, RTS infra BVBA e Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA vs Vlaams Gewest: la Corte ha chiarito che l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE — come modificato dal Reg. delegato (UE) 2015/2170 — consente all'operatore economico di presentare su propria iniziativa le misure di *self-cleaning* (misure correttive idonee a dimostrare l'affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione facoltativo), e che tale obbligo di iniziativa non può essere imposto se non espresso in modo chiaro e previsto dalla normativa nazionale o dai documenti di gara. La Corte ha inoltre stabilito che l'art. 57, par. 6, ha effetto diretto, potendo essere invocato dallo stesso operatore in sede nazionale.

fornite, lasciando discrezionalità agli Stati membri sul punto. In particolare, gli Stati possono scegliere se imporre all'operatore di produrre spontaneamente le prove del *self-cleaning* già insieme alla domanda/offerta, oppure se consentire che sia l'amministrazione aggiudicatrice, in una fase successiva, a richiederle. Ciò premesso, la Corte ha affermato un principio chiaro: in assenza di una previsione esplicita nella normativa nazionale o negli atti di gara, l'operatore non può essere considerato obbligato a fornire spontaneamente all'atto della partecipazione la prova delle misure di ravvedimento adottate. Un obbligo siffatto, se non chiaramente sancito a monte, violerebbe i principi di proporzionalità e trasparenza, poiché porrebbe il concorrente dinanzi a una causa implicita di esclusione non prevedibile né conoscibile ex ante.

In pratica, la CGUE ha censurato quelle prassi nazionali (come quella belga in esame) che pretendevano dall'operatore una sorta di atto spontaneo non scritto: se la legge e il bando tacciono sulle modalità di *self-cleaning*, non si può escludere un'impresa per non aver anticipato misure correttive che nessuna norma le imponeva di dichiarare subito.¹²⁶ Di riflesso, la Corte ha anche statuito che l'art. 57, par. 6, è dotato di effetto diretto e conferisce agli operatori un vero e proprio diritto soggettivo a presentare le misure di *self-cleaning*, invocabile nei confronti della stazione appaltante anche in mancanza di puntuale recepimento nazionale.

La pronuncia in esame, immediatamente recepita dal Consiglio di Stato italiano, ha prodotto un mutamento della giurisprudenza sul punto. In applicazione dei principi UE, si è chiarito che: (i) l'operatore va posto

¹²⁶ Ibidem

in condizione di attivare il meccanismo di *self-cleaning* anche nel corso della procedura, se non lo ha fatto prima, specie laddove non vi fosse uno specifico obbligo pregresso; (ii) le misure adottate pendente gara non sono automaticamente irrilevanti, potendo (e dovendo) la stazione appaltante prenderle in esame nell'ambito del proprio apprezzamento discrezionale sull'affidabilità; (iii) le misure correttive non hanno efficacia meramente "pro futuro" (cioè limitata alle gare successive), ma possono dispiegare effetti anche sulla gara in corso, se sufficienti a convincere l'amministrazione della ritrovata integrità dell'operatore.¹²⁷

Ciò ha segnato una parziale revisione del rigore iniziale e mentre in precedenza la dottrina e la prassi tendevano a ritenere che il *self-cleaning* tardivo non potesse sanare la posizione in una gara già avviata, dopo il 2021 si è fatto strada un approccio più flessibile, a tutela del diritto di difesa del concorrente.

Ad esempio, in una decisione del 2022, il Consiglio di Stato ha accolto le doglianze di un'impresa esclusa e ha riconosciuto che le misure riparatorie adottate nelle more della procedura (nella specie, l'allontanamento di un dirigente coinvolto in un'indagine) dovevano essere valutate dalla stazione appaltante e potevano, se ritenute adeguate, evitare l'esclusione. In quell'occasione, il giudice amministrativo ha anche puntualizzato che l'art. 80, comma 8, del D.lgs. 50/2016 (norma analoga all'attuale art. 96, c.6) "non fa che ribadire l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta all'amministrazione anche sullo specifico aspetto delle misure di *self-cleaning*", segno che comunque la pa rimane

¹²⁷ L. SPETRILLO, Le nuove norme del Codice dei contratti pubblici in materia di self-cleaning. Brevi commenti sul nuovo art. 96 d.lgs. n. 36/2023, Il Diritto Amministrativo, 2024, disponibile su www.ildirittoamministrativo.it.

libera di decidere in concreto sull'idoneità delle misure, purché nel rispetto dei principi. Si evidenziava, dunque, un equilibrio; da un lato è garantito all'operatore il diritto di far valere le proprie condotte di ravvedimento in qualunque fase (diritto di difesa e partecipazione procedimentale); dall'altro resta ferma la latitudine del potere valutativo della stazione appaltante, che può anche giudicare le misure insufficienti o tardive e confermare l'esclusione, purché con la motivazione delle ragioni di tale giudizio.¹²⁸

Con il D.lgs. 36/2023, il legislatore italiano ha recepito le esperienze maturate e le indicazioni sovranazionali e ha codificato una disciplina del *self-cleaning* più dettagliata e, per molti versi, più garantista e sistematica rispetto al passato. L'art. 96 del nuovo Codice è interamente dedicato alla “disciplina dell'esclusione” e contiene ai commi 2-6 una vera e propria procedura del *self-cleaning*.¹²⁹ In sintesi:

- Il comma 2 stabilisce il principio generale secondo cui, per la gran parte delle cause di esclusione (quelle di cui all'art. 94, tranne il comma 6, e all'art. 95, tranne il comma 2), l'operatore non è escluso se ricorrono le condizioni del *self-cleaning*. Si tratta di una clausola di salvaguardia immediatamente precettiva, che esonera dall'esclusione chi abbia effettivamente operato il ravvedimento secondo i parametri di legge. In altri termini, il Codice afferma sin

¹²⁸ Cons. St., Sez. V, sent. n. 8864 del 28 ottobre 2022: il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso di un'impresa esclusa dalla gara per motivi legati a un grave illecito professionale commesso da un dirigente. In tale pronuncia, Palazzo Spada ha riconosciuto che le misure riparatorie spontaneamente adottate — in particolare l'allontanamento del dirigente coinvolto — testimoniavano un'effettiva riabilitazione dell'operatore e, pertanto, dovevano essere valutate dalla stazione appaltante, potendo evitare l'esclusione se ritenute adeguate

¹²⁹ L. SPETRILLO, Le nuove norme del Codice dei contratti pubblici in materia di *self-cleaning*. Brevi commenti sul nuovo art. 96 d.lgs. n. 36/2023, *Il Diritto Amministrativo*, 2024, disponibile su www.ildirittoamministrativo.it.

da subito che il meccanismo di riabilitazione prevale sulla causa ostativa: laddove le misure adottate siano conformi ai criteri fissati e risultino efficaci, esse neutralizzano il motivo di esclusione e la stazione appaltante non deve escludere il concorrente.

- I commi 3 e 4 regolano poi le tempistiche e modalità di comunicazione delle misure: se la causa di esclusione (es. un illecito professionale) si è verificata prima dell'offerta, l'operatore deve dichiararla contestualmente all'offerta e, alternativamente, provare di aver già adottato le misure riparatorie oppure dimostrare che non gli è stato possibile adottarle per tempo e che vi provvederà successivamente. Se invece l'evento interdittivo si verifica dopo la presentazione dell'offerta (es. durante la gara), il concorrente è tenuto ad adottare e comunicare alla stazione appaltante le misure di *self-cleaning* senza indugio. Queste disposizioni recepiscono in modo puntuale il principio del contraddittorio procedimentale: l'operatore deve avere la possibilità di segnalare egli stesso l'illecito e di allegare le proprie contromisure. In particolare, il comma 3 impone una vera e propria dichiarazione obbligatoria in sede di gara circa l'esistenza di eventuali cause di esclusione pregresse (onere dichiarativo generalizzato già affermato dalla giurisprudenza),¹³⁰ e contestualmente l'onere di documentare le misure correttive già assunte. Se tali misure non erano attuabili prima (ad es. perché il

¹³⁰ Cons. St., Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16: con questa sentenza, l'Adunanza Plenaria ha definito con precisione la portata degli obblighi dichiarativi imposti agli operatori economici, chiarendo che l'art. 80, comma 8, del D.Lgs. 50/2016 — norma analoga all'attuale art. 96, comma 6 del D.Lgs. 36/2023 — ribadisce l'ampia discrezionalità dell'amministrazione nella valutazione delle misure di *self-cleaning*.

tempo intercorso dal fatto illecito era troppo breve), l'operatore deve almeno dichiarare l'intenzione di provvedervi e successivamente, ex comma 4, darvi esecuzione e notizia. Questa procedura step-by-step garantisce che la stazione appaltante sia sempre informata e possa valutare in concreto l'affidabilità del concorrente alla luce del suo pentimento operoso.

- Il comma 5 aggiunge che l'eventuale attivazione del *self-cleaning* non può ritardare il normale svolgimento della gara né, soprattutto, l'aggiudicazione. Tale previsione, coerente col diritto UE (cfr. considerando n.102 dir. 2014/24), evita che un concorrente chieda tempi supplementari per completare misure correttive o che la procedura resti sospesa a tempo indeterminato in attesa dell'esito di tali misure. La stazione appaltante deve quindi valutare gli elementi disponibili al momento stabilito (ad es. alla verifica post-gara) e decidere se l'esclusione va disposta o meno; eventuali integrazioni tardive non possono bloccare l'iter di aggiudicazione.¹³¹

- Il fulcro della disciplina è nel comma 6, che elenca i requisiti sostanziali delle misure di *self-cleaning* e gli effetti corrispondenti. L'operatore deve dimostrare: (a) di aver risarcito (o essersi impegnato a risarcire) qualunque danno causato dal reato/illecito; (b) di aver chiarito completamente i fatti e collaborato con le autorità inquirenti; (c) di aver adottato provvedimenti

¹³¹ A. M. VENIER, Il nuovo art. 96 d.lgs. 36/2023 e la disciplina procedurale del self-cleaning, *Rivista Giuridica Pubblicitica*, 2024, disponibile su rivistagiuridicapubblicitica.it.

concreti di carattere tecnico, organizzativo e di personale idonei a prevenire ulteriori illeciti. Sono esattamente le tre categorie di misure già previste a livello europeo e note alla pratica: riparazione del danno, cooperazione e riorganizzazione interna (che può includere sanzioni disciplinari, cambi di management, adozione di modelli di controllo ex D.lgs. 231/2001, formazione etica del personale, etc.).¹³² La norma specifica poi che tali misure sono valutate tenendo conto della gravità e delle circostanze particolari dell'illecito e della tempestività con cui sono state adottate. Tale ultimo inciso recepisce l'attenzione sulla tempestività già sottolineata dalla giurisprudenza, un rimedio tardivo può essere considerato insufficiente ove intervenga troppo oltre (si pensi a dimissioni "di comodo" date dal responsabile solo dopo che l'impresa è stata esclusa da più gare).¹³³ Se invece le misure sono giudicate sufficienti e tempestive, l'operatore non è escluso. In caso contrario, la stazione appaltante deve comunicare le ragioni per cui le ritiene insufficienti, così da consentire al concorrente di comprendere il perché del mancato effetto esimente. La comunicazione di motivi equivale a una decisione motivata di esclusione, impugnabile innanzi al giudice amministrativo.

Nel complesso, la disciplina 2023 segna un notevole avanzamento sia in termini di chiarezza normativa sia di garanzie procedurali per gli operatori. La dottrina italiana ed europea ha accolto positivamente

¹³² *ibidem*

¹³³ Cons. St., V Sez., 22 agosto 2023, n. 7903, disponibile su www.ildirittoamministrativo.it

l'evoluzione. Si è parlato di “sistemazione codicistica” dell'illecito professionale e del *self-cleaning*, prima dominati dall'incertezza.

Il nuovo Codice tipizza finalmente in modo tassativo i gravi illeciti professionali (art. 98, comma 3) e i mezzi di prova per dimostrarli, supera la necessità di fonti para-normative (come le Linee Guida ANAC) e riduce i margini di aleatorietà per imprese e stazioni appaltanti. Parimenti, il *self-cleaning* viene disciplinato come “norma di fattispecie” completa: il legislatore fornisce istruzioni sul quando dichiarare e cosa produrre, anziché lasciare tutto all'interazione spontanea tra concorrente e amministrazione.¹³⁴ Ciò consente una maggiore certezza del diritto e una certa uniformità applicativa.

Non va dimenticato, tuttavia, che rimane un elemento essenzialmente discrezionale. Il giudizio finale sull'idoneità delle misure correttive è rimesso alla stazione appaltante. Come si vedrà oltre, il Codice 2023 non svuota di contenuto la discrezionalità tecnica, ma piuttosto la incanala entro binari procedurali predefiniti.¹³⁵ Anche il ruolo dell'ANAC resta importante sebbene le linee guida non siano più necessarie per definire i confini dell'illecito professionale, l'Autorità conserva poteri di controllo e sanzione (in primis, l'iscrizione nel Casellario Informativo per false dichiarazioni, art. 96, c.15), e potrà emanare degli atti di indirizzo per coadiuvare le stazioni appaltanti nella valutazione delle misure di *self-cleaning*.

¹³⁴ L. SPETRILLO, Le nuove norme del Codice dei contratti pubblici in materia di self-cleaning. Brevi commenti sul nuovo art. 96 d.lgs. n. 36/2023, Il Diritto Amministrativo, 2024, disponibile su www.ildirittoamministrativo.it.

¹³⁵ Ibidem

Da segnalare che, in Europa, l'istituto del *self-cleaning* ha suscitato un certo interesse e dibattiti dottrinali.¹³⁶ Taluni autori hanno rimarcato il principio del “*trust through compliance*”, ossia la fiducia nella partecipazione agli appalti come premio al ravvedimento e all'adozione di modelli organizzativi virtuosi; altri hanno evidenziato i rischi di un uso strumentale delle misure riparatorie, temendo che imprese spregiudicate possano “lavarsi la coscienza” per eludere l'esclusione. Il bilanciamento fra queste opposte esigenze è affidato, come si dirà nel prossimo paragrafo, all'oculata valutazione che le stazioni appaltanti e i giudici amministrativi sapranno fare caso per caso.

5. Il ruolo della stazione appaltante nella valutazione del *self-cleaning*: discrezionalità amministrativa e limiti

La fase di valutazione delle misure di *self-cleaning* costituisce il momento centrale e più delicato dell'intero meccanismo. Essa è affidata alla stazione appaltante, la quale esercita in proposito un potere connotato da ampia discrezionalità tecnica. La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire in diverse occasioni la natura e i limiti di tale discrezionalità. In particolare, il giudizio circa la sussistenza di un grave illecito professionale (e per converso l'efficacia delle misure di *self-cleaning* rispetto ad esso) è stato definito un accertamento di merito amministrativo basato su valutazioni di fatti complessi e su apprezzamenti prognostici.¹³⁷ Il Consiglio di Stato ha affermato che l'amministrazione compie queste

¹³⁶ A. ANAC, Linee guida e casellario informatico: ruolo nel nuovo Codice dei contratti pubblici, in Relazione annuale ANAC 2024, disponibile su www.anticorruzione.it.

¹³⁷ Cons. St., Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4363: con questa pronuncia il Consiglio di Stato ha chiarito che la verifica delle misure di *self-cleaning* resta un accertamento di merito amministrativo, fondato su valutazioni complesse.

valutazioni sulla base di conoscenze che non attribuiscono certezza, bensì di elementi plurimi e indiziari, “passibili di non univoca interpretazione”, il che le qualifica come valutazioni tecniche discrezionali, sindacabili solo entro ristretti limiti. In altri termini, stabilire se determinati fatti integrino un illecito professionale grave (es. risoluzione contrattuale per grave inadempimento, condanna non definitiva per reati contro la PA, ecc.) e se le misure correttive adottate siano sufficienti a ristabilire l’affidabilità dell’impresa, sono entrambe operazioni connotate da incertezza e margini di opinabilità, rimesse al prudente apprezzamento della stazione appaltante. Si è parlato, a tal riguardo, di un giudizio basato sul criterio della verosimiglianza (“più probabile che non”), anziché su evidenze inconfutabili.¹³⁸ Ciò è fisiologico: ad esempio, nel valutare un illecito professionale, l’amministrazione deve spesso dedurre dall’esistenza di un provvedimento (una risoluzione, una condanna di primo grado, una sanzione antitrust) la probabilità che l’operatore sia inaffidabile; analogamente, nel valutare il *self-cleaning*, deve stimare se le garanzie offerte siano sufficienti ad evitare il ripetersi in futuro di analoghe mancanze. Entrambe le operazioni implicano un giudizio prognostico sull’affidabilità, in senso negativo nel primo caso (inaffidabilità per illecito), in senso positivo nel secondo (affidabilità riacquistata). Non è un caso che Consiglio di Stato e TAR abbiano spesso esaminato congiuntamente le due valutazioni: la decisione di esclusione per illecito e quella di non accoglimento del *self-cleaning* sono facce della stessa

¹³⁸ Ibidem

medaglia, entrambe finalizzate a stabilire se un determinato concorrente meriti fiducia oppure no.¹³⁹

Data la natura ampiamente discrezionale di tale apprezzamento fiduciario, la posizione della stazione appaltante è certamente centrale. Le norme le attribuiscono sì un potere, ma anche una responsabilità gravosa; da un lato non esistono automatismi (salvo i casi di esclusione obbligatoria ex art. 94), per cui l'amministrazione deve esercitare un discernimento caso per caso; dall'altro lato, essa deve poter motivare adeguatamente l'esito della sua valutazione, sia esso favorevole all'operatore (mancata esclusione grazie al *self-cleaning*) o sfavorevole (esclusione per inaffidabilità persistente).¹⁴⁰ Il Codice 2023 pone alcuni vincoli normativi che orientano e delimitano il margine di apprezzamento della PA; per esempio, definisce puntualmente quali condotte rientrano nei gravi illeciti professionali (art. 98, comma 3, elenca tassativamente varie ipotesi, dalle risoluzioni contrattuali per dolo o colpa grave alle condanne per false comunicazioni sociali rilevanti ai fini dell'appalto, ecc.), cosicché la stazione appaltante non può arbitrariamente ampliare le categorie di comportamenti rilevanti.

Ciò è un progresso rispetto al passato, in cui l'assenza di tipizzazione lasciava maggiore discrezione (e incertezza) sul se un fatto

¹³⁹ Cons. St., Sez. V, 9 maggio 2023, n. 4669: in questa pronuncia il Consiglio di Stato ha spiegato che il giudizio della stazione appaltante sulla sussistenza di un grave illecito professionale e sulla successiva efficacia del *self-cleaning* si basa su un giudizio di merito amministrativo, fondato su valutazioni complessi e prognostiche.

¹⁴⁰ A. D. GALLO, La discrezionalità tecnica della stazione appaltante nella valutazione delle misure di *self-cleaning*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2024, disponibile su www.rivistadellaregolazioneideimercati.it.

integrasse o meno un illecito professionale.¹⁴¹ Oggi la PA deve ricondurre il fatto storico ad una delle ipotesi normative previste dall'art. 98, oppure escluderne la rilevanza. Similmente, l'art. 96, comma 6, dettaglia le misure correttive da valutare, fornendo un parametro di riferimento di ciò che l'operatore doveva fare: ad esempio, se il concorrente non ha risarcito alcun danno causato oppure non ha adottato alcun modello di prevenzione, sarà più facile per la PA concludere per l'insufficienza delle misure, richiamando i parametri legali. I vincoli normativi, dunque, forniscono un quadro entro cui la discrezionalità si muove e assicura una maggiore omogeneità decisionale tra amministrazioni diverse.¹⁴²

Cionondimeno, entro questi confini, persiste un ampio margine di apprezzamento. La stazione appaltante è chiamata a valutare la gravità concreta dell'illecito e la congruità delle misure di *self-cleaning* alla luce di tutte le circostanze del caso di specie. Ad esempio, l'art. 98, comma 4 stabilisce che, nel valutare la gravità di un illecito professionale, l'amministrazione deve tener conto del bene giuridico leso, dell'entità del danno cagionato e del tempo trascorso dalla violazione, nonché delle eventuali modifiche organizzative intervenute in azienda nel frattempo. Dunque, uno stesso illecito (es. una risoluzione contrattuale per grave ritardo) potrà essere giudicato diversamente a seconda che sia molto recente oppure risalente a diversi anni addietro, e a seconda che l'impresa abbia nel frattempo cambiato management e processo produttivo. Si tratta

¹⁴¹ A. Cammino Diritto, La nuova disciplina delle cause di esclusione dal D.Lgs.36/2023 con particolare riguardo al grave illecito professionale, Cammino Diritto – Rivista di Diritto Amministrativo, 2024, disponibile su www.camminodiritto.it

¹⁴² A. D. GALLI, La discrezionalità tecnica e i vincoli normativi nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici, in Rivista Italiana di Diritto degli Appalti Pubblici, 2024, disponibile su www.rivistadirittoutile.it.

di un elemento temporale che influisce anche sul giudizio di sufficienza delle misure: se un illecito è datato e l'impresa ha già da tempo intrapreso una riorganizzazione virtuosa, la PA potrebbe propendere per il mantenimento in gara; al contrario, per un illecito freschissimo, misure affrettate e fittizie potrebbero non convincere circa l'effettiva affidabilità futura.¹⁴³

Ulteriore aspetto che rientra nella discrezionalità è la valutazione dell'efficacia ex ante delle misure: ad esempio, la mera rimozione di un dirigente compromesso, se seguita dalla sua reintegrazione in azienda poco tempo dopo, può essere considerata misura insufficiente, perché non dà garanzie di evitare recidive. Proprio un caso del genere è stato deciso nel 2025: una società, esclusa per aver fra i propri vertici un soggetto rinviato a giudizio per reati contro la PA, aveva tentato il *self-cleaning* facendolo dimettere; tuttavia, poi lo aveva nominato consulente con deleghe operative. Il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima l'esclusione mantenuta dalla stazione appaltante, poiché "l'Amministratore condannato ha mantenuto una posizione apicale all'interno della compagine sociale, pur allontanato dall'incarico originario", segno che si trattava di una misura meramente apparente e priva di reale incidenza.¹⁴⁴

Considerata questa vasta latitudine valutativa, un punto di rilievo attiene al controllo giurisdizionale sulle decisioni della PA in materia di *self-cleaning*. È pacifico che tale controllo sia di tipo estrinseco e limitato.

¹⁴³ A. F. GIACALONE, La disciplina del grave illecito professionale nel Codice dei contratti pubblici: vincoli orientativi e limite alla discrezionalità della PA, in *Nuove Autonomie*, 2023, disponibile su www.nuoveautonomie.it

¹⁴⁴ Cons. St., Sez. V, 3 giugno 2024, n. 4930: in questa pronuncia si chiarisce che la valutazione da parte della stazione appaltante dell'adeguatezza delle misure di *self-cleaning* — in particolare quando il soggetto dichiarato inaffidabile resta coinvolto a livello dirigenziale o operativo — rientra in un giudizio tecnico-prognostico fondato sul criterio "più probabile che non".

I giudici amministrativi hanno più volte chiarito di non poter sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione circa l'affidabilità dell'operatore, salvo il caso di valutazioni manifestamente illogiche, irragionevoli, arbitrarie o fondate su errori di fatto evidenti.

In altre parole, il sindacato del giudice verte sul rispetto delle regole procedurali, sulla congruità della motivazione e sull'assenza di travisamenti o abusi, ma non si spinge a rivedere nel merito la ponderazione tecnica compiuta dalla stazione appaltante.¹⁴⁵ È stato formulato, in giurisprudenza, un vero e proprio principio di diritto sul punto: “il giudizio sui gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte della P.A., cui è riconosciuto un ampio margine di apprezzamento circa l'affidabilità dell'appaltatore; ne consegue che il sindacato del giudice amministrativo deve mantenersi sul piano della non pretestuosità della valutazione, e non può spingersi fino a evidenziare una mera ‘non condivisibilità’ di tale valutazione”. Ciò significa, concretamente, che se la PA ha seguito il procedimento corretto (ha interloquito con l'impresa, ha valutato i documenti prodotti, ha motivato il suo convincimento) e se la sua decisione risulta plausibile e coerente rispetto ai fatti accertati, il giudice non la annullerà solo perché avrebbe magari tratto conclusioni diverse.¹⁴⁶

Ad esempio, se una stazione appaltante esclude un'impresa in quanto ritiene gravi certe irregolarità pregresse e inadeguate le misure di

¹⁴⁵ Ibidem

¹⁴⁶ T.A.R. Napoli, Sez. III, 5 dicembre 2022, n. 7599: il TAR ha respinto il ricorso di un consorzio escluso, richiamandosi a orientamenti consolidati secondo cui “il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte della P.A., cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore; ne consegue che il sindacato del Giudice amministrativo deve mantenersi sul piano della ‘non pretestuosità’ della valutazione”

self-cleaning, il TAR potrà annullare tale esclusione solo se emerge, ad esempio, che i fatti contestati non corrispondono alla realtà (travisamento) oppure che l'amministrazione ha completamente omissso di considerare misure significative addotte dal concorrente (difetto di istruttoria), oppure ancora se la motivazione appare contraddittoria o incomprensibile (illogicità manifesta). Ma non potrà sindacare il peso attribuito ai vari elementi. In sostanza, spetta all'amministrazione la valutazione sull'anomala affidabilità di un potenziale contraente, trattandosi di un aspetto legato all'opportunità e al buon andamento della contrattazione pubblica (art. 97 Cost.).¹⁴⁷

In tal senso, la giurisprudenza ha anche negato che vi sia un obbligo incondizionato di contraddittorio in ogni circostanza; in tema di unicità del centro decisionale (art. 95, c.1, lett. d), per esempio, il Consiglio di Stato ha escluso che la stazione appaltante debba attivare una fase di interlocuzione se dispone già di elementi obiettivi univoci della sussistenza di offerte riconducibili al medesimo soggetto. In tali casi, il contraddittorio "ipotetico" non potrebbe cambiare l'esito e la sua omissione non invalida l'atto, poiché si configura, al più, come un'irregolarità non viziante ai sensi dell'art. 21-octies L. 241/1990.¹⁴⁸ Si tratta di un orientamento volto a evitare che l'eccesso di formalismo paralizzi l'azione amministrativa: se la PA ha prove schiaccianti di un illecito (es. offerte identiche che provano collusione), l'esclusione può

¹⁴⁷ Ibidem

¹⁴⁸ T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. I, 11 aprile 2025, n. 1315: il Tribunale ha ritenuto che, in presenza di rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori siano imputabili a un unico centro decisionale (art. 95, c. 1, lett. d, d.lgs. 36/2023), non sussiste l'obbligo di attivare un contraddittorio se il procedimento amministrativo è già fondato su elementi oggettivi univoci che rendono l'esito inevitabile. In tali casi, l'omissione del contraddittorio non costituisce vizio invalidante, ma al più una irregolarità non sanante ai sensi dell'art. 21-octies L. 241/1990

essere immediata. Ciò non toglie che, in generale, nelle situazioni più complesse e opinabili (come appunto la valutazione del *self-cleaning*), la buona prassi amministrativa imponga di dare modo all'operatore di esporre le proprie ragioni. Difatti, il nuovo Codice, come visto, incorpora il contraddittorio nel procedimento di *self-cleaning*. L'operatore deve essere invitato a presentare le sue misure (se non lo ha già fatto di propria iniziativa) e, in caso di giudizio negativo su di esse, ha diritto a conoscerne le motivazioni. Resta ferma, inoltre, l'applicazione dell'art. 7 L. 241/1990 (comunicazione di avvio del procedimento) nei casi in cui l'esclusione sia disposta d'ufficio per ragioni emerse in corso di istruttoria (ad es. segnalazioni di altre stazioni appaltanti circa inadempienze pregresse): in tali frangenti, diverse pronunce hanno affermato che va assicurata la partecipazione del destinatario prima del provvedimento finale, a pena di illegittimità.¹⁴⁹

Dal punto di vista costituzionale, la giurisprudenza sembra aver trovato un equilibrio accettabile tra discrezionalità amministrativa e tutela del diritto di difesa. La Corte Costituzionale, nella recente sentenza n. 138/2025, anche se non si riferisce specificamente al *self-cleaning*, ha confermato la legittimità di un sistema che combina le esclusioni automatiche (per illeciti certi e definitivi) e le esclusioni discrezionali (per illeciti non definitivi), alleggerito dal contraddittorio e dalle soglie di gravità. In quella pronuncia, riguardante un caso di violazioni fiscali, la Consulta ha osservato che la “misura non è manifestamente irragionevole” in quanto contempera la severità verso gli inadempienti con “la possibilità

¹⁴⁹ T.A.R. Veneto – Sez. I, 18 marzo 2025, n. 371: il Tribunale ha affermato l'illegittimità di un'esclusione disposta senza adeguato contraddittorio procedimentale, nonostante il concorrente avesse indicato già in sede di offerta le misure di *self-cleaning* adottate.

di consentire loro la partecipazione a fronte di violazioni di importo non significativo”, o comunque in caso di violazioni non definitive. Tale passaggio può leggersi come un riconoscimento dell’importanza del *self-cleaning*: il sistema è ragionevole perché non espelle indiscriminatamente tutti i peccatori, ma consente ai peccati veniali o incerti di non pregiudicare irreversibilmente la partecipazione.¹⁵⁰ La costituzionalità dell’impianto, insomma, è stata avallata proprio in virtù dei correttivi introdotti (soglie, contraddittorio, misure riparatorie). Anche sul piano della tutela giurisdizionale, i principi enucleati, sindacato limitato alla legittimità e non al merito, risultano coerenti con la giurisprudenza costituzionale in tema di riparto tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale. Si può dunque affermare che il ruolo della stazione appaltante, per quanto permeato di discrezionalità, è oggi esercitato entro un riferimento di garanzie e di limiti più definito che in passato.¹⁵¹

La PA decide, ma deve rispettare dei parametri normativi e procedurali precisi; il giudice controlla, ma senza ingerirsi nelle valutazioni di merito salvo estremi abusi. È un modello di “discrezionalità controllata”, in cui si cerca di bilanciare l’esigenza di flessibilità (ogni caso di illecito è diverso e l’amministrazione deve poterlo apprezzare con elasticità) con quella di legalità e uniformità (ridurre arbitrii e differenze eccessive di trattamento tra casi simili). La dottrina più attenta sottolinea

¹⁵⁰ Cons. St., Ad. Plen. – Corte Costituzionale, 28 luglio 2025, n. 138: la Consulta ha ritenuto legittima la soglia fissa di € 5.000 per l’esclusione automatica da gare pubbliche in caso di violazioni fiscali definitivamente accertate, affermando che tale misura “non è manifestamente irragionevole” perché bilancia il rigore verso gli inadempienti con la possibilità di ammettere operatori che hanno commesso violazioni bagatellari o non definitive, senza compromettere la trasparenza e l’affidabilità delle procedure.

¹⁵¹ Corte cost., 20 febbraio 2019, n. 20.

come questo equilibrio sia delicato, il troppo margine alla PA rischia di tradursi in incertezza per gli operatori; le troppe regole fisse rischiano di ingessare il sistema e vanificare la finalità stessa delle esclusioni.¹⁵² Il Codice 2023 tenta una sintesi evolutiva, con un intervento sui due estremi, tipizzazione delle fattispecie, per evitare eccessi di discrezionalità e codificazione del *self-cleaning*, per evitare eccessi di automatismo.

6. La rilevanza temporale delle cause di esclusione

Uno degli aspetti qualificanti della nuova disciplina contenuta nell'art. 96 D.lgs. 36/2023 è la previsione espressa di limiti temporali alla rilevanza delle cause di esclusione. Tale tema, assente in modo esplicito nel previgente Codice 2016, assume una valenza fondamentale in un'ottica di proporzionalità e ragionevolezza del sistema.

In altre parole, il legislatore ha inteso stabilire fino a quando un determinato illecito o una determinata causa ostativa possano essere opposti a un operatore economico, trascorso il quale l'operatore deve considerarsi "libero" di partecipare alle gare (salvo nuovi illeciti). La scelta è in linea con il diritto europeo: l'art. 57, par. 7, direttiva 2014/24/UE impone agli Stati membri di fissare una durata massima per le esclusioni in assenza di pronunce giudiziarie definitive, specificando che tale periodo "non deve superare i tre anni dalla data del fatto" per le cause di esclusione facoltative, e i cinque anni dalla data della condanna per le cause obbligatorie. Scopo di tale previsione è evitare che un operatore resti indefinitamente escluso dalle commesse pubbliche per un

¹⁵² A. M. BONSEGNA, L. TARRICONE, *Self-cleaning e modelli 231, le novità nel nuovo Codice Appalti*, in *Il Sole 24 Ore – Diritto*, 2 maggio 2023, consultabile su www.ntplusdiritto.ilsole24ore.com.

errore passato, configurando una sorta di “pena perpetua” incompatibile con i principi di reintegrazione e certezza del diritto.

Recependo tali indicazioni, l’art. 96, comma 10 del Codice definisce in dettaglio la durata effettiva delle varie cause di esclusione non automatiche. In sintesi, l’art. 95 d.lgs. 36/2023 prevede che le cause di esclusione abbiano efficacia limitata nel tempo: tre anni per le gravi infrazioni (lett. a) e per gli illeciti professionali (lett. e), con decorrenza variabile a seconda che il fatto sia penale, amministrativo o altro; limitata alla singola procedura per le ipotesi di conflitto d’interessi, distorsione della concorrenza e offerte collegate (lett. b, c, d). L’impugnazione non sospende il decorso del termine.¹⁵³

Accanto alla disciplina delle cause discrezionali, l’art. 96, commi 7-9, regola la durata delle esclusioni conseguenti a sentenze penali definitive, ossia le cause automatiche ex art. 94, comma 1. In tali ipotesi, spesso la condanna penale stessa comporta una pena accessoria interdittiva (divieto di contrattare con la PA) di durata fissata dal giudice penale. Il Codice stabilisce che, se la sentenza fissa la durata, quella prevale; se invece il giudice penale non ha determinato la durata dell’interdizione (caso frequente, poiché non sempre vi è applicazione di pene accessorie), allora valgono i termini massimi indicati al comma 8: in perpetuo nei casi più gravi (condanne che darebbero luogo a interdittiva perpetua ex art. 317-bis c.p., primo periodo), sette anni nei casi di 317-bis secondo periodo, e cinque anni in tutti gli altri casi. Sono termini in parte

¹⁵³ A. Consiglio di Stato, Relazione sullo schema definitivo del D.Lgs. 36/2023, 7 dicembre 2022. Nel contributo esplicativo si segnala che l’art. 96, comma 10, definisce dettagliatamente la durata delle cause di esclusione non automatica di cui all’art. 95.

superiori ai limiti UE (5 anni) giustificati dalla presenza, nell'ordinamento interno, di reati gravissimi (associazione mafiosa, concussione, etc.) che comportano interdizione perpetua ex lege.¹⁵⁴ Il legislatore ha però previsto che se la pena principale inflitta è inferiore a quei tetti (7 o 5 anni), allora la durata dell'esclusione si riduce ad un periodo pari a quello della pena principale. Ad esempio, se un'impresa è condannata per un reato rientrante nel terzo caso (lettera c) a 3 anni di reclusione, l'effetto escludente durerà 3 anni anziché 5. Anche qui, i commi 8 e 9 riflettono un criterio di proporzionalità, poichè la durata dell'esclusione tende ad allinearsi alla gravità del reato commesso e alla risposta sanzionatoria dell'ordinamento penale ed evitano gli eccessi (si pensi alla sproporzione che vi sarebbe nell'escludere per 5 anni un'impresa il cui titolare è stato condannato a soli 6 mesi di pena).¹⁵⁵ Inoltre, l'art. 96, comma 7 chiarisce che se un'autorità giudiziaria ha escluso un operatore da appalti con sentenza definitiva (ad esempio come misura accessoria o per effetto di misure di prevenzione antimafia), l'operatore non può avvalersi del *self-cleaning* per rientrare prima del termine stabilito dalla sentenza. Ciò appare logico, in quanto il potere di riabilitazione straordinaria in deroga alla sentenza non spetta alla stazione appaltante; l'operatore in tal caso deve attendere la fine del periodo interdittivo (o ottenerne l'eventuale estinzione/riabilitazione in sede penale).

Qual è il significato sistemico di queste previsioni temporali? Innanzitutto, esse sanciscono che le cause di esclusione non sono eterne: l'ordinamento riconosce un principio di "oblio" amministrativo, per cui

¹⁵⁴ A. Commento istituzionale, Le nuove cause di esclusione e la disciplina temporale nel Codice Appalti 2023, in MediaAppalti.it, 2023, disponibile su www.mediappalti.it.

¹⁵⁵ Ibidem

trascorso un certo periodo dall'illecito, questo perde efficacia ai fini escludenti.¹⁵⁶ Ciò attua il principio di proporzionalità in senso materiale: punire oltre misura e oltre il tempo necessario contrasterebbe con la finalità non punitiva ma selettiva delle norme in materia. Inoltre, introduce un elemento di certezza del diritto e di stimolo alla riabilitazione: l'operatore sa che, se mantiene una condotta irreprensibile per i successivi 3 (o 5) anni, il passato illecito non potrà più essergli addebitato. Ciò incentiva comportamenti virtuosi e riduce il rischio di effetti espulsivi sine die (che, tra l'altro, potrebbero avere anche profili di dubbia compatibilità con i principi di libertà d'iniziativa economica e riabilitazione del condannato, artt. 41 e 27 Cost.). In più la fissazione di termini precisi consente alle stazioni appaltanti di operare con parametri temporali uniformi, evitando disparità.¹⁵⁷ Prima, in assenza di indicazioni, un'amministrazione poteva ritenere rilevante un illecito di 4 anni prima, un'altra magari solo quelli entro 2 anni, creando incertezza. Ora v'è una regola uguale per tutti. Ciò non significa che decorso il triennio l'operatore sia del tutto "ripulito" da ogni ombra; sul piano della reputazione, rimane la possibilità che fatti passati incidano nel rating di impresa (il sistema del "rating d'impresa" ex art. 109 del Codice, non trattato qui, tiene conto anche dei precedenti nel lungo periodo), ma non potranno costituire motivo di esclusione legale.¹⁵⁸

¹⁵⁶ A. NAZIONALE – Commentario Codice Appalti, Le cause di esclusione e i vincoli temporali del self-cleaning, in MediaAppalti.it, 2024, disponibile su www.mediappalti.it.

¹⁵⁷ A. F. GIACALONE, La causa di esclusione dalle procedure di gara per gravi illeciti professionali: genesi, evoluzione e sistema del D.Lgs. 36/2023, in Nuove Autonomie, 2023, disponibile su www.nuoveautonomie.it

¹⁵⁸ Ibidem

Dal punto di vista del diritto UE, come accennato, l'Italia ha esattamente recepito i termini massimi previsti dalla direttiva. La Corte di Giustizia ha più volte sottolineato l'importanza di tali limiti. Si pensi alla causa *Vossloh-Laeis* (C-124/17, 2019) dove è stato ribadito che l'esclusione per grave illecito professionale non può essere mantenuta oltre 3 anni dall'evento, pena il contrasto con l'art. 57, par. 7, e con il principio di proporzionalità che richiede di non protrarre oltremodo gli effetti di un illecito pregresso. Anche i considerando della direttiva parlano chiaro. Il considerando 101 invoca espressamente la previsione di una durata massima delle esclusioni e l'attenzione alla proporzionalità nell'applicarle.¹⁵⁹ La giurisprudenza europea, in materia, (ante 2014) condannava una prassi nazionali di esclusione *sine die*; si pensi al passato quando l'automatismo di esclusione di imprese collegate ad altre partecipanti (senza possibilità di prova contraria) fu dichiarato incompatibile, perché a tempo indeterminato e sproporzionato (caso *Assitur*, C-538/07). Il nuovo regime italiano, invece, è perfettamente allineato con l'impostazione comunitaria. Le esclusioni sono ammesse, ma a termine e sempre revocabili anticipatamente tramite *self-cleaning* efficace.¹⁶⁰

Un'ultima riflessione va dedicata al coordinamento tra la durata delle esclusioni e il meccanismo del *self-cleaning*. Di fatto, le due cose operano in parallelo come degli strumenti di reintegrazione. Il *self-cleaning* consente all'operatore di non essere escluso affatto, se attuato

¹⁵⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 24 ottobre 2018, causa C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH e Siemens AG*.

¹⁶⁰ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 19 maggio 2009, causa C-538/07, *Assitur S.r.l. c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, in "Raccolta della giurisprudenza della Corte", 2009.

con successo; i termini temporali assicurano che, se anche l'operatore viene escluso (perché non ha fatto *self-cleaning* o l'ha fatto in modo inadeguato), quella situazione non sia irreversibile e si risolva comunque dopo un certo periodo. Si potrebbe dire che l'ordinamento offre all'operatore due vie di "redenzione": una attiva, immediata, attraverso le misure riparatorie; una passiva, per decorso del tempo. Naturalmente la prima via è preferibile (consente di continuare a concorrere subito), ma la seconda garantisce che anche chi non è riuscito inizialmente a riscattarsi non resti paria a vita.¹⁶¹ Il combinato disposto di *self-cleaning* e i limiti temporali delinea un sistema equilibrato, conforme anche al principio generale di ragionevolezza (art. 3 Cost.). Viene sanzionata l'inaffidabilità nella misura strettamente necessaria, ma è riconosciuta la possibilità di un ritorno alla normalità. In questo senso, la certezza del diritto è rafforzata, poiché le imprese e le amministrazioni sanno esattamente per quanto tempo un determinato fatto inciderà sulle gare. Un operatore economico condannato, ad esempio, per frode potrà pianificare di tornare sul mercato pubblico dopo 5 anni (o prima, se ottiene riabilitazione), a meno che nel frattempo non commetta dei nuovi illeciti. L'eliminazione di uno stigma perpetuo risponde anche a un criterio di giustizia sostanziale.¹⁶² Così come sottolineato dalla dottrina, l'ordinamento amministrativo non deve avere

¹⁶¹ T.A.R. Veneto – Sez. I, 18 marzo 2025, n. 371: la pronuncia stabilisce che in caso di cause di esclusione non automatiche (art. 95 del D.Lgs. 36/2023), la stazione appaltante è tenuta a valutare le misure di self-cleaning adottate anche durante la gara. Le misure, se ritenute tempestive e adeguate, possono evitare l'esclusione. Il TAR evidenzia l'obbligo di contraddittorio procedimentale (art. 96, co. 6), ribadendo che l'amministrazione deve invitare il concorrente a chiarire e documentare le misure riparatorie adottate.

¹⁶² G. DE RUSSIS, Il sindacato della Corte Costituzionale sulla ragionevolezza delle norme, *Il Diritto Amministrativo*, 2023, disponibile su www.ildirittoamministrativo.it. Secondo l'autrice, la ragionevolezza (art. 3 Cost.) è un parametro essenziale di legittimità delle norme: non si tratta di mera coerenza formale, ma di valutazione valoriale e proporzionata della norma rispetto alle sue finalità.

lo scopo di “espellere” definitivamente dal settore pubblico un’impresa, ma spronarla a migliorare e a punirla solo proporzionatamente alla gravità e all’attualità delle sue mancanze. Così, un’impresa colpevole di un grave illecito, ma che abbia cambiato condotta e superato un congruo periodo di prova (3 anni) senza ulteriori incidenti, potrà tornare ad essere considerata affidabile.

CAPITOLO III

LE MISURE DI SELF-CLEANING NEI RAGGRUPPAMENTI DI IMPRESA: DISCIPLINA E PROSPETTIVE GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO: 1. Inquadramento generale delle misure di *self-cleaning*: funzione e ratio dell'art. 97 d.lgs. n. 36/2023 — 1.1 L'idea di *self-cleaning* nel diritto dell'Unione europea — 1.1.2. Principi ispiratori: responsabilità, ravvedimento e prevenzione — 1.1.3. Differenze tra *self-cleaning* volontario e *self-cleaning* obbligato — 2. La funzione del *self-cleaning* nel bilanciamento tra legalità e concorrenza — 3. L'art. 97 del nuovo Codice dei contratti pubblici — 3.1. Struttura normativa dell'articolo: analisi sistematica — 3.2. Requisiti oggettivi e soggettivi delle misure correttive — 4. Idoneità delle misure: valutazione discrezionale e parametri giurisprudenziali — 4.1. Interazione con le cause di esclusione ex artt. 94–95 — 4.2. Onere della prova e obbligo di collaborazione dell'operatore economico — 4.3. La rilevanza del fattore temporale e dell'efficacia preventiva — 5. Il problema dell'applicazione del *self-cleaning* nei raggruppamenti temporanei di impresa (RTI) — 5.1. Natura e struttura giuridica del raggruppamento d'impresa — 5.2. Il principio della responsabilità solidale e la sua estensione — 5.3. La tenuta costituzionale del sistema: artt. 41 e 97 Cost. — 6. Focus giurisprudenziale: l'ordinanza TAR Lazio, Sez. IV Ter, n. 6562/2025 e il

rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia — 7. Esclusione e *self-cleaning* negli appalti pubblici: verso una sintesi critica del sistema normativo e giurisprudenziale

1. Inquadramento generale delle misure di *self-cleaning*: funzione e *ratio* dell'art. 97 d.lgs. n. 36/2023

Il *self-cleaning* è un meccanismo giuridico di matrice euro-unitaria che consente a un operatore economico colpito da una causa di esclusione da un appalto pubblico di adottare delle misure riparatorie per dimostrare la propria affidabilità nonostante un illecito commesso. In altri termini, l'operatore può "riabilitarsi" e conservare il diritto di partecipare alla gara, onde bilanciare l'esigenza di integrità e legalità con il principio di massima partecipazione e concorrenza. Nel nuovo Codice dei contratti pubblici italiano, la disciplina generale del *self-cleaning* è contenuta all'art. 96, commi 2-6, mentre l'art. 97 introduce per la prima volta una regolazione specifica delle misure correttive nell'ambito dei raggruppamenti temporanei di imprese (RTI).¹⁶³ La *ratio* di fondo dell'art. 97 è di fungere da "valvola di sicurezza" correttiva, ovvero evitare degli automatismi espulsivi dell'intero RTI qualora uno dei partecipanti sia inaffidabile, purché il raggruppamento adotti dei rimedi adeguati.¹⁶⁴ In tal modo si tutela la legalità, con esclusione dalla gara i soggetti responsabili di gravi illeciti, ma al contempo si previene un sacrificio sproporzionato della concorrenza e della scelta del miglior offerente, in modo da

¹⁶³ SPETRILLO L., Le nuove norme del Codice dei contratti pubblici in materia di self-cleaning. Brevi commenti sul nuovo art. 96 d.lgs. n. 36/2023, *Il Diritto Amministrativo*, 2025, disponibile su www.ildirittoamministrativo.it.

¹⁶⁴ A. CAMMINO DIRITTO, La disciplina dell'art. 97 del D.Lgs. 36/2023 e la disciplina dei raggruppamenti temporanei in caso di perdita dei requisiti, *Cammino Diritto – Rivista di Diritto Amministrativo*, 2024, disponibile su rivista: www.camminodiritto.it.

permettere al raggruppamento di emendarsi rimuovendo la componente inaffidabile invece di esserne automaticamente “contaminato”.

1.1 L'idea di *self-cleaning* nel diritto dell'Unione europea

Il concetto di *self-cleaning* nasce e si sviluppa nel diritto dell'Unione europea, in parallelo con l'evoluzione dei motivi di esclusione nelle direttive appalti. La direttiva 2014/24/UE, all'art. 57, par. 6, ha formalmente introdotto il diritto dell'operatore economico di provare di aver adottato delle misure sufficienti a dimostrare la propria affidabilità, nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione. Tale previsione innovativa, ispirata al principio di proporzionalità e al riconoscimento del diritto di difesa, ha lo scopo di incentivare gli operatori a porre rimedio alle proprie mancanze per evitare delle esclusioni definitive qualora abbiano dimostrato un ravvedimento efficace. In base a tale meccanismo, l'amministrazione aggiudicatrice deve valutare caso per caso se le misure adottate dall'operatore offrono delle garanzie adeguate di integrità, e in caso positivo di astenersi dall'escluderlo, nonostante il precedente illecito.¹⁶⁵

Prima del 2014, le direttive UE contemplavano le cause di esclusione, come facoltà o obblighi degli Stati membri (si pensi all'art. 45 della direttiva 2004/18/CE), senza prevedere espressamente la possibilità

¹⁶⁵ S. SCHOENMAEKERS, *Self-Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success?*, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 1, 2018, disponibile su www.jstor.org. In tale contributo l'autrice analizza come la direttiva 2014/24/UE, all'art. 57, par. 6, abbia introdotto il meccanismo del *self-cleaning*, consentendo agli operatori esclusi da gare pubbliche di provare la propria affidabilità mediante misure correttive (risarcimento danni, cooperazione con autorità, modelli organizzativi), con effetto tale da evitare l'esclusione qualora tali misure risultino sufficienti. Il testo sottolinea altresì che tale previsione rappresenta un'evoluzione rispetto alle direttive precedenti (come la 2004/18/CE), che non contemplavano alcuna forma di riabilitazione o ravvedimento dell'operatore. Se l'amministrazione aggiudicatrice ritiene le misure adeguate, l'operatore non può venire escluso, anche in presenza di un motivo di esclusione formale.

di “perdono” o di riabilitazione dell’operatore. L’introduzione del *self-cleaning* nel 2014 segna quindi una svolta culturale. Difatti, l’esclusione oltre ad essere concepita come una sanzione automatica a tutela della legalità, diviene un istituto elastico che premia il ravvedimento operoso dell’impresa. La fiducia nell’operatore economico non viene considerata definitivamente compromessa dal precedente illecito se questo è seguito da interventi credibili che ne restaurino l’integrità.¹⁶⁶ La Corte di Giustizia ha sottolineato che le esclusioni devono essere interpretate restrittivamente proprio alla luce del principio di proporzionalità. Non a caso, l’organo di giustizia europeo, ha ritenuto incompatibile col diritto UE una normativa nazionale che imponeva l’esclusione automatica di un concorrente per una falsa dichiarazione resa da un’impresa ausiliaria, senza permetterne la sostituzione.¹⁶⁷ In tal senso, nella sentenza Müller¹⁶⁸ la Corte ha affermato che non è conforme ai principi delle direttive precludere all’offerente la possibilità di sostituire il soggetto ausiliario inaffidabile e di proseguire nella gara. Analogamente, in materia di concessioni, la Corte ha chiarito che negare in assoluto all’operatore la facoltà di dimostrare la propria regolarizzazione è contrario al diritto UE (sentenza Vert Marine, CGUE 10 novembre 2020, causa C-472/19). I precitati orientamenti evidenziano il favor dell’ordinamento euro-unitario verso la riabilitazione dell’operatore affidabile, quale corollario dei

¹⁶⁶ A. DENTONS, Guide to Self-Cleaning in European Public Procurement Procedures, 2021, disponibile su www.dentons.com.

¹⁶⁷ Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza 10 novembre 2020, causa C-472/19, Vert Marine, in www.curia.europa.eu.

¹⁶⁸ Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza 3 giugno 2021, causa C-210/20, Müller, in www.curia.europa.eu.

principi generali di trasparenza, oltre che di parità di trattamento e di libera concorrenza.¹⁶⁹

1.1.2 Principi ispiratori: responsabilità, ravvedimento e prevenzione

L'istituto del *self-cleaning* si fonda su alcuni principi basilari. In primo luogo vi è il principio di responsabilità dell'operatore economico per le proprie condotte. L'impresa che abbia commesso un illecito deve farsi carico delle conseguenze e attivarsi per riparare il danno e rimuovere le cause profonde del comportamento scorretto. Ciò implica ammettere le proprie mancanze e prendere dei provvedimenti concreti e spesso onerosi (ad esempio, risarcire i danni, allontanare il personale coinvolto, riorganizzare la struttura interna). Si tratta del richiamo al secondo principio, quello del ravvedimento operoso in sede amministrativa: l'ordinamento intende incentivare gli operatori a emendarsi spontaneamente, attraverso la premiazione di chi riconosce l'errore e vi pone rimedio rispetto a chi persiste nell'illegalità. Analoghe logiche premiali si riscontrano in altri settori (si pensi alla *leniency antitrust* per imprese colluse che collaborano con l'autorità).¹⁷⁰

Strettamente collegato è il principio di prevenzione, poichè le misure correttive richieste all'operatore hanno lo scopo di prevenire il ripetersi di illeciti in futuro. Il *self-cleaning* non si esaurisce in una

¹⁶⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 4 giugno 2019, causa C-425/18, Consorzio Nazionale Servizi, in www.curia.europa.eu.

¹⁷⁰ SCHOENMAEKERS S., Self-Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success, *European Public Procurement & PPP Law Review*, 2018, disponibile su www.maastrichtuniversity.nl.

punizione simbolica né in un mero adempimento formale, ma ha lo scopo di garantire che l'impresa elevi effettivamente i propri standard di integrità. Le misure tipiche vanno in questa direzione con l'adozione di codici etici aziendali, l'implementazione di modelli di organizzazione e controllo (in Italia, i modelli ex d.lgs. 231/2001), i programmi di compliance, i sistemi di audit interno e la formazione del personale, fino alla sostituzione di dirigenti compromessi. Tutte queste misure servono a creare un ambito aziendale “a prova di illecito”, impermeabile a frodi e a reati.¹⁷¹ Come indicato anche nel Considerando n.102 della direttiva 2014/24/UE, degli esempi di misure di *self-cleaning* efficaci possono essere quelle di “recidere ogni legame con delle persone od organizzazioni coinvolte nell'illecito, con delle adeguate misure di riorganizzazione del personale, l'attuazione di sistemi di reporting e controllo, la creazione di una struttura di audit interno per monitorare la conformità e l'adozione di disposizioni interne sulla responsabilità e il risarcimento”. L'idea è che l'impresa che adotti una serie di riforme interne e ripari i danni cagionati dimostri concretamente di aver voltato pagina e di meritare nuovamente fiducia.¹⁷²

¹⁷¹ EUROPEAN COMMISSION, EU Guidance on the Application of Article 57(6) of Directive 2014/24/UE – Self-Cleaning Measures in Public Procurement, Official Journal of the EU, C 91, 2021, disponibile su EUR-Lex.

¹⁷² EUROPEAN COMMISSION, Recital 102 della Direttiva 2014/24/UE (da EUR-Lex), disponibile su eur-lex.europa.eu. Il considerando chiarisce che è opportuno consentire agli operatori economici di adottare misure per porre rimedio a reati o violazioni e impedire il loro ripetersi. Vengono forniti esempi concreti — quali la rottura di ogni legame con persone o organizzazioni coinvolte, adeguati interventi di riorganizzazione del personale, implementazione di sistemi di controllo, istituzione di una struttura interna di audit, adozione di norme interne sulla responsabilità e risarcimento — che, se offrono garanzie sufficienti, giustificano l'assenza di esclusione.

1.1.3 Differenze tra *self-cleaning* volontario e *self-cleaning* obbligato

Nella prassi si suole distinguere tra *self-cleaning* volontario e *self-cleaning* obbligato. Il primo termine si riferisce alla situazione tipica delineata dalla direttiva; l'operatore economico adotta spontaneamente (o comunque di propria iniziativa) le misure correttive necessarie per sanare le proprie mancanze e le sottopone all'attenzione della stazione appaltante, al fine di evitare l'esclusione. Si tratta dunque di un ravvedimento su base volontaria, motivato dall'interesse dell'operatore a mantenere la possibilità di concorrere alle gare.¹⁷³

Per *self-cleaning* obbligato, invece, si intende una situazione in cui è la stessa norma o l'autorità pubblica a imporre all'operatore determinate condotte riparatorie come condizione per poter (ri)accedere alle gare. Alcune discipline, per esempio, prevedono che l'operatore escluso debba obbligatoriamente risarcire i danni o adottare dei programmi specifici di compliance entro un certo termine, pena l'impossibilità di partecipare a future procedure. In altri casi, il *self-cleaning* obbligato può manifestarsi quando l'autorità impone delle prescrizioni o dei requisiti di ordine integrativo. Si pensi all'annotazione sul casellario informatico ANAC, che può indicare le misure da adottare perché l'operatore riacquisti affidabilità.¹⁷⁴

La differenza pratica è individuabile, dunque, nell'iniziativa e nella coattività. Nel *self-cleaning* volontario è l'impresa che si attiva e decide

¹⁷³ E. GALLO, La prassi regolatoria e giurisprudenziale italiana in materia di self-cleaning: volontarietà e discrezionalità dell'intervento, in "Rivista della Regolazione dei Mercati", 2025, disponibile su www.rivistadellaregolazioneideimercati.it.

¹⁷⁴ Ibidem

quali misure implementare per prima, mentre nel *self-cleaning* obbligato le misure sono in qualche modo richieste o necessarie ex lege o ex provvedimento. Quest'ultimo può derivare dalla volontà del legislatore di garantire un'uniformità di trattamento, con l'imposizione, per esempio, per certe gravi violazioni (come condanne penali) che solo tramite una riabilitazione formale o la rimozione di tutti i soggetti coinvolti si possa evitare l'esclusione. Si noti che la direttiva 2014/24 lascia agli Stati membri la possibilità di precisare le condizioni sostanziali e procedurali del *self-cleaning*, il che apre lo spazio a delle forme di *self-cleaning* "obbligate" in sede nazionale.¹⁷⁵ Ciononostante, tali previsioni nazionali non possono snaturare il diritto fondamentale dell'operatore a provare la propria affidabilità né vanificare il potere discrezionale della stazione appaltante di valutare il caso concreto.

In altre parole, il *self-cleaning* volontario è l'espressione di un approccio bottom-up, rimesso all'iniziativa responsabile dell'impresa; il *self-cleaning* obbligato riflette invece un approccio top-down, in cui l'ordinamento impone certe condizioni di ravvedimento. Entrambi i modelli coesistono e possono integrarsi. Un operatore diligente potrebbe autonomamente adottare delle misure prima ancora che siano richieste, mentre un sistema normativo ben strutturato può prevedere degli obblighi minimi di riparazione per determinate ipotesi gravi. L'importante è che in ogni caso l'operatore affidabile non venga escluso una volta attuate delle

¹⁷⁵ T.A.R. Marche – Sez. I, 22 marzo 2025, n. 192, discussa in V. Chiacchio, Misure di self-cleaning: efficacia e ambito di applicazione soggettiva, *ItaliAppalti*, 12 aprile 2025, disponibile su www.italiappalti.it. In tale pronuncia il TAR affronta l'applicazione del comma 6 dell'art. 96 del D.Lgs. 36/2023, evidenziando che le misure di self-cleaning, in particolare la sostituzione di soggetti con cariche societarie "sensibili", assumono valenza differente a seconda della partecipazione azionaria e del grado d'incidenza nell'organizzazione.

misure idonee, coerentemente con i principi di proporzionalità e favor participationis.¹⁷⁶

2. La funzione del *self-cleaning* nel bilanciamento tra legalità e concorrenza

Il *self-cleaning* svolge una funzione di equilibrio tra due poli determinanti; da una parte la tutela della legalità e dell'integrità nelle commesse pubbliche, dall'altra la tutela della concorrenza e della partecipazione dei concorrenti alle gare. Tradizionalmente, l'esclusione da una gara per illecito aveva un carattere quasi "automatico" e definitivo, poiché tendeva a privilegiare l'esigenza pubblica di contrarre solo con degli operatori integri e affidabili. Un sistema troppo rigido rischia di comprimere eccessivamente la concorrenza ed escludere, magari, degli operatori che, sebbene abbiano errato, hanno posto rimedio e potrebbero offrire delle prestazioni competitive.¹⁷⁷

Il meccanismo del *self-cleaning* è concepito proprio per bilanciare questi interessi contrapposti. Da una parte assicura che la stazione appaltante possa fidarsi dell'operatore senza indulgere verso chi persiste nell'illegalità; infatti, solo chi adotta delle misure efficaci di ravvedimento evita l'esclusione, mentre chi non lo fa o non lo fa adeguatamente continua a essere escluso. Dall'altro lato, però, evita che una sanzione troppo severa e automatica (l'esclusione ipso facto per un errore passato) elimini

¹⁷⁶ E. BUGLIONE, L'istituto del self-cleaning e la sua applicazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023): orientamenti e profili di criticità, in Tesi LUISS – Facoltà di Giurisprudenza, 2025, disponibile su tesi.luiss.it.

¹⁷⁷ S. SCHOENMAEKERS, Self-Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success, *European Public Procurement & PPP Law Review*, 2018, disponibile su www.maastrichtuniversity.nl.

inutilmente dal mercato un concorrente che ha le potenzialità per operare legalmente d'ora in poi. In sostanza, il *self-cleaning* è anche espressione del principio di proporzionalità; la risposta dell'amministrazione all'illecito dell'operatore diventa graduabile, modulata sulla base del comportamento successivo dell'operatore stesso. Se l'operatore dimostra di aver fatto tutto il necessario per "ripulirsi" (pagando i debiti, riorganizzandosi, sanzionando i responsabili interni, ecc.), la sua esclusione non è più necessaria per proteggere l'interesse pubblico, perché l'operatore può considerarsi affidabile malgrado l'illecito commesso.¹⁷⁸

A tal proposito, la Commissione UE ha evidenziato che l'operatore deve avere il diritto di provare la propria affidabilità e che l'amministrazione deve fare una valutazione proporzionata degli argomenti e delle prove presentate. Allo stesso tempo, la direttiva non detta un esito predeterminato, poiché spetta alla stazione appaltante, caso per caso, decidere se le misure di *self-cleaning* siano sufficienti oppure no, attraverso l'esercizio di un potere discrezionale tecnico. Ciò garantisce che la legalità non sia sacrificata. Se le misure sono ritenute inadeguate, l'esclusione avverrà comunque. Ma se sono adeguate, precludere la riammissione dell'operatore sarebbe un eccesso punitivo, contrario al

¹⁷⁸ E. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Self-cleaning in public procurement: operational potentiality and regulation in the European Union*, A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 2017, disponibile su www.revistaadec.com. L'autore analizza come il self-cleaning, introdotto con la direttiva 2014/24/UE (art. 57, par. 6), abbia lo scopo di bilanciare l'integrità delle gare e la partecipazione degli operatori economici: da un lato, l'esclusione resta lo strumento per proteggere l'interesse pubblico nei casi di illecito; dall'altro, l'adozione di misure risarcitorie, organizzative e di audit consente all'operatore di evitare l'esclusione se tali misure producono garanzie concrete di affidabilità. In questo modo l'amministrazione può graduare la risposta all'illecito, calibrandola in base alla condotta successiva dell'impresa, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità.

principio per cui le restrizioni alla partecipazione devono limitarsi a quanto necessario per garantire l'affidabilità dei contraenti pubblici.¹⁷⁹

In sostanza, la funzione del *self-cleaning* può essere vista come quella di una valvola di sfogo che impedisce al sistema degli appalti di diventare troppo rigido e punitivo e introdurre degli elementi di flessibilità virtuosa. Così, la legalità e la concorrenza trovano un nuovo punto di equilibrio. La legalità viene salvaguardata attraverso l'esclusione dei disonesti e con un incoraggiamento efficace degli operatori a diventare onesti; la concorrenza viene tutelata con il mantenimento nel mercato, di chi ha saputo ravvedersi, anziché bandirlo per sempre per errori magari isolati o rimediabili.

3. L'art. 97 del nuovo Codice dei contratti pubblici

Passando all'esame della struttura della disciplina nazionale, l'art. 97 del d.lgs. 36/2023 è dedicato espressamente alle "cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti" e al meccanismo di *self-cleaning* in tale contesto. Tale norma innova significativamente rispetto al passato e codifica delle soluzioni già abbozzate dalla giurisprudenza e introduce degli elementi di novità sulla scorta delle esperienze comparate e delle indicazioni UE.

¹⁷⁹ European Commission, Notice on tools to fight collusion in public procurement and guidance on application of related exclusion grounds (2021/C 91/01), GUUE, 18 marzo 2021, disponibile su EUR-Lex. Il documento evidenzia che l'art. 57(6) della direttiva 2014/24/UE conferisce all'operatore economico il diritto di dimostrare la propria affidabilità nonostante l'esistenza di una causa di esclusione, e impone all'amministrazione di valutare proporzionalmente gli elementi presentati. L'esito non è predeterminato: la stazione appaltante può rigettare le misure se insufficienti, ma se le ritiene adeguate, l'operatore non può essere escluso. Il potere valutativo resta discrezionale, ma motivato e vincolato al principio di legalità, trasparenza e proporzionalità.

3.1 Struttura normativa dell'articolo: analisi sistematica

L'art. 97 è composto da più commi che disciplinano in dettaglio quando un RTI debba essere escluso e quando invece possa evitare l'esclusione, tramite delle misure correttive. In estrema sintesi, il comma 1 stabilisce che il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante incorra in una causa di esclusione, di quelle previste dagli artt. 94 o 95, dunque delle cause rispettivamente obbligatorie o facoltative, a condizione che:¹⁸⁰

- (lett. a) l'operatore economico interessato abbia adottato le misure di *self-cleaning* previste dall'art. 96, commi 2-6, dimostrando la propria affidabilità nonostante la causa di esclusione, oppure abbia dimostrato l'impossibilità di adottarle nel caso concreto; in entrambi i casi, tali misure o la prova dell'impossibilità devono essere state presentate prima della scadenza dell'offerta (se la causa preesisteva alla gara). In altri termini, se un componente del RTI aveva un illecito pregresso, doveva o ripulirsi prima di partecipare oppure spiegare perché non poteva farlo, informando subito la stazione appaltante.
- (lett. b) qualora la causa di esclusione insorga dopo la presentazione dell'offerta, l'operatore deve aver adottato e comunicato le misure correttive prima dell'aggiudicazione. Dunque

¹⁸⁰ P. CARTOLANO, L'art. 97 del D.Lgs. 36/2023 e la modifica dell'RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti in capo a un suo componente, in "MediAppalti", 12 novembre 2024, disponibile su www.mediappalti.it.

per eventi sopravvenuti in corso di gara, c'è tempo fino alla fase di aggiudicazione per porvi rimedio.

- (lett. c) prevede che, in alternativa alle misure di cui alle lett. a) o b), il raggruppamento estrometta o sostituisca l'impresa in questione entro certi termini. In particolare, se la causa colpisce una mandante (impresa non capogruppo), può essere estromessa dal RTI e il RTI prosegue senza di essa, se restano i requisiti oppure sostituita con altro operatore economico idoneo, purché ciò avvenga entro la fase di aggiudicazione definitiva. Se invece la causa colpisce la mandataria (capogruppo), è possibile sostituirla con altra impresa designata come nuova capogruppo, purché la nuova soddisfi i requisiti e la modifica non alteri la proposta contrattuale.¹⁸¹

I commi successivi dell'art. 97 delineano le modalità applicative: ad esempio, si chiarisce che l'estromissione della mandante non deve comportare una modifica sostanziale dell'offerta (pena l'esclusione), che la stazione appaltante deve consentire tali sostituzioni se le condizioni sono rispettate, e che il RTI risultante dopo l'estromissione/sostituzione deve possedere cumulativamente tutti i requisiti richiesti. In più, si coordinano tali previsioni con l'art. 96 sulle misure di *self-cleaning* individuali.¹⁸²

¹⁸¹ Ibidem

¹⁸² Redazione, Carenza originaria dei requisiti di qualificazione della mandante del raggruppamento: estromissione o sostituzione non applicabili (art. 68, art. 97 d.lgs. 36/2023), in "MediAppalti", 24 dicembre 2024, disponibile su www.mediappalti.it.

In una visione sistematica, l'art. 97 funge da norma speciale per i concorrenti plurisoggettivi. Riprende il meccanismo generale del *self-cleaning* di cui all'art. 96 ma lo adatta al caso di più imprese associate, tramite l'introduzione di un'ulteriore opzione della rimozione del soggetto "infetto" per salvare il resto del gruppo. Di fatto, l'art. 97 conferma in buona parte gli orientamenti già affermati dalla giurisprudenza sotto il vecchio codice, e anzi li estende. Per esempio, riconosce, espressamente, il diritto di sostituire una mandante inadempiente, soluzione che prima era frutto di interpretazione giurisprudenziale e mai codificata. Allo stesso tempo, la norma fissa dei paletti temporali stringenti (soprattutto in relazione al *self-cleaning* pre-gara) che, come detto, sono oggetto di dibattito in relazione al diritto UE.¹⁸³

3.2 Requisiti oggettivi e soggettivi delle misure correttive

L'art. 97 richiama espressamente le misure di *self-cleaning* di cui all'art. 96, commi 2-6. È quindi necessario delineare quali siano i requisiti che tali misure devono possedere, sia sul piano oggettivo, circa il contenuto delle misure, sia su quello soggettivo, ossia i soggetti su cui incidono, affinché possano essere considerate idonee a evitare l'esclusione.

Sul piano oggettivo, le misure correttive devono essere concrete e sostanziali, tali da incidere effettivamente sulle cause dell'inaffidabilità. L'art. 96, comma 2, elenca tre categorie fondamentali di interventi che l'operatore deve dimostrare di aver attuato: (a) risarcimento o impegno

¹⁸³ TAR Lazio, Roma, sez. III, 24 dicembre 2024, n. 23457.

risarcitorio per ogni danno causato dall'illecito; (b) collaborazione attiva con le autorità inquirenti e con la stazione appaltante per chiarire completamente i fatti; (c) adozione di misure organizzative, tecniche e di personale idonee a prevenire ulteriori illeciti. Si tratta di criteri mutuati quasi letteralmente dall'art. 57, par. 6 della direttiva e dal corrispondente §125 GWB tedesco.¹⁸⁴ In termini più semplici, l'impresa deve aver riparato il danno (ad esempio pagando le sanzioni o gli indennizzi dovuti), deve aver fatto piena luce sui fatti (collaborando con investigatori e PA e fornendo tutte le informazioni, senza reticenze) e deve aver messo in atto delle riforme interne concrete (licenziamento o allontanamento dei responsabili, riorganizzazione, nuovi protocolli di legalità, ecc.). Ogni misura di *self-cleaning* presentata dovrà rientrare in uno di questi tipi o essere comunque riconducibile alla finalità sottesa. Ad esempio, l'adozione di un nuovo modello 231 con sistema disciplinare più severo rientra nelle misure organizzative; la stipula di un accordo con il fisco per rateizzare un debito tributario rientra nell'impegno a sanare il danno; la consegna spontanea all'autorità di prove interne di irregolarità è segno di collaborazione attiva, e così via.¹⁸⁵

Oltre a questi requisiti di contenuto, le misure devono rispettare dei precisi requisiti temporali e procedurali. Vanno adottate tempestivamente e segnalate al momento giusto (come visto, prima dell'offerta se la causa era preesistente, o comunque prima dell'aggiudicazione se insorta dopo). In più, l'operatore deve documentare adeguatamente le misure. Con

¹⁸⁴ Cons. St., sez. V, 15 novembre 2022, n. 9782, in "Giustizia Amministrativa", disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁵ EUROPEAN COMMISSION, Notice on tools to fight collusion in public procurement and guidance on application of related exclusion grounds (2021/C 91/01), Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (GUUE), 18 marzo 2021, disponibile su EUR-Lex.

l'allegazione di copia dei pagamenti effettuati, dei provvedimenti di sospensione dei dipendenti coinvolti, dei nuovi codici etici adottati, ecc. L'onere di provare l'efficacia delle misure è a carico dell'operatore (su ciò *infra*).¹⁸⁶

Quanto ai requisiti soggettivi, occorre considerare su quali soggetti devono agire le misure. Nel contesto di un RTI, i soggetti rilevanti sono sia le persone giuridiche partecipanti al raggruppamento, sia le persone fisiche che in esse rivestono un ruolo chiave (amministratori, direttori tecnici, soci di maggioranza, etc.). Una caratteristica dei raggruppamenti è infatti che l'inaffidabilità può derivare tanto da condotte imputabili alla società in quanto tale, quanto da condotte di singoli individui legati alla società (si pensi a un amministratore coinvolto in corruzione). Le misure correttive dovranno quindi indirizzarsi verso la specifica fonte dell'inaffidabilità. Se la causa di esclusione è ad esempio una condanna penale definitiva a carico della società X (persona giuridica) per frode, servirà intervenire sulla società X nel suo complesso (pagando le sanzioni, riorganizzando la struttura aziendale, etc.). Se invece la causa è la condanna di un amministratore di X per reati professionali, la misura chiave sarà rimuovere tale persona dal vertice di X e da ogni influenza (il cosiddetto *purging* "per interposta persona").¹⁸⁷ La giurisprudenza ha elaborato proprio la teoria del contagio inter-societario: la presenza di una persona fisica compromessa può "trasmettere" inaffidabilità alla società partecipante alla gara. In tali casi, la misura di *self-cleaning*

¹⁸⁶ Redazione Tecnica, *Self cleaning: cos'è e come funziona*, in "BibLus", 7 ottobre 2024, disponibile su www.biblus.acca.it.

¹⁸⁷ T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738, *Congruietà dei termini previsti per effettuare il sopralluogo alla luce dei principi del nuovo Codice*, in "Giurisprudenzappalti.it", disponibile su www.giurisprudenzappalti.it.

imprescindibile è allontanare quella persona, perché finché resta, l'ombra del suo illecito contamina l'affidabilità della società. Ed infatti, come rilevato dal Consiglio di Stato in un caso, la rimozione di un amministratore implicato in vicende penalmente rilevanti parallele è condizione necessaria e sufficiente per evitare l'esclusione della società "pulita" ma contaminata dalla sua presenza.¹⁸⁸

In generale, dunque, le misure soggettive possono riguardare sia le persone fisiche rilevanti (rimozione/sostituzione di amministratori o dirigenti coinvolti nell'illecito, formazione del personale, ecc.) sia le persone giuridiche (riforma dell'assetto societario, riorganizzazione di rami d'azienda, fusione/scissione per isolare le attività a rischio, etc.). Nel contesto dei RTI, spesso la misura soggettiva più drastica è l'estromissione di un'intera società membro (ex art. 97 co. 1 lett. c), ma prima di arrivare a ciò vi possono essere delle misure interne a quella società che ne evitino la necessità. Se la mandante Y ha un problema legato a un suo direttore corrotto, la rimozione di quel direttore potrebbe bastare a salvare Y e quindi a evitare di doverla espellere dal RTI. Viceversa, se l'inaffidabilità di Y è radicata (es. condanna della società stessa per grave frode), probabilmente l'unica via per il RTI sarà sostituire Y.¹⁸⁹

In altre parole, i requisiti oggettivi delle misure riguardano cosa viene fatto (risarcire, chiarire, riformare) e come/quando viene fatto

¹⁸⁸ Cons. St., Sez. V, 15 giugno 2023, n. 5897, come rilanciato dall'Ufficio Studi CODAU – Documento con contributo Ufficio Studi e Comitato Scientifico CODAU: nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha annullato l'esclusione di un consorzio, ritenendo rilevanti le misure di self-cleaning adottate durante la procedura (in particolare l'allontanamento del Presidente e del Vicepresidente coinvolti in indagini), superando l'orientamento della teoria del contagio che riteneva tali interventi rilevanti solo per gare future. Il Collegio ha affermato che la violazione dell'affidabilità deriva anche dalla permanenza di soggetti compromessi nel vertice operativo, e che la rimozione costituisce misura correttiva idonea a ripristinare la fiducia nell'operatore.

¹⁸⁹ Ibidem

(tempestività, completezza, documentazione). I requisiti soggettivi riguardano chi è colpito o coinvolto, poichè le misure devono colpire chi o cosa ha generato l'inaffidabilità, siano essi individui o intere entità del gruppo.

4. Idoneità delle misure: valutazione discrezionale e parametri giurisprudenziali

Un punto nodale della disciplina è stabilire se le misure di *self-cleaning* presentate dall'operatore siano effettivamente idonee a dimostrarne l'affidabilità rinnovata. Tale valutazione è rimessa alla stazione appaltante, che esercita un potere di discrezionalità tecnica. Come affermato dalla giurisprudenza, l'accertamento sia dei presupposti dell'illecito grave sia dell'idoneità delle misure correttive comporta degli apprezzamenti complessi, basati su molteplici circostanze, e quindi costituisce l'espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo per manifesta irragionevolezza o per errore di fatto. In altri termini, l'amministrazione deve pronunciarsi motivatamente sulle misure adottate, in quanto potrà ritenerle sufficienti oppure inadeguate; la sua decisione sarà soggetta al controllo giurisdizionale solo nei limiti del non travalicare i confini della logicità e della congruità.¹⁹⁰

¹⁹⁰ ITALIAPPALTI, La valutazione dell'idoneità delle misure di self-cleaning è espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, ItaliAppalti.it, 2025. In un commento a pronunce recenti — tra cui T.A.R. Lazio sez. II, 30 ottobre 2024, n. 19131 — si afferma che l'ammissione o esclusione dell'operatore economico dopo l'adozione di misure di self-cleaning non è dettata da automatismi, ma risulta da una valutazione complessa, che coinvolge molteplici circostanze: la gravità del comportamento pregresso, la tempestività e adeguatezza delle misure stesse, la loro idoneità a garantire affidabilità futura. Tali valutazioni, riconducibili alla discrezionalità tecnica, sono sindacabili dal giudice solo in caso di manifesta illogicità, travisamento dei fatti o errore di fatto.

La giurisprudenza europea ha fissato alcuni parametri cui l'amministrazione deve attenersi in questa valutazione. Anzitutto, va rispettato il principio di proporzionalità. Il rigetto delle misure e l'esclusione definitiva devono essere l'*extrema ratio*, adottata solo se le misure risultano realmente insufficienti a garantire l'affidabilità. La Corte di Giustizia, ad esempio, ha imposto che prima di escludere un operatore per false informazioni, gli sia consentito di presentare delle misure e persino di sostituire l'entità responsabile (v. *supra*, caso Müller). In aggiunta, la CGUE nel caso Vossloh (C-124/17, 2019) ha precisato che l'operatore in *self-cleaning* deve cooperare con le autorità giudiziarie ma anche con l'amministrazione aggiudicatrice, onde fornire tutte le informazioni necessarie per la verifica, ma al contempo l'amministrazione non può pretendere delle prove o dei documenti estranei o sproporzionati rispetto a tale fine.¹⁹¹ Ciò significa che il metro di giudizio dev'essere misurato, poiché l'onere di collaborazione è elevato (il concorrente deve essere trasparente e proattivo nel chiarire i fatti), ma non illimitato (la stazione appaltante può chiedere solo ciò che serve davvero a valutare la sua affidabilità).

I giudici nazionali hanno elaborato delle linee guida su cosa denota l'adequatezza o meno di misure. Secondo il Consiglio di Stato italiano, le misure meramente formali o cosmetiche non bastano. L'adozione di un codice etico di facciata o la sospensione temporanea e non effettiva di un dirigente non convincono se non accompagnate da un cambiamento

¹⁹¹ A. SÁNCHEZ GRAELLS, Bid Rigging, Self-Cleaning, Leniency and Claims for Damages, *Concurrences Review – Special Issue on Public Procurement*, 2022, disponibile su [concurrences.com](https://www.concurrences.com).

sostanziale.¹⁹² Di contro, delle misure tempestive e incisive sono un segnale positivo. Si pensi al pagamento integrale di tutti i debiti fiscali subito dopo aver scoperto l'irregolarità, oppure la sostituzione immediata dei vertici aziendali compromessi e l'implementazione contestuale di un nuovo sistema di compliance. Sono tutti elementi che la giurisprudenza considera indicativi di un serio ravvedimento operoso.¹⁹³

Un altro parametro importante è il tempo trascorso e la recidiva. Se l'operatore ha uno storico di violazioni ripetute e adotta delle misure solo tardivamente quando viene scoperto, la PA potrà legittimamente dubitare della genuinità ed efficacia di tali misure. Viceversa, se dall'illecito è trascorso un lasso di tempo durante il quale l'operatore ha tenuto una condotta immacolata grazie anche alle misure adottate, questo gioca a suo favore. In sostanza, la prova del nove dell'idoneità è spesso l'effettività. Le misure hanno già prodotto effetti reali? Il nuovo modello organizzativo ha prevenuto gli ulteriori illeciti? Il dirigente rimosso è stato effettivamente allontanato dall'attività d'impresa e non riassorbito magari come consulente esterno?

La valutazione discrezionale viene poi cristallizzata in un provvedimento motivato. Se l'amministrazione ritiene insufficienti le misure, deve darne conto puntualmente, ai sensi dell'art. 96 co. 6 d.lgs. 36/2023 e in ossequio al dovere di motivazione rafforzata sancito anche

¹⁹² Cons. St., Sez. V, 15 giugno 2023, n. 5897 — Valutazione dell'idoneità delle misure di self-cleaning da parte della stazione appaltante: la giurisprudenza afferma che l'accertamento dell'efficacia delle misure correttive è una valutazione di discrezionalità tecnica, che richiede una motivazione adeguata da parte dell'amministrazione. Qualsiasi decisione deve essere immune da illogicità manifesta, travisamento dei fatti o errori di fatto, e deve basarsi su una attività istruttoria idonea.

¹⁹³ E. Pettazoni, Le misure di self-cleaning e l'ampia discrezionalità della stazione appaltante nel valutarne l'idoneità, in "Italiappalti.it", 28 novembre 2024, nota a TAR Roma, sez. II, 30 ottobre 2024, n. 19131, consultabile su www.italiappalti.it.

dal diritto UE. Una motivazione stereotipa o apodittica che rigetti le misure senza entrare nel merito sarebbe illegittima. Ad esempio, non basterà dire “l’operatore è comunque inaffidabile perché in passato ha commesso l’illecito”: servirà spiegare perché le misure adottate non sono ritenute sufficienti a neutralizzare il rischio di reiterazione o a rimediare al disvalore dell’illecito. Al contrario, se le misure sono accolte, la motivazione potrà limitarsi a dar atto che esse sono state giudicate adeguate secondo i parametri normativi.¹⁹⁴

Il giudizio sull’idoneità delle misure di *self-cleaning* è un esercizio delicato, che deve conciliare la discrezionalità tecnica dell’amministrazione con il rispetto dei principi di proporzionalità, nonché di trasparenza e di ragionevolezza. La giurisprudenza, tanto europea quanto interna, funge da bussola e fornisce degli orientamenti su come tarare tale giudizio. Ciò garantisce un certo margine di uniformità nella prassi. Oggi, per esempio, è pacifico che un pagamento tardivo può bastare ad evitare l’esclusione se interviene prima dell’aggiudicazione, o che la “pulizia” dell’organigramma aziendale è un passo imprescindibile in caso di illeciti imputabili a persone fisiche apicali. Resta però uno spazio di caso per caso in cui ogni vicenda di *self-cleaning* fa storia a sé, e la decisione finale spetta alla stazione appaltante, chiamata a un difficile ruolo di giudice dell’affidabilità.¹⁹⁵

¹⁹⁴ APPALTIECONTRATTI, Obbligo di motivare adeguatamente il rigetto delle misure di self-cleaning: non bastano apodittismi, Appalti e Contratti, 2025. In commento a TAR Veneto, Sez. I, 18 marzo 2025, n. 371.

¹⁹⁵ PICARDI, Appalti pubblici e self-cleaning: secondo la giurisprudenza amministrativa, la regola della valenza pro futuro non va applicata in maniera rigida e acritica, Appalti e Contratti, 2022. Il contributo commenta in particolare la sentenza Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2019, n. 598, secondo cui la ratio del self-cleaning è quella di consentire, anche dopo vicende gravi di rilevanza penale, un percorso virtuoso volto a salvaguardare la permanenza dell’impresa nel mercato, purché sia assunta la prova concreta del proprio “risanamento”.

4.1 Interazione con le cause di esclusione ex artt. 94–95

Gli articoli 94 e 95 del d.lgs. 36/2023 elencano rispettivamente le cause di esclusione obbligatorie e le cause di esclusione facoltative. L'art. 97 si relaziona in modo assolutamente complementare con essi. Difatti, disciplina come gestire la presenza di una causa ex 94 o 95 all'interno di un RTI ed offre dei percorsi alternativi, all'esclusione totale.¹⁹⁶

Come prima cosa, va chiarito che l'art. 97 non rimuove né attenua in sé le cause di esclusione, poiché le stesse rimangono pienamente operanti. Si pensi al caso di una mandante che ha una condanna definitiva per corruzione (causa obbligatoria ex art. 94), essa costituisce motivo di esclusione. La differenza è che, grazie all'art. 97, si evita l'estensione automatica di tale effetto all'intero RTI, purché si attivino i rimedi previsti. In assenza di *self-cleaning* o di estromissione, invece, la causa colpisce tutto il raggruppamento che verrebbe escluso in blocco, come accadrebbe per un operatore singolo.¹⁹⁷

La normativa disegna dunque un meccanismo di “sterilizzazione” dell'effetto escludente. In particolare, per le cause di cui all'art. 94, che per loro natura non lasciano margine di apprezzamento alla PA, l'unico modo per impedire l'esclusione dell'RTI è soddisfare integralmente le condizioni dell'art. 97, cioè presentare misure efficaci o estromettere il colpevole. Se ciò avviene, la stazione appaltante deve non escludere il

¹⁹⁶ S. Arrowsmith, H.-J. Priess, P. Friton, Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?, in “Public Procurement Law Review”, n. 6, 2009, pp. 257–282, disponibile su <https://eprints.nottingham.ac.uk>.

¹⁹⁷ S. MENTO, RTI e cause di esclusione riferite alla mandante (art. 94, comma 6 Codice): sull'applicabilità dell'art. 97 Codice, in “Professionisti e Imprese”, 9 settembre 2024, consultabile su www.maggioli.it.

RTI, perché la causa dell'esclusione si considera superata rispetto al raggruppamento (ferma restando ovviamente l'esclusione del singolo componente colpito, se non sostituito). È un equilibrio delicato. La causa obbligatoria obbliga a non contrarre con il soggetto macchiato, ma l'ordinamento consente al gruppo di sopravvivere senza quel soggetto. Di fatto, l'art. 97, co. 1, agisce come l'eccezione alla regola delle cause obbligatorie, purché il presupposto correttivo sia attuato.¹⁹⁸

Per le cause di cui all'art. 95, il ragionamento è simile, con la differenza che la stazione appaltante avrebbe già in astratto un margine di valutazione sull'esclusione. Un grave illecito professionale di una mandante è, per esempio, una causa facoltativa, poichè la SA potrebbe decidere di non escludere il RTI anche a prescindere dal *self-cleaning*, se ritiene che non sia sufficientemente grave o rilevante. L'art. 97 però standardizza la risposta, se vi sono delle misure riparatorie idonee, il RTI non va escluso; se non vi sono, il RTI va escluso (salvo eventuale sostituzione della mandante). In altre parole, l'istituto del *self-cleaning* si innesta su delle cause discrezionali e le rende, di fatto, condizionate. La discrezionalità della PA sull'esclusione si esercita principalmente nella valutazione delle misure, più che sul se escludere. Ciò è coerente con l'obbligo, introdotto dall'art. 96 co. 6, di attivare il contraddittorio in ogni caso di possibile esclusione, anche facoltativa; l'operatore ha sempre il diritto di tentare la via del *self-cleaning*.¹⁹⁹

Come già visto più innanzi, un aspetto di interazione delicato riguarda le violazioni fiscali e contributive non definitivamente accertate,

¹⁹⁸ Ibidem

¹⁹⁹ M. DELLÈ CAVE, L'art. 97 D.Lgs. 36/2023 e l'effetto sterilizzante sulle cause di esclusione dell'art. 95: tra discrezionalità e standardizzazione del *self-cleaning*, in *Cammino Diritto*, 2024.

che in base all'art. 94, co. 2, possono rilevare come delle cause facoltative (se gravi). La domanda da porsi è la seguente: un RTI può evitare l'esclusione se una mandante ha un debito IVA non ancora definitivo ma significativo, con una regolarizzazione in ritardo? Il Codice del 2023 (art. 94, co. 6) pare dire di no, se la regolarizzazione è posteriore all'offerta. Ma l'art. 97 apre uno spiraglio, perché consente la sostituzione della mandante inadempiente o la sua estromissione prima dell'aggiudicazione, che è anch'essa una forma di *self-cleaning* organizzativo. Dunque, se non si accetta la sanatoria tardiva, si può comunque salvare il RTI ed estrometterlo dalla società morosa.²⁰⁰ Anche qui, l'interazione è complessa e sarà verosimilmente risolta dalla giurisprudenza e, a breve, dalla Corte di Giustizia (nel caso del rinvio TAR Lazio, proprio relativo a debiti fiscali emersi in gara, v. infra).

4.2 Onere della prova e obbligo di collaborazione dell'operatore economico

Uno dei punti di svolta dell'istituto del *self-cleaning* è la ripartizione degli oneri probatori e il correlato obbligo di collaborazione, a carico dell'operatore economico. Su tale aspetto tanto la normativa quanto la giurisprudenza sono chiare; è l'operatore ad avere l'onere di dimostrare di aver adottato delle misure sufficienti, onde fornire tutte le prove e le informazioni necessarie alla stazione appaltante.

L'art. 96, comma 6, d.lgs. 36/2023 afferma espressamente che l'operatore “indica le specifiche misure di *self-cleaning* adottate” e ne

²⁰⁰ CIP, Violazioni tributarie e RTI: l'automatismo dell'art. 94, co. 6, D.lgs. 36/2023 al vaglio della Corte di Giustizia, LavoriPubblici.it, 2025.

fornisce prova, nell'ambito del procedimento di verifica.²⁰¹ Ciò significa che non basta enunciare di aver preso dei provvedimenti. L'operatore deve documentarli in modo puntuale. Se dichiara di aver risarcito il danno, dovrà allegare le quietanze o gli atti transattivi; se afferma di aver licenziato il direttore coinvolto, dovrà produrre copia della lettera di licenziamento e magari dimostrare che il soggetto non è più presente nell'organigramma. Se ha adottato un modello organizzativo, dovrà fornire gli estratti significativi del documento o le attestazioni terze (es. certificazioni). In breve, la prova dell'affidabilità ricade sull'operatore.²⁰² Tale impostazione è coerente con la natura di esimente su base volontaria del *self-cleaning*. L'ordinamento offre una chance all'impresa, ma spetta a quest'ultima utilizzarla attivamente e convincere la PA.

Corollario di ciò è l'obbligo di collaborazione leale con la stazione appaltante. Già il Consiglio di Stato, ancor prima del nuovo Codice, aveva sottolineato che l'impresa, nel proporsi come affidabile nonostante un illecito, deve adottare un comportamento a lungo termine e trasparente, onde fornire tutte le indicazioni utili e non nascondere nulla. Oggi questo principio trova riscontro nel diritto europeo.²⁰³ Il caso Vossloh (CGUE 2019) ha sancito che l'azienda in *self-cleaning* deve cooperare attivamente anche con l'amministrazione aggiudicatrice nelle indagini sui fatti, oltre che con le autorità investigative. Nel caso specifico, il concorrente era tenuto a fornire alla stazione appaltante la copia di un provvedimento

²⁰¹ L. SPETRILLO, Le nuove norme del Codice dei contratti pubblici in materia di self-cleaning. Brevi commenti sul nuovo art. 96 d.lgs. n. 36/2023, in *Il Diritto Amministrativo*, 2024, disponibile su www.ildirittoamministrativo.it.

²⁰² A. ASSONIME, Guida al nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023), 15 dicembre 2023.

²⁰³ Cons. St., Sez. V, 29 aprile 2024, n. 3858 — Il dovere di leale collaborazione nel self-cleaning: inadeguatezza delle misure adottate senza trasparenza procedurale, citata su Giuridanella.it e Legaleterzosettore.it.

sanzionatorio dell'Antitrust che lo riguardava, perché ciò era necessario a valutare la sua affidabilità; il rifiuto di farlo ha portato all'esclusione, giudicata legittima dalla Corte.²⁰⁴

Il principio generale che si delinea è che l'operatore deve mettere le carte in tavola ovvero consegnare i documenti, ammettere la responsabilità, spiegare dettagliatamente le misure intraprese. Qualsiasi reticenza o omissione può essere interpretata come un segno di non affidabilità residua. Va detto, come richiamato, che comunque vi è un limite di proporzionalità, poichè la stazione appaltante non può pretendere una cooperazione che sfori nell'autoincriminazione illimitata o nella consegna di informazioni irrilevanti. Non si potrà chiedere, per esempio, all'impresa di rivelare i segreti commerciali non attinenti al fatto illecito, o di produrre dei documenti coperti da segreto investigativo se non autorizzati. La stessa CGUE ha ammonito che l'obbligo di collaborazione si ferma a quanto "indispensabile" per la verifica dell'affidabilità. In sostanza, deve esserci un certo equilibrio, massima collaborazione su tutto ciò che concerne l'illecito e le misure correttive, nessun onere su ciò che esula dai confini.²⁰⁵

Dal lato della stazione appaltante, tutto ciò comporta anche un dovere di chiarire e di dare la possibilità di contraddittorio. Come previsto dal codice e ribadito dalla Commissione UE, se uno Stato (o una *lex specialis*) vuole che le misure di *self-cleaning* siano presentate già in offerta, deve dirlo in modo chiaro e preciso nei documenti di gara. Altrimenti, in mancanza di indicazioni, l'operatore può attivarsi anche

²⁰⁴ Corte di Giustizia UE, 24 ottobre 2018, causa C-124/17, Vossloh Laeis GmbH v Stadtwerke München GmbH.

²⁰⁵ Ibidem

successivamente, purché prima della decisione di esclusione. Nel nostro ordinamento vige ora la regola che la SA, prima di escludere, invita comunque l'operatore a presentare le eventuali misure (art. 96 co. 6). Ciò assicura che l'onere di allegazione sia sollecitato formalmente, onde evitare che un operatore magari inconsapevole perda la chance, per mancata attivazione spontanea.²⁰⁶

In altre parole, l'operatore economico che intende “purificarsi” ha il dovere di fare piena luce e di convincere la stazione appaltante con dei fatti concreti. L'onere probatorio grava su di lui, bilanciato però dal diritto di essere ascoltato e valutato in modo equo. Il patto di collaborazione è intrinseco al *self-cleaning*. Con la fiducia guadagnata tramite la trasparenza e l'assunzione di responsabilità, può essere sciolto il dubbio sull'affidabilità. E l'ordinamento, dal canto suo, richiede che la PA valuti con mente aperta ma anche con rigore le prove fornite. Chi adempie compiutamente all'onere deve essere premiato con la prosecuzione in gara, chi lo elude ne sopporta le conseguenze. È, in definitiva, un'applicazione del principio per cui gli oneri e onori vanno di pari passo; la rimozione dei propri peccati amministrativi richiede un impegno attivo e la buona fede, che saranno poi ricompensati con la possibilità di competere nuovamente ad armi pari.²⁰⁷

²⁰⁶ TAR Veneto, L'indicazione delle misure di self-cleaning non esclude il contraddittorio procedimentale, in “MOL – Maggioli Online”, 11 aprile 2025, con riferimento a TAR Veneto, sez. I, 18 marzo 2025, n. 371.

²⁰⁷ Ibidem

4.3 La rilevanza del fattore temporale e dell'efficacia preventiva

Come già accennato, il fattore temporale riveste un'importanza determinante nel sistema del *self-cleaning*. Esso si articola su due piani; da un lato, quando le misure devono essere adottate/comunicate affinché siano prese in considerazione; dall'altro, per quanto tempo esse devono dispiegare i loro effetti (efficacia preventiva) affinché l'operatore sia considerato affidabile.²⁰⁸

Sul primo fronte, il d.lgs. 36/2023 delinea delle tempistiche stringenti. L'art. 97, co.1, lett. a) n.2, stabilisce, come visto, che per cause preesistenti alla gara le misure devono essere adottate (o quantomeno la loro adozione dev'essere iniziata e la loro futura implementazione garantita) e comunicate prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. Ciò significa che l'operatore che sa di avere degli "scheletri nell'armadio" deve muoversi prima di partecipare, se ha un debito fiscale, deve pagarlo o accordarsi col fisco entro la data X, oppure se un suo dirigente ha pendenze penali, deve rimuoverlo e attuare delle procedure di controllo, già all'atto della candidatura. In caso contrario, con la presentazione dell'offerta, senza aver sanato la situazione (né dichiarato l'impossibilità di farlo), egli si espone all'esclusione automatica. Tale regola anticipatoria è stata oggetto di critiche. Alcuni la giudicano eccessivamente rigida e non richiesta dalla direttiva. Tanto che, come più volte ricordato, la sua compatibilità col diritto UE è dubbia e sub iudice a Lussemburgo.²⁰⁹

²⁰⁸ DENTONS (guideline a Commissione UE), *Guide to Self-Cleaning in European Public Procurement Procedures*, 2021 (sez. 5.4–5.7), disponibile su Dosiero ufficiale Dentons ed EUR-Lex.

²⁰⁹ ASSONIME, *Guida al nuovo Codice dei contratti pubblici con correttivo* (aggiornato al 15 dicembre 2023), disponibile su Assonime.it.

Per le cause sopravvenute, l'art. 97, co.1, lett. b) concede come termine ultimo la data di aggiudicazione. Questo appare ragionevole: se durante la gara esplode un problema (es. una verifica contributiva che segnala un DURC irregolare a carico di una mandante), l'operatore può intervenire mentre la procedura è in corso, ma non oltre. Una volta aggiudicata la gara, infatti, subentra l'esigenza di certezza e parità: ammettere sanatorie postume altererebbe la concorrenza e violerebbe la *par condicio* (il concorrente scorretto avrebbe goduto di un vantaggio temporale). Su questo punto, la posizione italiana sembra in linea col diritto UE, il quale non vieta di fissare come termine ultimo l'aggiudicazione.²¹⁰ Resta però l'obbligo, chiarito dalla CGUE, di informare i concorrenti di eventuali requisiti di tempestività delle misure: se, ad esempio, la *lex specialis* richiede espressamente che eventuali misure di *self-cleaning* siano già indicate in sede di offerta, ciò dev'essere comunicato chiaramente nei documenti di gara, altrimenti il concorrente potrà invocare le misure anche dopo, finché la PA non decida.²¹¹

Il secondo profilo temporale riguarda l'efficacia preventiva delle misure. Una misura di *self-cleaning* per essere ritenuta idonea deve dare un ragionevole affidamento che d'ora in avanti l'impresa si comporterà bene. Ciò investe la durata e la solidità delle misure. Se un'impresa implementa un nuovo protocollo anticorruzione, ci si chiede: funziona davvero? Serve un certo tempo di rodaggio per verificarlo. Oppure, se un amministratore infedele è stato rimosso, bisogna accertare che non continui ad influire indirettamente (magari attraverso prestanome)

²¹⁰ Ibidem

²¹¹ LOYENS & LOEFF, When to "come clean" in public tender procedures, 2021. Il documento commenta la sentenza CGUE del 14 gennaio 2021 (causa C-387/19, Norré-Behaegel).

nell'organizzazione. In alcune pronunce, si è affermato che le misure di *self-cleaning* “valgono per il futuro” e non cancellano il passato, ma prevenire il ripetersi di comportamenti scorretti.²¹² Un criterio, quindi, è quello di valutare quanto radicalmente e in modo permanente l'impresa ha reciso col passato illecito. Le misure provvisorie o facilmente reversibili (es. sospensione pro forma di un dirigente, che magari viene reintegrato dopo poco) non danno delle garanzie sufficienti. Viceversa, delle misure irreversibili (licenziamenti, ristrutturazioni aziendali) o comunque destinate a perdurare (nuovi sistemi di compliance con audit periodici esterni, certificazioni di qualità etica, etc.) offrono una *compliance assurance* maggiore.²¹³

Il fattore tempo incide anche su un altro aspetto ovvero sulla durata dell'esclusione evitata. In pratica, se un RTI evita l'esclusione grazie al *self-cleaning*, quella gara può proseguire; ma cosa accade per le gare future? L'ordinamento italiano prevede che le cause di esclusione obbligatorie (es. condanne) abbiano una durata di 5 anni (art. 94, co. 1). Teoricamente, se un'impresa condannata per corruzione adotta *self-cleaning*, può non essere esclusa in una gara, ma la causa di esclusione “di base” rimane per 5 anni.²¹⁴ In assenza di un meccanismo di tipo anglosassone (come un “record di integrità” certificato da ANAC), ciò significa che per ogni gara in quei 5 anni l'impresa dovrà riproporre le stesse misure e la PA dovrà rivalutarle. In prospettiva, sarebbe auspicabile

²¹² Il Diritto Amministrativo, Le nuove norme del Codice dei contratti pubblici in materia di self-cleaning: brevi commenti sul nuovo art. 96 d.lgs. 36/2023, 2024.

²¹³ ITALIAPPALTI, Le misure di self-cleaning: efficacia “pro futuro” e valutazione nell'ambito amministrativo, ItaliAppalti.it, 2023. Il commento prende spunto dalla sentenza Cons. St., Sez. V, 25 agosto 2023, n. 7949

²¹⁴ S. MARCHETTI, Durata temporale delle cause di esclusione garantite dal Codice (art. 96, c.10), Appalti & Contratti, 2024.

un sistema in cui l'efficacia del *self-cleaning* venga attestata in modo relativamente stabile (ad esempio con un provvedimento di ANAC che dichiara l'impresa "affidabile" post-misure, valido erga omnes), ma attualmente non è ancora previsto dal nostro ordinamento. Pertanto, il *self-cleaning* funziona caso per caso, gara per gara, e il fattore temporale si manifesta anche come ripetitività.²¹⁵ Un'impresa "riabilitata" in una gara dovrà dimostrare di esserlo anche nella successiva, specie man mano che il tempo dalla violazione originaria si allunga e le misure adottate invecchiano.

In sostanza, il tempo è un elemento essenziale sia nel definire quando le misure devono esserci (prima dell'offerta o dell'aggiudicazione) sia nel giudicare la loro efficacia duratura. La logica sottesa è quella di evitare delle sanatorie postume troppo tardive, che minerebbero la parità di trattamento, e al contempo pretendere che le misure abbiano una prospettiva di lungo periodo, tale da assicurare che l'operatore rimanga affidabile per il futuro prevedibile. È un equilibrio delicato, né *too late* né *too little*. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sta, man mano, procedendo a fare chiarezza su tale sentiero, con l'affermazione che un pagamento del debito fatto subito dopo l'offerta non può essere ignorato e va considerato (principio di proporzionalità), ma anche che è legittimo non consentire dei pagamenti addirittura dopo l'aggiudicazione, per evitare degli abusi.²¹⁶ All'interno di questi limiti, spetta agli operatori dare la tempestiva prova di ravvedimento e alle

²¹⁵ ITALIAPPALTI, Misure di self-cleaning... effetto pro futuro e logica amministrativa, ItalianAppalti.it, 2025. Il contributo sottolinea, anche sulla base della sentenza Cons. St. Sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158.

²¹⁶ Corte di Giustizia UE, causa C-387/19, Norré-Behaegel e RTS Infra, 14 gennaio 2021 — diretta interpretazione dell'art. 57, par. 6, della Direttiva 2014/24/UE.

stazioni appaltanti valutare con prudenza l'effettiva affidabilità “presente e futura”, in virtù del tempo trascorso e delle misure implementate.

5. Il problema dell'applicazione del *self-cleaning* nei raggruppamenti temporanei di impresa (RTI)

L'applicazione del *self-cleaning* si complica quando il concorrente non è un singolo operatore, ma un raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) o altra forma di aggregazione (consorzio ordinario, GEIE, etc.). In tali casi, infatti, occorre conciliare la presenza di una pluralità di soggetti con il principio, tipico degli RTI, della responsabilità solidale e unitarietà della partecipazione. Il problema centrale è se uno dei partecipanti al RTI risulta inaffidabile (ad esempio perché colpito da una causa di esclusione), ciò deve automaticamente riflettersi sull'intero gruppo, oppure è possibile “isolare” il problema e salvare il raggruppamento? Storicamente, si è parlato al riguardo della teoria del contagio, che portava a escludere l'intero RTI per il peccato di uno dei membri. L'istituto del *self-cleaning* nei RTI, e in particolare l'art. 97 del Codice 2023, si presenta proprio come risposta a questo problema, poiché cerca di evitare degli esiti eccessivamente espulsivi, sebbene mantenga ferma la serietà dell'esclusione individuale.²¹⁷

5.1 Natura e struttura giuridica del raggruppamento d'impresa

Un raggruppamento temporaneo di imprese è un'aggregazione di operatori economici che partecipano congiuntamente a una procedura di

²¹⁷ RAGAZZO, Dalla “teoria del contagio” all'art. 97 del Codice: come l'ordinamento italiano ha ridisegnato la responsabilità di gruppo nei RTI, *ItaliAppalti.it*, 3 aprile 2025.

gara e si presentano come un unico concorrente, ai fini dell'appalto, sebbene mantenga la propria distinta soggettività giuridica. Sotto il profilo giuridico, il RTI non è un nuovo soggetto di diritto autonomo, non ha personalità giuridica propria, ma è un accordo di cooperazione tra le imprese, finalizzato all'esecuzione congiunta di un contratto pubblico.²¹⁸ La disciplina italiana prevede che il RTI designi una mandataria che rappresenta il raggruppamento nei confronti della stazione appaltante, e una o più mandanti. La mandataria assume un ruolo di capofila in quanto risponde dell'esecuzione delle prestazioni principali, mentre le mandanti, di solito, eseguono le parti secondarie, secondo delle suddivisioni, per categorie o quote.²¹⁹

Una caratteristica fondamentale dei RTI è il principio di unitarietà della partecipazione: ai fini della gara, il RTI è trattato come un unico concorrente. Ciò comporta che il possesso dei requisiti di idoneità (generali, di capacità economica e tecnica) è valutato sul raggruppamento complessivamente (sommando i requisiti delle imprese, salvo quelli che devono essere posseduti da tutti, come l'assenza di cause di esclusione). Gli atti di gara (domanda di partecipazione, offerta, cauzioni), inoltre, sono presentati dal RTI nel suo insieme, a firma della mandataria con la procura dalle mandanti.²²⁰

In fase di esecuzione del contratto, il RTI opera in modo coordinato. Di regola ogni impresa esegue la parte di prestazione di sua competenza, ma la mandataria ha dei compiti di coordinamento verso la stazione

²¹⁸ M. RENNA & S. VACCARI, Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità, in *Il diritto dell'economia*, 2020, n. 103, pp. 181-205.

²¹⁹ *Ibidem*

²²⁰ P. CARTOLANO, Il principio di unitarietà nella partecipazione dei RTI: cumulo dei requisiti, rappresentanza e quote, in *Mediappalti.it*, 12 novembre 2024.

appaltante. La legge impone la responsabilità solidale dei membri del RTI verso la stazione appaltante per l'adempimento di tutte le obbligazioni contrattuali. Ciò significa che se uno non esegue la sua parte, la PA può rivalersi su un altro.²²¹

La struttura unitaria e solidale ha dei riflessi importanti sul piano delle esclusioni. Finché si considerava l'RTI un blocco inscindibile, l'idea era che il concorrente è uno, quindi o sta dentro o sta fuori in toto. Se uno dei membri è colpito da una causa di esclusione (ad es. interdittiva antimafia), l'unico modo per rispettare la legge era escludere il RTI intero, perché quel membro ne faceva parte integrante. Tale visione, estremamente formalistica, non teneva conto della possibilità di modificare in corsa la composizione del RTI. Nel vecchio regime (ante 2016) vigeva il divieto quasi assoluto di modificazioni soggettive del RTI durante la gara (salvo pochi casi in esecuzione, come fallimento). Se un'impresa raggruppata, pertanto, perdeva un requisito, non c'era rimedio scattava l'esclusione del RTI intero.²²²

La ratio di tale rigidità risiedeva nell'evitare delle turbative alla par condicio in quanto consentire dei cambi di componenti o degli aggiustamenti in gara, poteva sembrare di alterare il concorrente originario. L'unitarietà, inoltre, del RTI implicava una sorta di "destino comune" dei suoi membri nella fase di gara.²²³

Ciononostante, col tempo e con l'influenza del diritto UE, si è compreso che un eccesso di rigidità finiva per punire anche le imprese

²²¹ P. MASSETTI, Responsabilità solidale negli RTI e ruolo del mandatario nella fase esecutiva (art. 68, co. 9, d.lgs. 36/2023), PuntoAppalti.it, 2025.

²²² Ibidem

²²³ RAGAZZO, Il principio di immodificabilità soggettiva e l'unitarietà dell'offerta in RTI: la ratio di tutela della par condicio nei raggruppamenti temporanei, ItaliAppalti.it, 3 aprile 2025.

meritevoli (le altre del gruppo) per colpe altrui, e per ridurre la concorrenza senza vero beneficio. La direttiva 2014/24/UE stessa, all'art. 63 e nei considerando, suggerisce che il concorrente plurimo debba poter rimediare a certe mancanze, attraverso la sostituzione dei soggetti. Da qui la lenta evoluzione verso delle aperture, prima in giurisprudenza e poi nelle normative (come il correttivo 2017 al Codice 2016, e ora art. 97 Codice 2023).²²⁴

In altre parole, la natura giuridica del RTI come concorrente unitario composto da più soggetti crea un certo conflitto tra l'unitarietà e la plurilateralità che è alla base delle problematiche del *self-cleaning* nei raggruppamenti. La sfida normativa è permettere di scindere l'unità quando serve (per isolare l'impresa inaffidabile) sebbene attraverso il mantenimento della coerenza dell'offerta e della parità di trattamento. L'art. 97, come vedremo, cerca di fare proprio questo ovvero salvaguardare l'unità sostanziale del RTI leale, scindendo da esso la parte divenuta non affidabile.

5.2 Il principio della responsabilità solidale e la sua estensione

Il principio di responsabilità solidale nelle RTI riveste un ruolo centrale sia nell'esecuzione sia, indirettamente, nella fase di gara. Esso stabilisce che tutte le imprese raggruppate rispondono insieme e per intero delle obbligazioni contrattuali verso la stazione appaltante. Questo principio mira a tutelare la stazione appaltante assicurandole che, se anche

²²⁴ SEGRETARI COMUNALI VIGHENZI, L'avvalimento nel nuovo Codice Appalti: analisi e cambiamenti del d.lgs. 36/2023, SegretariComunaliVighenzi.it, 29 agosto 2024.

un componente del RTI risultasse insolvente o inadempiente, le altre ne faranno le veci senza che l'Amministrazione subisca danno.²²⁵

Nella fase di gara, pur non essendo letteralmente applicabile la responsabilità solidale (che riguarda obblighi contrattuali), vi è un concetto affine. Si tratta di una sorta di responsabilità “morale” solidale circa l'affidabilità del concorrente. Tradizionalmente si è ritenuto che i membri di un RTI, presentandosi congiuntamente, si fanno garanti l'uno dell'altro anche sul piano dei requisiti generali. Questa impostazione è emersa in pronunce dove si afferma che “per il vincolo di unitarietà che lega i componenti del RTI, si presume che essi conoscano la situazione degli altri; pertanto va escluso il RTI se uno dei membri è privo dei requisiti”, poiché tutti sono considerati corresponsabili della presentazione di un'offerta valida. In altre parole, l'intero RTI viene visto come un soggetto unico che deve essere affidabile in ogni sua parte; se una parte non lo è, l'inaffidabilità si estende all'insieme.²²⁶

Tale estensione della responsabilità si lega alla cosiddetta teoria del contagio: ogni membro “eredita” la responsabilità dell'inaffidabilità altrui semplicemente per il fatto di aver scelto di associarsi a quello specifico partner inaffidabile. Si tratta di una presunzione juris tantum (ma talora applicata come se fosse assoluta) che ciascuna impresa mandante o mandataria dovesse essere a conoscenza di eventuali cause di esclusione dei partner e, pertanto, se ha partecipato insieme a un'impresa poi rivelatasi priva di requisiti, significa che ha accettato consapevolmente

²²⁵ ITALIAPPALTI, Responsabilità solidale nei RTI: il nuovo regime uniforme dell'art. 68, comma 9, d.lgs. 36/2023, ItaliAppalti.it, 3 aprile 2025.

²²⁶ SALZANO A. C., R.T.I. e unitarietà dell'offerta: la propagazione della causa escludente non dichiarata alla luce della responsabilità dell'agire gestorio, News4Market.it, 13 settembre 2024. Riferendosi alla sentenza Cons. St., Sez. V, 2 agosto 2024, n. 6944.

quel rischio o comunque ne subisce le conseguenze per carenza di dovuta diligenza.²²⁷

Il fondamento logico di questa presunzione è discutibile e infatti è oggi messo in crisi: si può davvero pretendere che un'azienda conosca in dettaglio la posizione fiscale, giudiziaria o organizzativa di un'altra azienda partner? Soprattutto in grandi raggruppamenti o consorzi, ciò è poco realistico. Ecco perché la giurisprudenza più recente e la dottrina hanno cominciato a considerare eccessiva una responsabilità solidale “automatica” in sede di gara riguardo ai requisiti generali. Si fa notare, per esempio, che la responsabilità solidale in esecuzione (che è giusto mantenga il suo rigore, per proteggere la PA) non deve per forza tradursi in una “responsabilità solidale nel subire l'esclusione” in fase di aggiudicazione. In altri termini, se A e B sono in RTI e B risulta inaffidabile, è corretto che A risponda del contratto se B non adempie, ma non è detto che debba anche essere punita subito ex ante venendo esclusa assieme a B, se A è totalmente incolpevole e affidabile.²²⁸

Questa riflessione sta alla base dell'idea di consentire al RTI di sciogliere il legame con la parte inaffidabile, “recidendo il contagio”. Così l'ANAC in passato ha osservato che il *self-cleaning* applicato ai RTI afferma un principio innovativo; la solidarietà tra imprese nell'esecuzione non comporta necessariamente una solidarietà nel pregiudizio in fase di

²²⁷ APPALTI-BLOG, Teoria del contagio ed affidabilità dell'impresa: effetti sulle società partecipanti alle gare pubbliche, *GiurisprudenzaAppalti.it*, 22 aprile 2022. Il contributo analizza il principio della cosiddetta teoria del contagio, confermato dal Consiglio di Stato (Sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107).

²²⁸ R. DONATI, Teoria del “contagio” ed affidabilità dell'impresa. Consiglio di Stato, Sez. V, 22/04/2022, n. 3107, in “*GiurisprudenzaAppalti.it*”, 22 aprile 2022, consultabile su www.giurisprudenzaappalti.it.

affidamento. Detto altrimenti, l'aggregazione non deve trasformarsi in un fatto comune inesorabile se emergono problemi isolati.²²⁹

Ciò non significa che la solidarietà sia priva di effetti in gara: permane, ad esempio, in alcuni obblighi dichiarativi. Fino al 2023, i bandi spesso richiedevano che ciascun membro dichiarasse i requisiti generali anche per gli altri, o quanto meno che la mandataria certificasse l'assenza di cause di esclusione in capo a tutte le mandanti. Questo era un riflesso della logica solidale. Nel nuovo codice, è ancora richiesto che ogni operatore attesti i propri requisiti, ma grazie all'interconnessione con il casellario ANAC e il DGUE telematico, la verifica incrociata è più efficace e non serve sovrapporre delle dichiarazioni di responsabilità incrociata.²³⁰

In riepilogo la sostituzione del componente “macchiato” è l'*extrema ratio* del *self-cleaning* nei RTI. Dove non arrivano le misure interne a quell'impresa (perché magari l'impresa è irrimediabilmente inaffidabile), arriva il bisturi. Rimuoverla e inserirne un'altra sana. Così facendo, il RTI continua a vivere. È una soluzione radicale che deve essere maneggiata con cautela per non violare la par condicio, ma che rappresenta la piena attuazione del principio di proporzionalità e favor participationis. L'effetto concorrenziale è positivo, a patto che ciò non leda la regolarità della gara; per questo la disciplina circoscrive attentamente modi e tempi della sostituzione.²³¹

²²⁹ Ibidem

²³⁰ Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE). Manuale e funzionamento, ANAC, aggiornamento 2023.

²³¹ Ibidem

5.3 La tenuta costituzionale del sistema: artt. 41 e 97 Cost.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di *self-cleaning* nei RTI solleva anche questioni di tenuta costituzionale dell'impianto, segnatamente in rapporto agli artt. 41 e 97 della Costituzione italiana. L'art. 41 Cost. tutela la libertà dell'iniziativa economica privata, mentre l'art. 97 Cost. concerne il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Il bilanciamento tra queste norme è centrale: le regole sugli appalti pubblici devono garantire da un lato che la PA operi con soggetti affidabili (proteggendo il buon andamento), dall'altro che non vi siano restrizioni arbitrarie o sproporzionate alla libertà d'impresa e alla concorrenza (tutelando la libertà di iniziativa e l'uguaglianza nei mercati).²³²

Il vecchio approccio “espulsivo” fondato sulla teoria del contagio poteva destare perplessità proprio alla luce dell'art. 41 Cost.: escludere interi raggruppamenti, e quindi impedire a imprese di competere, per una colpa a loro non imputabile direttamente, configurava una sorta di “sanzione collettiva” potenzialmente lesiva della libertà di impresa delle imprese innocenti. In altri termini, la restrizione alla loro attività economica (partecipare alla gara) non derivava da un loro comportamento, ma da un altrui illecito. Ci si potrebbe domandare se ciò rispettasse il principio di responsabilità personale insito nell'art. 41.²³³ La Corte Costituzionale finora non si è pronunciata specificamente sul *self-cleaning*

²³² A. L. RUM, Per l'Adunanza Plenaria, fin quando non risulti il pagamento del contributo spettante all'ANAC, c'è il divieto legale di esaminare l'offerta dell'operatore economico, in “Giurisprudenza Amministrativa delle Corti Supreme”, a. XVII, n. 08, agosto 2025, ISSN 2039-6937.

²³³ V. BUONOCORE, Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale, Cinquanta anni della Corte Costituzionale, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. Disponibile in PDF su Edizioni Scientifiche Italiane.

o sul contagio nei RTI, ma ha in passato affermato (sent. 109/2013) che le cause di esclusione dagli appalti devono rispondere a criteri di ragionevolezza e proporzionalità rispetto allo scopo (tutela P.A.), senza sacrificare indebitamente il diritto degli operatori economici a partecipare.²³⁴

Dal punto di vista dell'art. 97 Cost., invece, è fondamentale che il sistema garantisca l'imparzialità e l'efficienza della P.A. Nel contesto del *self-cleaning*, ciò significa che l'amministrazione deve poter escludere chi è davvero inaffidabile (per non pregiudicare il buon andamento del contratto pubblico), ma deve farlo in modo imparziale e non discriminatorio. Consentire a certi RTI di mantenere la gara estromettendo un membro potrebbe sollevare la questione: si sta avvantaggiando quel RTI rispetto ad altri concorrenti?²³⁵ Ciononostante, c'è un profilo di certezza del diritto (sempre riconducibile all'art. 97); il sistema di *self-cleaning* in corso di gara potrebbe introdurre elementi di incertezza procedurale (gare "congelate" in attesa di valutare misure, o in attesa di sostituzioni). Un eccesso di fluidità potrebbe confliggere col principio di buon andamento, se facesse dilatare tempi o aumentare il contenzioso. Il legislatore ha tracciato dei confini temporali proprio per contenere queste dinamiche e favorire decisioni rapide (ad esempio imponendo che tutto avvenga prima dell'aggiudicazione definitiva).²³⁶

²³⁴ Corte Costituzionale, sent. n. 109 del 2013, 29 maggio 2013, Depositata, Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale su art. 40, comma 3, del d.lgs. 163/2006.

²³⁵ Corte Costituzionale, sent. n. 14 del 7 marzo 1962 (Cappi, Chiarelli), Giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 97 Cost., in motivazione: «nel primo comma dell'art. 97 Cost. non si può ravvisare una semplice direttiva ... il suo contenuto precettivo esclude che possano istituirsi uffici a cui si assegni personale ma non abbiano un proprio ordinamento o attribuzioni»

²³⁶ L. SPETRILLO, Le nuove norme del codice dei contratti pubblici in materia di self-cleaning. Brevi commenti sul nuovo art. 96 d.lgs. 36/2023, in "Il Diritto Amministrativo", 2025, disponibile su www.ildirittoamministrativo.it.

Un altro aspetto è l'uguaglianza (art. 3 Cost., correlato): il regime deve applicarsi uniformemente. Se alcune stazioni appaltanti fossero restie ad applicare l'art. 97 (magari per eccesso di prudenza), si rischierebbero disparità di trattamento tra operatori in diverse gare. Questo è un problema più di prassi applicativa che di norma in sé, ma attiene alla garanzia costituzionale di imparzialità e buon andamento: va assicurato un indirizzo uniforme, e qui torna in gioco ANAC e la giurisprudenza per uniformare le prassi.²³⁷

Nel complesso, il sistema come configurato dal nuovo Codice sembra più rispettoso dei principi costituzionali di quanto non lo fosse il precedente approccio rigido. Esso tende a evitare sanzioni collettive ingiustificate (tutelando la libertà di impresa degli innocenti) e aderisce maggiormente al principio di proporzionalità (parte integrante del buon andamento). Inoltre, promuove una pubblica amministrazione che valorizza la rieducazione degli operatori economici, un po' come in ambito penale si valorizza la riabilitazione: questo può leggersi in chiave di buon andamento nel senso di efficacia sostanziale, dato che recuperare un operatore ravveduto può essere preferibile che escluderlo e avere meno concorrenza.²³⁸

6. Focus giurisprudenziale: l'ordinanza TAR Lazio, Sez. IV Ter, n. 6562/2025 e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

²³⁷ ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione), Linee Guida n. 6, art. 96 e self-cleaning. Certezza del diritto e uniformità di applicazione, Edizione giugno-dicembre 2023, disponibile su www.anticorruzione.it.

²³⁸ Ibidem

La disciplina innovativa dell'art. 97 e, più in generale, l'applicazione del *self-cleaning* nei RTI non poteva non generare un immediato confronto giurisprudenziale. Un caso di particolare rilievo è attualmente all'esame della Corte di Giustizia UE su rinvio pregiudiziale proposto dal TAR Lazio, Sez. IV Ter, con ordinanza n. 6562 del 2025. Tale vicenda rappresenta un vero stress test per il nuovo sistema, in quanto investe alcune delle questioni più delicate: la regolarizzazione dei debiti fiscali in corso di gara e la presunzione di conoscenza fra i membri del raggruppamento.²³⁹ Analizziamo dunque il caso, le posizioni in giudizio e i quesiti posti alla Corte, per poi considerare le implicazioni prospettiche.

- Premessa al caso: contesto normativo e fattuale

Contesto normativo: Il caso trae origine da una gara bandita nel 2024, dunque sotto la vigenza del d.lgs. 36/2023. La gara in questione – secondo quanto riportato nell'ordinanza – riguardava un appalto di servizi di rilevante importo, al quale partecipava un RTI composto da più imprese. Durante la procedura, prima dell'aggiudicazione, emergeva che una delle imprese mandanti del RTI presentava irregolarità fiscali: in particolare, un debito IVA di notevole entità verso l'erario, non definitivamente accertato ma già oggetto di iscrizione a ruolo. In base all'art. 94, co. 2, d.lgs. 36/2023, la situazione configurava un potenziale motivo di esclusione facoltativa (grave violazione non definitivamente accertata degli obblighi fiscali). Inoltre, l'art. 94, co. 6, stabiliva che l'eventuale regolarizzazione

²³⁹ S. LA CHINA, Rapporti tra Corte di giustizia delle Comunità europee e giudice italiano, in "Riv. trim. dir. proc.", 1963, pp. 1508 ss.

successiva alla data di offerta non rilevava ai fini dell'esclusione. Pertanto, formalmente, il RTI incorreva in causa di esclusione.

- Contesto fattuale

Dalla ricostruzione dei fatti, la mandataria del RTI dichiarava di non essere a conoscenza del debito fiscale della mandante al momento della presentazione dell'offerta. Solo in sede di verifica successiva (dunque durante la gara) la stazione appaltante scopriva la pendenza, chiedendo chiarimenti. A quel punto, il RTI, resosi conto del problema, provvedeva immediatamente a far pagare alla mandante il debito fiscale (o quantomeno la parte rilevante per rientrare nella soglia di gravità) e contestualmente chiedeva di poter mantenere la mandante nel RTI alla luce di tale integrale regolarizzazione tardiva, in subordine proponendo la sua sostituzione ai sensi dell'art. 97 co. 1 lett. c). La stazione appaltante però riteneva di dover applicare alla lettera l'art. 94, co. 6: poiché il pagamento era avvenuto dopo la presentazione dell'offerta, la causa di esclusione non poteva considerarsi sanata; inoltre riteneva che la mancata dichiarazione in sede di offerta di quella pendenza fiscale integrasse di per sé un grave illecito professionale (falsa dichiarazione), impedendo anche la sola estromissione/sostituzione. Di conseguenza, la stazione appaltante emanava provvedimento di esclusione dell'intero RTI, escludendo la possibilità di far valere il *self-cleaning*.

Il RTI escluso impugnava tale decisione avanti il TAR Lazio, deducendo vari motivi: la violazione del diritto UE (art. 57 direttiva 24/2014) per aver ignorato il *self-cleaning* intervenuto (pagamento del debito prima dell'aggiudicazione); l'erronea interpretazione dell'art. 97, che invece avrebbe consentito almeno la sostituzione della mandante;

l'illegittimità costituzionale o disapplicazione dell'art. 94, co. 6, nella parte in cui preclude di tener conto delle misure post-offerta; eccesso di potere per difetto di istruttoria sulla buona fede della mandataria capogruppo, ecc.

- Le posizioni delle parti nel giudizio amministrativo

Nel giudizio davanti al TAR, le parti hanno contrapposto due visioni rigide e speculari, rendendo evidente la tensione interpretativa:

- Il RTI ricorrente ha sostenuto che l'art. 97 del Codice deve prevalere e orientare la lettura dell'art. 94. In particolare, ha argomentato che la disciplina UE impone di permettere la regolarizzazione dei debiti fiscali fino alla decisione di aggiudicazione, come misura di *self-cleaning*, e che quindi l'art. 94, co. 6, andrebbe disapplicato o interpretato conformemente (cioè considerato non ostativo se il pagamento avviene prima dell'aggiudicazione definitiva). In aggiunta, il RTI ha insistito sulla propria buona fede. La mandataria capogruppo dichiarava di non essere al corrente del debito della mandante al momento dell'offerta (il debito era in fase di accertamento e la mandante non lo comunicò per ritenuto difetto di definitività); quindi non vi sarebbe stata volontà di mendacio. La mancata dichiarazione, a loro dire, non integrava affatto un illecito professionale grave, specie dopo che il debito è stato saldato. Il RTI ricorrente ha poi invocato il principio di proporzionalità e la giurisprudenza CGUE (casi Müller e Vert

Marine)²⁴⁰ per affermare che escludere tutto il raggruppamento per un debito poi estinto sarebbe misura sproporzionata e contraria all'art. 57 dir. 2014/24. In subordine, i ricorrenti hanno evidenziato come l'art. 97 consenta quantomeno di estromettere la mandante inaffidabile: loro erano disposti a escluderla dall'esecuzione se aggiudicati, e comunque il pagamento del debito la rendeva affidabile di nuovo. Hanno anche prospettato l'eccezione di illegittimità costituzionale (ex art. 41 e 97 Cost. v. sopra) della norma interna se interpretata in modo da impedire il *self-cleaning*.

- La stazione appaltante resistente, dal canto suo, ha difeso l'operato appellandosi alla chiarezza delle norme nazionali: l'art. 94 co.6 d.lgs. 36/2023 sarebbe inequivoco nel dire che i debiti fiscali devono essere regolarizzati prima della scadenza dell'offerta, pena l'esclusione, indipendentemente da sanatorie successive. Ha sostenuto che tale scelta rientra nel margine di discrezionalità lasciato dalla direttiva agli Stati membri (art. 57, par.7 direttiva, che consente di fissare le condizioni: nel caso dell'Italia quella temporale). Dunque, la PA ha ritenuto di applicare la legge interna, ritenendo preminente l'esigenza di certezza e parità: un concorrente non in regola all'atto dell'offerta – secondo questa tesi – ha ottenuto un vantaggio competitivo indebito (ha potuto presentare offerta senza aver assolto ai contributi dovuti) e consentirgli di sanare dopo

²⁴⁰ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. IV, 11 giugno 2020, causa C-472/19, Vert Marine, ECLI:EU:C:2020:489.
Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. III, 3 febbraio 2022, causa C-210/20, Müller, ECLI:EU:C:2022:74.

equivarrebbe a metterlo in una condizione di favore rispetto a chi era in regola sin dall'inizio. Sul punto della buona fede, la difesa della PA ha richiamato la giurisprudenza nazionale; per il vincolo di unitarietà del RTI, la mandataria avrebbe dovuto diligentemente accertarsi della posizione della mandante; quindi, quantomeno, c'è stata colpa grave nel non sapere (o nel non far emergere) il debito. In ogni caso, la legge prevede che tutti i membri dichiarino la propria regolarità, e la mandante non l'era. Ciò costituirebbe di per sé falsa dichiarazione (ex art. 95 co. 1 lett. c). La stazione appaltante ha sostenuto che permettere il *self-cleaning* tardivo su debiti fiscali aprirebbe la strada ad abusi e minerebbe il rispetto delle scadenze negli adempimenti tributari. In ultimo, ha fatto presente che l'art. 97 co. 1 lett. a) n.1 prevede l'esclusione del RTI se una causa preesistente non viene dichiarata all'atto dell'offerta, e tale era il caso: la mandante non aveva dichiarato il debito pendente, quindi scatta l'automatismo di esclusione.

In breve riepilogo, la PA resistente ha fissato un riferimento secondo cui il *self-cleaning* sarebbe stato inapplicabile alle violazioni fiscali emerse post-offerta, sia per vincolo normativo sia per mancanza di buona fede, e che comunque l'esclusione era atto dovuto per garantire la regolarità della gara.

- Le questioni pregiudiziali sollevate dal TAR Lazio

Di fronte a questa contrapposizione, il TAR Lazio ha ravvisato delle questioni interpretative di rilevanza comunitaria, tanto da sospendere il giudizio e rimettere alla Corte di Giustizia UE alcune questioni

pregiudiziali volte a chiarire la corretta interpretazione della direttiva 2014/24/UE e la compatibilità della normativa italiana.²⁴¹

Le questioni, per come emergono dall'ordinanza, possono essere riassunte nei seguenti punti principali:

1. Se il diritto dell'Unione, in particolare l'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE e i principi di parità di trattamento e proporzionalità, osti a una normativa nazionale (come l'art. 94, co. 6, d.lgs. 36/2023) che prevede l'esclusione automatica di un operatore economico per grave violazione fiscale qualora la regolarizzazione dei pagamenti dovuti intervenga solo dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, anche se prima dell'aggiudicazione della gara. Tale domanda ha lo scopo di sapere se è lecito per lo Stato vietare qualsiasi efficacia alle sanatorie tardive e quindi impedire il *self-cleaning* "in corsa" per i debiti fiscali.

2. Se i principi della direttiva (art. 57, par.6 e art. 63 sulla sostituzione di ausiliari) richiedano che la stazione appaltante, prima di escludere un RTI per causa di esclusione di un membro, debba consentire al RTI di sostituire o estromettere tale membro, anche nel caso di violazione fiscale grave. In sostanza, se l'obbligo di consentire *self-cleaning* e sostituzione (già affermato in Müller per le ausiliarie mendaci) si applichi parimenti a un componente di RTI colpito da violazione fiscale.

²⁴¹ E. D'ALESSANDRO, Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia, Torino, 2012, pp. 3-90.

3. Se sia conforme al diritto UE una prassi nazionale che presume la conoscenza, da parte della capogruppo di RTI, delle cause di esclusione afferenti alle mandanti, escludendo l'intero RTI per omessa dichiarazione, senza dare la possibilità agli altri membri di provare la propria assenza di colpa o ignoranza circa la situazione. Il quesito intercetta la cosiddetta presunzione di "contagio" o di unitarietà, chiedendo se è compatibile con l'approccio caso-per-caso della direttiva punire in solido tutti i membri per la falsa dichiarazione di uno.

4. In caso di risposta negativa ai primi quesiti (cioè se la Corte dicesse che la normativa italiana è troppo restrittiva), quali parametri dovrebbero seguire le stazioni appaltanti nel valutare l'idoneità delle misure di *self-cleaning* in tali casi? Questo non è un quesito esplicito, ma nell'ordinanza il TAR ha verosimilmente chiesto indicazioni su come applicare l'art. 57, par. 6 in concreto: ad esempio, se un pagamento tardivo ma avvenuto prima dell'aggiudicazione debba essere considerato sufficiente a far venir meno la causa di esclusione obbligatoria.

5. Eventualmente, se la Corte ritiene che la direttiva abbia effetto diretto in questo ambito (ovvero se la stazione appaltante e il giudice nazionale possano disapplicare la norma interna ritenuta contrastante). Anche questo non è espressamente formulato, ma è implicito: il TAR con il rinvio ha sospeso il giudizio, ma in base alla risposta valuterà se disapplicare l'art. 94, co.6, per dare prevalenza al diritto UE.

Tali questioni ruotano attorno a due macro-temi: (a) fino a quando l'operatore ha diritto di porre rimedio (termine ultimo: offerta o aggiudicazione?); (b) fino a che punto si può presumere la corresponsabilità del RTI e negare la chance di rimediare/sostituire. In sottofondo c'è anche il tema della proporzionalità delle esclusioni automatiche.²⁴²

- Le ragioni del rinvio: incertezza interpretativa e principio di proporzionalità

Il TAR Lazio, nel motivare la decisione di rinviare, ha sottolineato innanzitutto l'incertezza interpretativa generata dal nuovo quadro normativo e dal confronto con la giurisprudenza europea. L'ordinanza evidenzia come vi siano orientamenti potenzialmente divergenti. Da una parte, il legislatore italiano ha mantenuto una linea rigorosa su alcune cause (debiti fiscali), dall'altra la Corte di Giustizia ha emanato delle pronunce (come *Rad Service/Müller* 2021 e *Vert Marine* 2020) che paiono privilegiare un approccio più flessibile e proporzionato.²⁴³ Il TAR ha rilevato che l'art. 57, par.6 della direttiva va letto alla luce del principio di proporzionalità, e che lo stesso considerando n.102 rimarca la necessità di dare opportunità di *self-cleaning* in ogni caso, ivi comprese le violazioni tributarie (che nel considerando n.102 sono citate; "il presente paragrafo

²⁴² Comitato europeo per la legislazione (rapporteur: Commissione UE), Interpretazione dell'art. 57, par. 6-7, Direttiva 2014/24/UE: valutazione proporzionale e diritti dell'operatore in self-cleaning, in *European public procurement law review*, estratto da EUR-Lex, 18 marzo 2021.

²⁴³ D. GALLO & L. CECCHETTI, La prassi regolatoria e giurisprudenziale italiana in materia di self-cleaning: compatibilità con il diritto dell'Unione europea? *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2021, pp. 244–272. Il contributo analizza la tensione tra il rigore della normativa italiana (es. obbligo di sanatoria prima dell'offerta) e l'approccio più flessibile delineato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (sentenze Müller e Vert Marine), ponendo il principio di proporzionalità al centro del confronto.

cessa di applicarsi se l'operatore ha pagato o concordato il pagamento...). Da ciò deriva il dubbio che la scelta italiana di anticipare il termine all'offerta sia ultra vires rispetto alla direttiva.²⁴⁴

In secondo luogo, il TAR ha invocato il principio di proporzionalità come chiave per risolvere la questione. L'ordinanza richiama espressamente come la Corte di Giustizia abbia costantemente affermato che le esclusioni devono rispettare la proporzionalità, specie in tema di false dichiarazioni e omissioni. In particolare, la Corte (casi Esaprojekt e RTS Infra) ha ritenuto che se l'obbligo di segnalare misure correttive non è chiaramente indicato, l'operatore può presentarle in corso di gara. Questa giurisprudenza stride con un automatismo come quello dell'art. 94, co.6. Il TAR, quindi, ha verosimilmente ritenuto che la questione non potesse essere risolta in via interpretativa domestica univoca ed ha ritenuto necessario il rinvio.²⁴⁵

Un'altra ragione del rinvio è la volontà di prevenire un contrasto tra la giurisprudenza interna e quella europea su una tematica che diventerà frequente. Il TAR Lazio è stato protagonista già in passato di rinvii pregiudiziali "preventivi" per orientare la prassi (si pensi al rinvio in tema di avvalimento premiale). Qui parliamo di un TAR, sezione specializzata in appalti, consapevole che una pronuncia della CGUE fornirebbe linee guida vincolanti a tutte le stazioni appaltanti e tribunali nazionali. Ciò eviterebbe innumerevoli contenziosi analoghi futuri e garantirebbe uniformità di applicazione (fondamentale in un mercato integrato).²⁴⁶

²⁴⁴ Cons. St., Sez. V, 11 marzo 2025, n. 1992 – "Le misure di self-cleaning a valle della teoria del contagio".

²⁴⁵

²⁴⁶ E. D'ALESSANDRO, Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia, Torino, 2012, pp. 3-90.

Da ultimo, c'è il fatto che la questione tocca valori fondamentali, integrità vs concorrenza, e quindi il TAR ha preferito investire direttamente la Corte di Lussemburgo, massima garante di quell'equilibrio. Nell'ordinanza si legge che la situazione presenta una "incertezza interpretativa suscettibile di incidere sul principio di proporzionalità delle esclusioni" e che solo la Corte può chiarire la portata degli obblighi comunitari.²⁴⁷

7. Esclusione e *self-cleaning* negli appalti pubblici: verso una sintesi critica del sistema normativo e giurisprudenziale

Alla luce delle considerazioni svolte, si impone innanzitutto una riflessione sulla portata ermeneutica del favor participationis. Tale principio, pur non costituendo un dogma formalmente codificato, rappresenta il filo conduttore che connette le diverse parti del terzo capitolo e dell'intera tesi. Esso si radica nel sistema dei contratti pubblici come corollario dei più generali principi di concorrenza, parità di trattamento e imparzialità amministrativa, e costituisce la cartina al tornasole rispetto alla quale valutare tanto la legittimità delle cause di esclusione quanto la congruità delle misure di *self-cleaning*. Esso implica che le limitazioni all'accesso al mercato degli appalti devono essere interpretate in senso restrittivo e proporzionato, con ammissione della partecipazione di un operatore economico solo quando la sua affidabilità risulti compromessa in maniera tale da pregiudicare in modo irreversibile l'interesse pubblico alla corretta esecuzione della prestazione. Nel

²⁴⁷ A. GUZZAROTTI, I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti, in "Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti", n. 3, 2011, disponibile su www.rivistaaic.it.

contesto dei raggruppamenti temporanei di impresa, il favor participationis assume un valore ancora più pregnante. La natura plurilaterale di tali aggregazioni impone di bilanciare la tutela dell'affidamento con la necessità di valorizzare l'unità complessa formata dalle imprese associate. La teoria del "contagio" per la quale l'inaffidabilità di un singolo componente travolge l'intero raggruppamento, benché finalizzata a preservare l'integrità delle procedure, si pone in tensione con il principio in esame. Essa rischia infatti di trasformarsi in una presunzione indifferenziata di colpa per i membri "innocenti", con un effetto dissuasivo sulla partecipazione a forme collaborative e un sacrificio della concorrenza più ampio di quanto necessario a tutelare l'interesse pubblico.

L'art. 97 del nuovo Codice dei contratti pubblici si colloca proprio su questa linea di frattura. Esso rappresenta un tentativo di superare gli automatismi espulsivi, introducendo un meccanismo di sostituzione del componente inaffidabile che consente la sopravvivenza del raggruppamento. Il legislatore ha previsto che, qualora un membro del RTI incorra in una causa di esclusione, il raggruppamento possa adottare delle misure correttive idonee, incluse la sostituzione della impresa coinvolta o l'assunzione dei relativi obblighi da parte degli altri componenti. Si tratta di una soluzione che recepisce le istanze provenienti dal diritto dell'Unione e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare i principi ricavabili dalle sentenze Müller e Vert Marine, nelle quali si afferma che l'esclusione deve essere subordinata all'accertamento della insufficienza delle misure di *self-cleaning* e che gli operatori devono

poter dimostrare la propria riabilitazione mediante misure credibili, comprese la sostituzione dei soggetti inaffidabili.

La novità del sistema risiede nella trasformazione del *self-cleaning* da strumento di mera “autopulizia” a canale di conservazione dell’utilità dell’offerta. Il RTI non è più un “blocco inscindibile” destinato a perire per la mancanza di uno dei suoi componenti, ma un soggetto a struttura fluida capace di rigenerarsi espellendo l’elemento patologico. In questo senso, il principio di responsabilità solidale, che rimane fermo nella fase esecutiva, perde la sua valenza “punitiva” nella fase di gara, poiché la solidarietà non si traduce necessariamente in una condanna collettiva, ma piuttosto in un dovere di vigilanza e di collaborazione tra i partecipanti per prevenire e sanare le situazioni di rischio. Ciononostante, l’introduzione dell’art. 97 non è priva di criticità.

Come prima cosa, occorre osservare che esso opera in un sistema in cui rimangono delle cause di esclusione obbligatoria per le quali il *self-cleaning* è, almeno in apparenza, precluso. Il riferimento è, ad esempio, all’art. 94, comma 6, che prevede l’esclusione automatica per il debito fiscale non regolarizzato entro il termine di presentazione dell’offerta. La vicenda giurisprudenziale esaminata, culminata nel rinvio pregiudiziale del TAR Lazio, testimonia come la rigidità di tale disposizione possa essere in conflitto con il favor participationis e con i principi del diritto dell’Unione. La domanda rivolta alla Corte di giustizia verte proprio sul se il legislatore nazionale possa fissare un termine per il *self-cleaning* (coincidente con la scadenza dell’offerta), negando efficacia alle regolarizzazioni sopravvenute prima dell’aggiudicazione. Qui, il punto principale non è tanto la scelta del termine, quanto la proporzionalità della

misura in rapporto alla gravità della violazione e alla disponibilità di strumenti di riabilitazione. Una interpretazione conforme al diritto dell'Unione sembrerebbe imporre che, almeno sino all'aggiudicazione, l'operatore abbia il diritto di dimostrare l'avvenuta regolarizzazione e l'assunzione di misure idonee, con la conseguenza che l'esclusione automatica diverrebbe l'*extrema ratio* riservata ai casi di dolo o colpa grave, o di misure manifestamente inadeguate.

Un'altra questione problematica concerne l'onere della prova e l'obbligo di collaborazione dell'operatore economico. L'art. 97 disciplina la valutazione discrezionale dell'amministrazione sulle misure correttive, ma nulla dice sulla ripartizione dell'onere probatorio nel caso dei RTI. La giurisprudenza tende a richiedere che la mandataria dimostri di avere esercitato un controllo effettivo sui requisiti dei mandanti e di essersi attivata tempestivamente quando sopraggiunge un motivo di esclusione, pena il contagio. Tale presunzione, se gestita in maniera rigida, potrebbe comprimere l'efficacia del *self-cleaning*: un'impresa mandataria potrebbe trovarsi esclusa non tanto per difetto di diligenza, quanto per la mera impossibilità di conoscere circostanze sfuggite alla sua sfera di controllo. Una interpretazione conforme al favor participationis impone di graduare la responsabilità della mandataria in funzione della sua concreta possibilità di conoscere il fatto impeditivo e di apprezzare la diligenza esigibile in base alle dimensioni e alla complessità del raggruppamento. In altre parole, l'onere della prova dell'ignoranza incolpevole non può trasformarsi in una missione probatio diabolica, pena la vanificazione dell'istituto.

Sul piano sistematico, è imprescindibile osservare che il *self-cleaning* nei raggruppamenti si colloca al crocevia fra i principi costituzionali degli artt. 41 e 97. Da un lato, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione richiedono che la selezione dei contraenti avvenga in modo da minimizzare i rischi di affidare attività pubbliche a operatori privi di integrità; dall'altro, la libertà di iniziativa economica impone che le restrizioni siano giustificate da esigenze sostanziali e non si traducano in una esclusione sproporzionata dal mercato. Il bilanciamento tra questi valori si concreta nella ricerca di misure che salvaguardino l'interesse pubblico alla legalità e al contempo evitino di erigere barriere insormontabili alla concorrenza. Il *self-cleaning*, così come disciplinato dall'art. 97 e interpretato alla luce del *favor participationis*, rappresenta proprio questo compromesso virtuoso; l'ordinamento non tollera l'illecito, ma consente la riabilitazione dell'operatore affidabile che rimuove le cause di inaffidabilità, promuovendo la responsabilizzazione delle imprese e prevenendo l'esclusione indiscriminata di soggetti potenzialmente idonei.

La prospettiva comparata conferma questa impostazione. In altri ordinamenti europei, il *self-cleaning* si è progressivamente affermato come istituto ordinario, destinato a incidere non soltanto sulle cause di esclusione, ma anche sui meccanismi di prevenzione dei conflitti di interessi e sulla lotta alla corruzione. L'Italia, con l'art. 97, si è allineata a questa tendenza, anche se restano margini di miglioramento. Come abbiamo avuto modo di vedere più innanzi, le esperienze tedesca e austriaca, ad esempio, dimostrano che la previsione di un'autorizzazione preventiva dell'autorità di vigilanza alle misure di *self-cleaning* può

garantire una maggiore certezza giuridica e al contempo responsabilizzare gli operatori. Altri sistemi, come quello francese, accentuano la dimensione collaborativa, prevedendo dei programmi di compliance vigilati dalle amministrazioni. Tali soluzioni potrebbero ispirare un'evoluzione del modello italiano verso delle forme di *self-cleaning* più strutturate, che assicurino un controllo effettivo e uniforme senza scadere nella formalità.

La lettura che emerge dalla vicenda giurisprudenziale esaminata induce inoltre a interrogarsi sull'idoneità del sindacato giurisdizionale. Il TAR Lazio, sollevando questioni pregiudiziali, ha dimostrato un atteggiamento di apertura verso l'interpretazione adeguatrice europea e di sensibilità rispetto al favor participationis. Ciò consente di auspicare che la giurisprudenza nazionale si orienti verso un'applicazione flessibile dell'art. 97, valorizzando la discrezionalità tecnica della stazione appaltante nell'apprezzare le misure correttive e limitando gli automatismi espulsivi. In ogni caso, la frammentazione dei precedenti e l'assenza di pronunce della Corte costituzionale in materia suggeriscono la necessità di un intervento nomofilattico che, una volta chiariti i principi europei, delinei con maggiore precisione i confini del *self-cleaning* nei RTI e del favor participationis. Sostanzialmente, le misure di *self-cleaning* nei raggruppamenti di impresa non possono essere considerate un'appendice del sistema di esclusioni, ma costituiscono un istituto con una propria autonoma dignità, volto a ridisegnare i rapporti fra affidabilità, concorrenza e solidarietà. La disciplina dell'art. 97, pur innovativa, va interpretata come un tassello in un processo evolutivo più ampio, nel quale i principi europei e costituzionali portano ad una visione dinamica e

proporzionata. Esso, unitamente alla centralità della funzione economico-sociale degli appalti suggeriscono di privilegiare, ogniqualvolta possibile, delle soluzioni che preservino la partecipazione e la concorrenza, senza sacrificare l'obiettivo della legalità. In questa prospettiva, l'intero lavoro deve essere oltre la valutazione dello stato dell'arte, ma piuttosto fungere da ponte verso una evoluzione futura. Occorrerà monitorare gli esiti del rinvio pregiudiziale del TAR Lazio, osservare l'adattamento della prassi delle stazioni appaltanti e continuare a riflettere sulla compatibilità tra cause di esclusione automatiche e *self-cleaning*. In tal modo, il principio di favor participationis potrà essere pienamente attuato e costituire, insieme alla centralità del *self-cleaning*, il filo conduttore del nuovo diritto degli appalti pubblici.

Conclusioni

L'analisi condotta nel corso di questo lavoro ha consentito di esaminare in chiave sistematica il tema delle misure di *self-cleaning* nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, alla luce del nuovo quadro normativo introdotto dal D.Lgs. n.36 del 2023. L'indagine ha preso le mosse dalla constatazione di un mutamento profondo nel paradigma regolativo della materia dei contratti pubblici, segnato dall'abbandono progressivo di un approccio rigidamente formalistico in favore di una logica sostanziale orientata alla realizzazione dell'interesse pubblico. Questo istituto, frutto dell'elaborazione euro-unitaria e progressivamente recepito nell'ordinamento nazionale, si è rivelato uno snodo centrale del rinnovato equilibrio tra tutela della legalità, concorrenza e interesse pubblico. Nel corso dell'elaborato si è osservato come il nuovo Codice abbia segnato una transizione importante da un modello rigidamente formale, improntato all'automatismo espulsivo, a uno schema normativo che assegna crescente rilievo alla valutazione concreta della condotta dell'operatore economico, in un'ottica orientata al risultato. In tale contesto, le misure di *self-cleaning* assumono rilievo non solo come strumenti idonei a evitare l'esclusione, ma anche e soprattutto come indicatori di un'effettiva capacità dell'operatore economico di ripristinare la propria affidabilità nei confronti della stazione appaltante. In tal senso, il principio del risultato, insieme a quello della fiducia, trova nel nuovo Codice una codificazione che si riflette direttamente sulla valutazione delle condotte di *self-cleaning*, attribuendo alla stazione appaltante non solo il potere, ma il dovere di procedere a un

apprezzamento caso per caso dell'idoneità delle misure adottate dall'operatore a prevenire la reiterazione delle condotte contestate. Si assiste, dunque, a un rafforzamento del potere discrezionale dell'amministrazione, che, tuttavia, deve essere esercitato sulla base di parametri oggettivi e verificabili. Si tratta di un potere che, seppur ampio, non può dirsi arbitrario, ma che deve essere esercitato alla luce di criteri di proporzionalità e obblighi motivazionali stringenti. In questo quadro, il principio della fiducia – che permea l'intera architettura del nuovo Codice – si traduce non come affidamento incondizionato ma come un'aspettativa reciproca di correttezza tra amministrazione e operatori economici. Le misure di *self-cleaning* si pongono così come un banco di prova dell'effettiva capacità dell'ordinamento di combinare, in modo armonico, le esigenze di rigore e quelle di inclusività, in un'ottica che guarda non solo alla repressione del disvalore, ma anche al recupero e alla riabilitazione del soggetto economico.

Dunque, ciò che emerge in modo ancor più evidente nel quadro complessivo è che il vero destinatario delle scelte compiute nell'ambito delle procedure di gara non è l'operatore economico, né la stazione appaltante, bensì il cittadino. Ogni procedura di affidamento, ogni valutazione di ammissione o esclusione, ogni applicazione delle misure di *self-cleaning* trova la propria legittimazione nella funzione sottesa alla contrattualistica pubblica: garantire servizi, opere e forniture che soddisfino concretamente i bisogni della collettività.

L'obiettivo del risultato, nella sua accezione più profonda, si identifica dunque con la capacità dell'amministrazione di selezionare l'affidatario

che, al di là della mera conformità formale, garantisca il miglior livello di esecuzione contrattuale possibile, in termini di qualità, affidabilità e tempestività. L'interesse pubblico non è un concetto astratto o autoreferenziale, ma è l'interesse delle persone che ogni giorno usufruiscono di una strada, di una scuola, di un servizio o di un'infrastruttura. In questa prospettiva, le misure di *self-cleaning* non sono soltanto un istituto tecnico del diritto amministrativo, ma un tassello fondamentale nella costruzione di un sistema in cui legalità, efficienza e inclusione convergono verso un unico fine: la tutela e la realizzazione dell'interesse pubblico.

Bibliografia

Fonti con autore

Antonini P., Irregolarità fiscali non definitive ed esclusione degli appalti: cambiano finalmente le regole, Ipsoa, 21 gennaio 2022.

Arrowsmith S., Priess H-J., P. Friton, Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?, in “Public Procurement Law Review”, n. 6, 2009, pp. 257–282, disponibile su <https://eprints.nottingham.ac.uk>.

Bonsegna A.M., Tarricone L., Self-cleaning e modelli 231, le novità nel nuovo Codice Appalti, in Il Sole 24 Ore – Diritto, 2 maggio 2023, consultabile su www.ntplusdiritto.ilsole24ore.com.

Buonocore V., Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale, Cinquanta anni della Corte Costituzionale, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

Candia A., I motivi di esclusione connessi alla disciplina antimafia, in F. Caringella (a cura di), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

Candia A., Le sanzioni interdittive che comportano il divieto di contrarre con la P.A, in F. Caringella (a cura di), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

Candia A., Esclusione dalla gara, in F. Caringella (a cura di), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

Candia A., Disciplina dell'esclusione, in F. Caringella (a cura di), Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

Capasso E., L'estinzione delle obbligazioni contributive attraverso l'utilizzo di crediti fiscali, in Rivista dell'avvocatura dell'istituto nazionale della previdenza sociale, 2021, n. 1 e 2.

Caringella F., Un cambio di paradigma: la concorrenza non è un valore ma uno strumento al servizio del risultato amministrativo, in L. Carbone, F. Caringella, G. Rovelli (a cura di), Manuale dei contratti pubblici, Roma, Dike, 2024.

Cartolano P., Il principio di unitarietà nella partecipazione dei RTI: cumulo dei requisiti, rappresentanza e quote, in Mediappalti.it, 12 novembre 2024.

Cartolano P., L'art. 97 del D.Lgs. 36/2023 e la modifica dell'RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti in capo a un suo componente, in "MediAppalti", 12 novembre 2024.

Cintioli F., Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici, in Diritto e processo amministrativo, 2023, n.4.

D'Alessandro E., Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia, Torino, 2012.

De lise P., Dal "Codice de Lise" al "Codice Frattini": alcuni spunti di raffronto e riflessione, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Napoli, Editoriale scientifica, 2025.

De Nictolis R., Appalti pubblici e concessioni dopo la Legge “sblocca cantieri”, Bologna, Zanichelli, 2020.

De Russis G., Il sindacato della Corte Costituzionale sulla ragionevolezza delle norme, in *Il Diritto Amministrativo*, 2023, disponibile su www.ildirittoamministrativo.it.

De Vecchi A. L., Cirasola A., Esclusione dagli appalti pubblici per violazioni fiscali, in *Diritto Bancario*, 18 febbraio 2025, disponibile su www.dirittobancario.it.

Dellè Cave M., L’art. 97 D.Lgs. 36/2023 e l’effetto sterilizzante sulle cause di esclusione dell’art. 95: tra discrezionalità e standardizzazione del self cleaning, in *Cammino Diritto*, 2024.

Donati R., Teoria del “contagio” ed affidabilità dell’impresa. Consiglio di Stato, Sez. V, 22/04/2022, n. 3107, in “*GiurisprudenzaAppalti.it*”, 22 aprile 2022.

Fusco, L., Le esclusioni dalla gara nei contratti pubblici: analisi delle cause e degli effetti giuridici, *Giurisprudenza Italiana*, n. 6, 2019, pp. 75-90.

Gallo A. G., La discrezionalità tecnica della stazione appaltante nella valutazione delle misure di self cleaning, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2024.

Gallo D., Cecchetti L., La prassi regolatoria e giurisprudenziale italiana in materia di self-cleaning: compatibilità con il diritto dell’Unione europea?, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2021.

Gallo E., La prassi regolatoria e giurisprudenziale italiana in materia di self cleaning: volontarietà e discrezionalità dell'intervento, in "Rivista della Regolazione dei Mercati", 2025.

Garofoli R., Ferrari G., Codice dei contratti pubblici, Neldiritto, Molfetta, 2024.

Giacalone A. F., La causa di esclusione dalle procedure di gara per gravi illeciti professionali: genesi, evoluzione e sistema del D.Lgs. 36/2023, in Nuove Autonomie, 2023.

Giacalone A. F., La disciplina del grave illecito professionale nel Codice dei contratti pubblici: vincoli orientativi e limite alla discrezionalità della PA, in Nuove Autonomie, 2023.

Giovagnoli R., Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

Guazzarotti A., I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti, in Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 3, 2011.

Infranca A., Semeraro M., Soprano A., Esclusione dalle gare d'appalto per irregolarità tributarie, in TaxLit, 2025.

La China S., Rapporti tra Corte di giustizia delle Comunità europee e giudice italiano, in Riv. trim. dir. proc., 1963.

Marchetti S., Durata temporale delle cause di esclusione garantite dal Codice (art. 96, c.10), in Appalti & Contratti, 2024.

Mascello V., Santoro E.M., IUS Amministrativo, Milano, Giuffrè.

Mascello V, Santoro E.M, Nuovo codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2023.

Massari, Consultazioni preliminari, partecipazione precedente di concorrenti e conflitti d'interessi, in F. Caringella, M. Giustiniani, P. Mantini (a cura di), Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica, Roma, Dike, 2021.

Massetti P., Responsabilità solidale negli RTI e ruolo del mandatario nella fase esecutiva (art. 68, co. 9, d.lgs. 36/2023), in PuntoAppalti.it, 2025.

Mastragostino F., Piperata G., Diritto dei contratti pubblici: assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n.36 del 2023, Torino, Giappichelli, 2024.

Matteo A., Ozzi A., I requisiti di ordine generale, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), I nuovi appalti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

Matteo A., Ozzi A., Le novità del Codice del 2023, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), I nuovi appalti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

Matteo A., Ozzi A., L'ambito di applicazione soggettivo, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), I nuovi appalti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

Matteo A., Ozzi A., Procedure concorsuali, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), I nuovi appalti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

Mento S., RTI e cause di esclusione riferite alla mandante (art. 94, comma 6 Codice): sull'applicabilità dell'art. 97 Codice, in "Professionisti e Imprese", 9 settembre 2024.

Molinaro S.R., Le cause di esclusione in generale, in R. Giovagnoli, G. Rovelli (a cura di), Codice dei Contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

Molinaro S.R., Le cause di esclusione automatica, in R. Giovagnoli, G. Rovelli (a cura di), Codice dei Contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

Molinaro S.R., Provvedimenti antimafia, in R. Giovagnoli, G. Rovelli (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

Molinaro S.R., Ambito soggettivo di applicazione, in R. Giovagnoli, G. Rovelli (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2024.

Pettazoni E., Le misure di self-cleaning e l'ampia discrezionalità della stazione appaltante nel valutarne l'idoneità, in Italiappalti.it, 28 novembre 2024.

Picardi, Appalti pubblici e self cleaning: secondo la giurisprudenza amministrativa, la regola della valenza pro futuro non va applicata in maniera rigida e acritica, in Appalti e Contratti, 2022.

Police A., Tomasicchio F., Il principio di tassatività e le cause di esclusione automatica, in A. Botto, S. Castrovinci Zenna (a cura di), Commentario alla normativa sui contratti pubblici, Torino, Giappichelli, 2024.

Police A., Tomasicchio F., Le cause di esclusione non automatica e le ragioni di una disciplina autonoma, in A. Botto, S. Castrovinci Zenna (a

cura di), Commentario alla normativa sui contratti pubblici, Torino, Giappichelli, 2024.

Police A., Tomasicchio F., Le fattispecie espulsive dell'art.95, in A. Botto, S. Castrovinci Zenna (a cura di), Commentario alla normativa sui contratti pubblici, Torino, Giappichelli, 2024.

Ragazzo, Dalla "teoria del contagio" all'art. 97 del Codice: come l'ordinamento italiano ha ridisegnato la responsabilità di gruppo nei RTI, in ItaliAppalti.it, 3 aprile 2025.

Ragazzo, Il principio di immodificabilità soggettiva e l'unitarietà dell'offerta in RTI: la ratio di tutela della par condicio nei raggruppamenti temporanei, in ItaliAppalti.it, 3 aprile 2025.

Renna M., Vaccari S., Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità, in Il diritto dell'economia, 2020, n. 103.

Rodríguez Arana Muñoz E., Self cleaning in public procurement: operational potentiality and regulation in the European Union, in A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 2017.

Rosi A., Denicolo'M., Inquadramento generale. Il capo II, Titolo IV, Parte V, Libro II e la nuova sistematica dei requisiti di ordine generale, in L. R. Perfetti (a cura di) , Codice dei contratti pubblici, Milano, Ipsoa, 2023.

Rosi A., Denicolo'M., Cause di esclusione automatica, in L. R. Perfetti (a cura di) , Codice dei contratti pubblici, Milano, Ipsoa, 2023.

Rosi A., Denicolo' M., Il comma 1, lett. a)-d): le ipotesi di esclusione non automatica diverse dal grave illecito professionale, in L.R Perfetti (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Milano, Ipsoa, 2023.

Rossi A., La distinzione tra violazioni fiscali definitivamente accertate e presunte nei bandi pubblici, in Appalti e contratti amministrativi, 2025.

Rossi A. M., La durata delle esclusioni e il principio di proporzionalità nel diritto europeo degli appalti, in Giurisprudenza della Comunità Europea, 2021.

Sánchez Graells A., Bid Rigging, Self Cleaning, Leniency and Claims for Damages, in Concurrences Review – Special Issue on Public Procurement, 2022.

Schoenmaekers S., Self Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success?, in European Procurement & Public Private Partnership Law Review, vol. 1, 2018.

Simonetti H., Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici, in Judicium, 2023.

Sorrentino A. M., Self cleaning e misure correttive nelle gare pubbliche: il bilanciamento tra esclusione e riabilitazione, in Rivista Giuridica Europea, 2020.

Spetrillo L., Brevi commenti sul nuovo art. 96 del D.Lgs. 36/2023 in materia di self cleaning e trasparenza dichiarativa, in Il Diritto Amministrativo, 2024.

Spetrillo L., Le nuove norme del Codice dei contratti pubblici in materia di self cleaning. Brevi commenti sul nuovo art. 96 d.lgs. n. 36/2023, in *Il Diritto Amministrativo*, 2024.

Ubaldi A., Amisano G., Nuovo codice dei contratti annotato- Articolo 94, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2025.

Venier A. M., Il nuovo art. 96 d.lgs. 36/2023 e la disciplina procedurale del self cleaning, in *Rivista Giuridica Pubblicitica*, 2024.

Venier A. M., Il self cleaning nei contratti pubblici europei: una prima codificazione organica, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2023.

Vercillo G., I requisiti di ordine generale, in L. Carbone, F. Caringella, G. Rovelli (a cura di), *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, Dike giuridica, 2024.

Vercillo G., La disciplina dell'esclusione, in L. Carbone, F. Caringella, G. Rovelli (a cura di), *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, Dike giuridica, 2024.

Fonti diverse

ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione), Linee Guida n. 6, art. 96 e self cleaning. Certezza del diritto e uniformità di applicazione, ed. giugno–dicembre 2023.

ANAC, Linee guida e casellario informatico: ruolo nel nuovo Codice dei contratti pubblici, in *Relazione annuale ANAC 2024*.

ANAC delibera n.397 del 6 settembre 2023.

ANAC, Atto di segnalazione n.5, 12 dicembre, 2018.

ANAC, Delibera n. 87/2023.

ANAC, delibera n. 25/2023.

APPALTI BLOG, Teoria del contagio ed affidabilità dell'impresa: effetti sulle società partecipanti alle gare pubbliche, 22 aprile 2022.

APPALTIECONTRATTI, Obbligo di motivare adeguatamente il rigetto delle misure di self cleaning: non bastano apodittismi, 2025.

ASSONIME, Guida al nuovo Codice dei contratti pubblici con correttivo (aggiornato al 15 dicembre 2023).

Buglione E., L'istituto del self cleaning e la sua applicazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023): orientamenti e profili di criticità, in Tesi LUISS – Facoltà di Giurisprudenza, 2025.

Cammino Diritto A., La nuova disciplina delle cause di esclusione dal D.Lgs. 36/2023 con particolare riguardo al grave illecito professionale, 2024.

Comitato europeo per la legislazione (rapporteur: Commissione UE), Interpretazione dell'art. 57, par. 6–7, Direttiva 2014/24/UE, 2021.

Commento istituzionale, Le nuove cause di esclusione e la disciplina temporale nel Codice Appalti 2023, in MediaAppalti.it, 2023.

Dentons A., Guide to Self Cleaning in European Public Procurement Procedures, 2021.

European Commission, EU Guidance on the Application of Article 57(6) of Directive 2014/24/UE – Self-Cleaning Measures in Public Procurement, GUUE, C 91, 2021.

European Commission, Notice on tools to fight collusion in public procurement and guidance on application of related exclusion grounds (2021/C 91/01), GUUE, 18 marzo 2021.

European Commission, Recital 102 della Direttiva 2014/24/UE.

Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE), Manuale e funzionamento, ANAC, aggiornamento 2023.

ItaliAppalti, Le misure di self cleaning: efficacia “pro futuro” e valutazione nell’ambito amministrativo, 2023.

ItaliAppalti, Misure di self cleaning... effetto pro futuro e logica amministrativa, 2025.

ItaliAppalti, Responsabilità solidale nei RTI: il nuovo regime uniforme dell’art. 68, comma 9, d.lgs. 36/2023, 3 aprile 2025.

Loyens & Loeff, When to "come clean" in public tender procedures, 2021.

Redazione Tecnica, Self cleaning: cos’è e come funziona, in “BibLus”, 7 ottobre 2024.

Redazione, Carenza originaria dei requisiti di qualificazione della mandante del raggruppamento: estromissione o sostituzione non applicabili, in “MediAppalti”, 24 dicembre 2024.

Relazione illustrativa al nuovo Codice dei contratti pubblici, III Relazione agli articoli e agli allegati, pag. 135-136.

Segretari Comunali Vighenzi, L'avvalimento nel nuovo Codice Appalti: analisi e cambiamenti del d.lgs. 36/2023, 29 agosto 2024.

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

D.lgs. 10 ottobre 2022, n.150.

Codice antimafia, art.84, commi 2-3, d.lgs. n.159/2011.

D.lgs. n.159/2011, Art. 85, comma 2, lett. C).

D.lgs. n. 50/2016, Art. 80.

L. n. 190/2012, Art. 1, comma 52.

L. n. 190/2012, 44 Art. 1, comma 52-bis.

Legge n.68/1999, Art. 17.

Procedura di infrazione n.2273/2018.

Sentenze

Cons. Stato, Ad. Plen., 25 gennaio 2022, n. 2

Cons. Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 9

Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16

CGUE, sez. IV, 26 gennaio 2023, n. 682

Cons. St., sez. V, 22 agosto 2003, n.4750

Cons. Stato, sez.V, 5 marzo 2019, n.1527

Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n.761

Cons. St., sez. III, n. 319/2017

Cons. Stato, Ad. Plen, n. 3/2018

Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2023

Cass. pen., sez. V, 26 ottobre 2023, n. 4816

Cons. Stato, sez. IV, 3 febbraio 2022, n.768

Cons. Stato, Ad. Plen., n.10/2012

Cons. Stato, n. 3178/2017

Cons. Stato , sez. V, n. 7795/2022

Cons. Stato, sez. V, n. 386/2021

Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2024, n. 4111

Cons. Stato, sez. V, n. 7555/2004

Ad. plen., n. 9/2021

Cons. Stato, sez V, 13 dicembre 2019, n.8480

Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2022, n.491

Cons. Stato, sez. V, n.491/2022

Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2022, n.5345

Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2019, n.7387

Cons. Stato, sez. III, 20 agosto 2020 n. 5151

Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2020, n.8407

Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2024, n.4165

Cons. St., sez. V, 28 Febbraio 2019, n.1415

Cons. St., sez. V, 14 Aprile 2020, n. 2397

Cons. St, Ad. Plen., 20 Agosto 2013, n. 20

Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n.8

Cons. St., V Sez., 22 agosto 2023, n. 7903

Cons. St., Ad. Plen. – Corte Costituzionale, 28 luglio 2025, n. 138.

Cons. St., Ad. Plen. – Corte Costituzionale, 28 luglio 2025, n. 138

Cons. St., Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16

Cons. St., Ad. Plen., 7 gennaio 2024, n. 7

Cons. St., Sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530

Cons. St., Sez. III, 8 ottobre 2020, n. 5967

Cons. St., Sez. III, Ordinanza collegiale 4 gennaio 2024, n. 161 (poi rimessa all'Adunanza Plenaria con Ordinanza del 24 aprile 2024, n. 7).

Cons. St., Sez. V, 11 marzo 2025, n. 1992 – “Le misure di self cleaning a valle della teoria del contagio”.

Cons. St., Sez. V, 15 giugno 2023, n. 5897

Cons. St., Sez. V, 15 giugno 2023, n. 5897, come rilanciato dall'Ufficio Studi CODAU – Documento con contributo Ufficio Studi e Comitato Scientifico CODAU

Cons. St., sez. V, 15 novembre 2022, n. 9782, in “Giustizia Amministrativa”, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

CONS. ST., Sez. V, 20 febbraio 2023, n. 1700

Cons. St., Sez. V, 29 aprile 2024, n. 3858 — Il dovere di leale collaborazione nel self-cleaning: inadeguatezza delle misure adottate senza trasparenza procedurale, citata su Giurdanella.it e Legaleterzosettore.it.

Cons. St., Sez. V, 3 giugno 2024, n. 4930

Cons. St., Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4363

Cons. St., Sez. V, 9 maggio 2023, n. 4669

Cons. St., Sez. V, sent. n. 8864 del 28 ottobre 2022

Cons. St., V Sez., 20 febbraio 2023, n. 1700

Cons. St., V Sez., 22 agosto 2023, n. 7903, disponibile su www.ildirittoamministrativo.it

Cons. St., V Sez., 23 febbraio 2024, n. 3537

Cons. St., V Sez., D.M. 28 settembre 2022 (Allegato II.10 del D.Lgs. 36/2023)

Consiglio di Stato, Relazione sullo schema definitivo del D.Lgs. 36/2023, 7 dicembre 2022.

Corte Costituzionale, 28 luglio 2025, n. 138.

Corte Costituzionale, sent. n. 14 del 7 marzo 1962

Corte di giustizia, 28 marzo 2019, causa C-101/18

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 14 gennaio 2021 C-387/19

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 14 gennaio 2021, causa C 387/19, RTS infra BVBA e Aannemingsbedrijf Norré Behaegel BVBA vs Vlaams Gewest

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 19 maggio 2009, causa C-538/07, Assitur S.r.l. c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 24 ottobre 2018, causa C 124/17, Vossloh Laeis GmbH e Siemens AG.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 10 novembre 2020, causa C 472/19, Vert Marine, in www.curia.europa.eu.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 3 giugno 2021, causa C 210/20, Müller, in www.curia.europa.eu.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 4 giugno 2019, causa C 425/18, Consorzio Nazionale Servizi, in www.curia.europa.eu.

Corte di Giustizia UE, 24 ottobre 2018, causa C 124/17, Vossloh Laeis GmbH v Stadtwerke München GmbH.

Corte di Giustizia UE, causa C-387/19, Norré Behaegel e RTS Infra, 14 gennaio 2021 — diretta interpretazione dell'art. 57, par. 6, della Direttiva 2014/24/UE.

T.A.R. Campania (Salerno) I, n. 790/2011

T.A.R. Marche – Sez. I, 22 marzo 2025, n. 192, discussa in V. Chiacchio, Misure di self cleaning: efficacia e ambito di applicazione soggettiva, ItaliAppalti, 12 aprile 2025, disponibile su www.italiappalti.it.

T.A.R. Napoli, Sez. III, 5 dicembre 2022, n. 7599

T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738, Congruità dei termini previsti per effettuare il sopralluogo alla luce dei principi del nuovo Codice, in “Giurisprudenzappalti.it”, disponibile su www.giurisprudenzappalti.it.

T.A.R. Veneto – Sez. I, 18 marzo 2025, n. 371: la pronuncia stabilisce che in caso di cause di esclusione non automatiche (art. 95 del D.Lgs. 36/2023)

TAR Lazio, Roma, sez. III, 24 dicembre 2024, n. 23457.

TAR Veneto, L'indicazione delle misure di self-cleaning non esclude il contraddittorio procedimentale, in “MOL – Maggioli Online”, 11 aprile 2025, con riferimento a TAR Veneto, sez. I, 18 marzo 2025, n. 371.