

Motivi di esclusione, misure di *self-cleaning* e *blacklisting*: spunti di riforma, per una migliore gestione delle procedure, dalla giurisprudenza e dalle *best practices* europee

GUIDO SORRENTINO

(Dottore in Giurisprudenza e praticante avvocato)

Abstract

Il lavoro tratta della possibilità per gli operatori economici di ricorrere a misure riparatorie c.d. di *self-cleaning* e della possibilità al contempo per le stazioni appaltanti di utilizzare *blacklists*, liste di potenziali concorrenti da escludere automaticamente dalle procedure. Dopo una sintetica ricostruzione del vasto sistema dei motivi di esclusione dalle procedure di aggiudicazione previsti dal diritto europeo ed implementati dalla legislazione nazionale, ci si sofferma sulle misure di *self-cleaning* così come ricostruite dalla recente sentenza n. 158 del 9 gennaio 2020 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, e come recepite dalle legislazioni di alcuni Stati membri che hanno adottato soluzioni diverse dal Legislatore italiano (es. Ungheria, Malta, Estonia), specie con riferimento al profilo critico della valutazione discrezionale delle condotte ed alla possibilità di inserire operatori economici in *blacklists*. In conclusione, dall'analisi comparata e dalla ricostruzione dei principi espressi in *subiecta materia* dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si rassegnano soluzioni *de iure condendo* per una migliore gestione procedimentale e processuale dei motivi di esclusione, delle misure di *self-cleaning* e delle *blacklists*.

The paper deals with the theme related to the possibility for economic operators to use self-cleaning measures and the possibility for contracting authorities to use lists of potential tenderers to automatically exclude from awarding procedures (s.c. blacklists). After a short reconstruction of the wide system of the grounds for exclusion according to the European Union law and how they are implemented by the national laws, the work deals with self-cleaning measures as they were recently analyzed by the Italian Council of State (ruling of the 5th

Section, nr. 158, of 9th January 2020), and how they were implemented by other Member States that adopted different solutions than Italy (e.g. Hungary, Malta, Estonia), especially about the critical profile of discretionary evaluation of the behaviours and the possibility to insert economic operators in blacklists. In the end, by the comparative exam and by the exam of the principles expressed by the EU Court of Justice, solutions de iure condendo are given for a better management administrative and in trial of the grounds for exclusion, self-cleaning and blacklisting.

Sommario: 1. I motivi di esclusione dal diritto eurounitario alle legislazioni nazionali – 2. Le misure di *self-cleaning* come ricostruite dal Consiglio di Stato (Sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158) e come implementate da altri Stati membri – 3. Dalle norme sul *self-cleaning* e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia le indicazioni in ordine all'ammissibilità delle *blacklists* – 4. Riflessioni conclusive.

1. I motivi di esclusione dal diritto eurounitario alle legislazioni nazionali

«L'esclusione dalla gara d'appalto non è una sanzione ma una misura selettiva riguardo alla scelta del contraente per il contratto ora in formazione, che riflette la necessità di garantire, a favore della pubblica amministrazione, l'elemento fiduciario fin dal momento genetico»¹.

Così il supremo Collegio Amministrativo ha recentemente ricostruito la natura dell'istituto dell'esclusione ribadendone² le finalità: proteggere *ab origine* l'integrità delle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici, prevenendo che alle stesse siano ammessi concorrenti “indesiderabili” per le Amministrazioni procedenti.

Perché l'esclusione possa essere disposta, è necessario, in primo luogo, che sussista in capo all'operatore economico uno dei “*grounds*

¹ Cons. Stato, Sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158. Tale decisione, come tutte le altre del Giudice amministrativo di seguito riportate, è reperibile sul sito istituzionale della Giustizia Amministrativa www.giustizia-amministrativa.it nella sezione “Decisioni e pareri”.

² Nello stesso senso, *ex multis*, cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza 13 luglio 2017, n. 3444, per cui *«l'esclusione dalla gara d'appalto si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della p.a. fin dal momento genetico; per conseguenza, ai fini dell'esclusione di un concorrente non è necessario l'accertamento della responsabilità per l'inadempimento relativo ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa, potere il quale, in quanto discrezionale, è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti»*; Id., 22 febbraio 2011, n. 1107; Id., 27 gennaio 2010, n. 296; Id., Sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3070.

for exclusion” (motivi di esclusione³) previsti in maniera esaustiva⁴ dall’art. 57⁵ della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’Unione Europea n. 24 del 26 febbraio 2014, ed implementati dall’art. 80 del vigente Codice dei Contratti Pubblici⁶ (di cui al d.

³ In generale, sui motivi di esclusione e sulle tematiche collegate, *ex multis*, cfr. R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. II, Milano, 2008, D. BOTTEGA - F.M. CIARALLI, *Requisiti di partecipazione e cause di esclusione nelle gare pubbliche*, Roma, 2017, E. ROMANO, *La valutazione dell’affidabilità dell’operatore economico. I motivi di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2017, EAD., *L’esclusione dell’operatore economico dalla procedura di affidamento*, Torino, 2019, S. VINTI, *Motivi di esclusione*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici: commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, ID., *I “garbugli” della nuova disciplina delle esclusioni nel nuovo codice appalti*, in *www.giustamm.it*, XVII, 2020, G. PESCE, *L’ammissione alle procedure*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, C. DE PORTU, *I motivi di esclusione di cui all’art. 80 del codice dei contratti pubblici (limitatamente a quelli rivisitati dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (cosiddetto “sblocca cantieri”) convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55*, in *Riv. Trim. Appalti*, 4, 2019.

⁴ Sulla esaustività delle cause di esclusione cfr. Corte Giustizia UE, G.S., 16 dicembre 2008, C-213/07, che ha chiarito: «il diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che esso elenca, in modo tassativo, le cause fondate su considerazioni oggettive di natura professionale, che possono giustificare l’esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto pubblico di lavori [...] il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro preveda altre misure di esclusione dirette a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, purché siffatte misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo». Tale decisione, come tutte le altre della Corte Giustizia dell’Unione Europea qui riportate, è reperibile sul sito istituzionale della Corte *www.curia.europa.eu* nella sezione “Case-law”. In generale, sull’impatto del *case law* della Corte di Lussemburgo sul settore dei contratti, *ex multis*, cfr. A. IVANOVA, *The impact of the case-law of the Court of Justice of the European Union in the field of public procurement*, in *International Conference Knowledge-based Organization*, Vol. XXIV, 2, 2018, A. SANCHEZ GRAELLS, C. DE KONINCK, *Shaping EU Public Procurement Law: a critical analysis of the CJUE Case Law 2015-2017*, Alphen aan den Rijn-Milano, 2018, E. JUHÁSZ, *Latest jurisprudence of the Court of Justice of the EU in the field of Public Procurement Law*, in *ERA Forum*, 2018, D. JÉ□OVÁ, *Public procurement in the view of the Court of Justice of the European Union decisions*, in *Ad Alta*, 2020.

⁵ Precisamente, ai sensi del diritto eurounitario, l’esclusione va disposta dalle Amministrazioni procedenti quando abbiano verificato o siano a conoscenza che l’operatore economico è stato condannato per uno dei seguenti reati: a) «*participation in a criminal organisation*»; b) «*corruption*»; c) «*frauds*»; d) «*terrorist offences or offences linked to terrorist activities*»; e) «*money laundering or terrorist financing*»; f) «*child labour and other forms of trafficking in human beings*».

⁶ Ai sensi del quale costituisce motivo di esclusione di un operatore economico la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta (da riferire anche al subappaltatore) per uno dei seguenti reati: a) delitti di cui agli artt. 416 ss. del Codice Penale (associazione per delinquere); b) delitti di cui agli artt. 317 ss. del Codice Penale (reati contro la P.A.); b-bis) false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621-2622 del Codice Civile; c) frode come

lgs. 18 aprile 2016, n. 50⁷), con richiamo alle corrispondenti fattispecie criminose previste dall'ordinamento interno.

Oltre che in caso di sussistenza di uno motivi obbligatori sopra esposti, l'esclusione va disposta allorché si verifichi uno degli eventi di cui ai “*discretionary grounds for exclusion*” (motivi facoltativi) previsti ugualmente dall'art. 57 della direttiva europea e recepiti integralmente, con aggiunte successive nel corso degli anni (ci si riferisce alle c.d. “*national provisions*” che gli Stati membri, nel recepire il diritto eurounitario, nei limiti indicati dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo⁸, hanno la libertà di prevedere), dal quinto comma dell'art. 80 del Codice dei Contratti⁹.

definita dalla convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale e reati connessi; e) delitti di cui agli art. 648-*bis* ss. del Codice Penale (riciclaggio); f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani; g) ogni altro delitto da cui derivi, come pena accessoria, l'incapacità di contrarre con la P.A.

⁷ Novellato prima dalla legge n. 12 dell'11 febbraio 2019, poi dalla legge n. 55 del 14 giugno 2019.

⁸ Sul punto la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire, seppur in riferimento alle precedenti direttive ma sempre riguardo la possibilità di prevedere ulteriori motivi di esclusione “nazionali”, che gli Stati Membri sono legittimati ad introdurre misure aggiuntive nel rispetto dei principi di uguaglianza e parità di trattamento. In tal senso, cfr. Corte Giust. UE, Sez. IX, 25 ottobre 2018, C-413/17, che ha statuito: «*Gli articoli 18 e 42 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che tali disposizioni non impongono all'amministrazione aggiudicatrice, in sede di determinazione delle specifiche tecniche di un appalto avente ad oggetto l'acquisto di forniture mediche, di far prevalere, per principio, o l'importanza delle singole caratteristiche degli apparecchi medici, o l'importanza del risultato del funzionamento di tali apparecchi, ma esigono che le specifiche tecniche, nel loro insieme, rispettino i principi della parità di trattamento e di proporzionalità. Spetta al giudice del rinvio valutare se, nella controversia di cui è investito, le specifiche tecniche in questione rispettino tali obblighi [...] Il diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione nazionale che, perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, stabilisce una presunzione assoluta l'incompatibilità tra lo status di proprietario, socio, azionista principale o dirigente di un'impresa che opera nel settore dei mezzi di informazione e quello di proprietario, socio, azionista principale o dirigente di un'impresa cui venga affidata dallo Stato o da una persona giuridica del settore pubblico in senso lato l'esecuzione di appalti di lavori, di forniture o di servizi.*»

⁹ Tra questi ulteriori motivi di esclusione: gravi infrazioni delle norme in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; l'assoggettamento dell'operatore alla liquidazione giudiziale (fallimento) o ad altra procedura concorsuale; gravi illeciti professionali; il tentativo da parte dell'operatore economico di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante; significative e persistenti carenze nell'esecuzione

L'esclusione, ancora, va disposta quando è accertato che l'operatore economico non abbia ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali (c.d. regolarità contributiva) e questo sia stato accertato da decisione giudiziaria o amministrativa definitiva e vincolante secondo l'ordinamento dello Stato Membro (cfr. art. 57, comma secondo, direttiva UE n. 24/2014): in tal caso, tuttavia, il diritto europeo lascia agli Stati membri la possibilità di prevedere di non disporre l'esclusione nel caso eccezionale in cui questa sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali (cfr. art. 57, paragrafo terzo, della direttiva n. 24/2014). Nel recepire la direttiva europea, la scelta del Legislatore italiano è stata in primo luogo quella di circoscrivere l'esclusione di cui sopra ai soli casi di «*violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali*»¹⁰, e, successivamente, di escluderne l'applicazione quando l'operatore economico abbia ottemperato ai suoi obblighi pagando od impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti.

Infine, per una completa ricostruzione, vanno tenute in considerazione le cause di esclusione di cui al secondo comma dell'art. 80 che richiama le disposizioni in materia del Codice Antimafia, ossia l'insussistenza di cause di sospensione o decadenza di cui all'art. 67 del d. lgs. n. 159/2011 ed il tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 del medesimo decreto.

Ciò che nella presente sede vuole analizzarsi è che pur in presenza di uno o più motivi di esclusione, così come nel caso di irregolarità contributiva, non si preclude in via definitiva la possibilità per un

di un precedente contratto di appalto o concessione; grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori; conflitto di interesse; distorsione della concorrenza; dichiarazioni non veritiere; iscrizione dell'operatore nel casellario informatico dell'Osservatorio ANAC; violazione del divieto di intestazione fiduciaria; omessa denuncia dei reati di cui agli artt. 317-629 c.p.; controllo da parte dell'operatore economico rispetto ad un altro partecipante alla procedura.

¹⁰ Precisamente, la violazione degli obblighi contributivi è da ritenersi grave quando comporta un omesso pagamento di imposte e tasse superiore a diecimila euro (cfr. art. 48-*bis* d.P.R. n. 602/1973) ed è definitivamente accertata quando è contenuta in una sentenza od atto amministrativo non più soggetto ad impugnazione. Costituiscono, invece, gravi violazioni in materia previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 125/2015.

operatore economico di partecipare alla gara: attraverso condotte riparatorie (le c.d. misure di *self-cleaning*) – su cui *infra* – l'operatore economico ha la possibilità di riabilitarsi ed essere ammesso alle procedure.

Strettamente collegato alla tematica in esame è l'altrettanto vivo dibattito – di cui ugualmente ci si occuperà – in ordine alla possibilità per le Amministrazioni procedenti di avvalersi di liste di operatori da escludere automaticamente dalle gare: ci si riferisce alle c.d. *blacklists*, sulla cui ammissibilità è necessario interrogarsi alla luce dell'introduzione nella legislazione contrattuale pubblica delle misure di *self-cleaning*.

2. Le misure di *self-cleaning* come ricostruite dal Consiglio di Stato (Sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158) e come implementate da altri Stati membri

L'introduzione anche nella legislazione contrattuale pubblica di misure di *self-cleaning*¹¹, condotte consistenti, come autorevolmente osservato, in «*un ravvedimento operoso indotto che consente all'operatore economico di dimostrare la sua persistente e concreta affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione*»¹², è certamente tra le novità più

¹¹ In generale, sulle misure di *self-cleaning*, cfr. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. I, Londra, 2014, A. SANCHEZ GRAELLS, *Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing*, in F. LICHÈRE, R. CARANTA, S. TREUMER, *Modernising Public Procurement. The new Directive*, Copenhagen, 2014, S. DE MARS, *Exclusion and self-cleaning in article 57: discretion at the expense of clarity and trade? Paper for UACES 45th Annual Conference, Bilbao, Spain, 7-9 September 2015*, in www.uaces.org, S. GARSEE, S. DE MARS, *Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive*, Newcastle, 2016, T. MEDINA ARNAIZ, *Las prohibiciones de contratar desde una perspectiva europea*, Editorial Aranzadi, 2018, M. LEMKE (a cura di), *Implementing the UE Directives on the selection of economic operators in public procurement procedures*, SIGMA Papers, 56, 2018, G. LOMBARDO, I.A. SAVINI, A. FEZZA, *Le misure di "self-cleaning" tra codice dei contratti pubblici, le linee guida ANAC e modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1, 2019, pag. 247 ss.

¹² Cons. Stato, Sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158. Cfr. anche, *ex multis*, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 2 gennaio 2017, n. 10, che ha statuito: «*il disegno normativo che è dato cogliere dalla lettura dell'art. 80 del nuovo plesso normativo sembra escludere, in termini tendenziali, ogni forma di automatismo escludente derivante dalla perpetrazione delle condotte in grado di incidere sulla moralità professionale, contemplando, in maniera innovativa rispetto al codice previgente, un meccanismo per così dire riabilitativo (cosiddetto self cleaning), in base al quale "Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato*

rilevanti della direttiva UE n. 24/2014 sul *public procurement*.

Prima della citata direttiva, misure del genere erano già conosciute sia al diritto europeo che al diritto di alcuni Stati membri: l'art. 106 del Regolamento finanziario (UE, EURATOM) n. 966/2012 del Parlamento e del Consiglio Europeo già stabiliva, infatti, che i criteri di esclusione ivi previsti «*non si applicano qualora i candidati o offerenti possano dimostrare che sono state adottate idonee misure rispetto alle persone con poteri di rappresentanza, decisione o controllo nei loro confronti che sono oggetto di una sentenza di cui alle lettera b) o e) del primo comma* [ndr. una sentenza passata in giudicato per frode, corruzione, partecipazione a un'organizzazione criminale, riciclaggio]», mentre alcuni Stati membri, tra cui Austria, Germania e, come si vedrà *infra*, Italia, già prima della direttiva 24/2014, conoscevano istituti riconducibili al *self-cleaning*.

Le misure in esame, dunque, nonostante l'esistenza di uno o più motivi di esclusione, di qualunque tipo essi siano, permettono ai concorrenti, sulla base di rigidi criteri, di riabilitarsi e prendere parte alle procedure di aggiudicazione: è quanto prescrive appunto il sesto comma dell'art. 57 della direttiva ai sensi del quale «*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*» con la conseguenza che «*se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla gara*». Il preambolo (102) della direttiva,

*dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti". Tale disposizione, richiamando le ipotesi di cui al comma 5, comprende anche la fattispecie in esame, con la conseguenza che l'esclusione può essere disposta soltanto dopo che sia stata data all'operatore economico la possibilità di dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione», Corte Giust. UE, Sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/18 [annotata da L. LA ROSA, *Discrezionalità della PA e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione* (nota a CGUE, sez. IV, 19 giugno 2019, C 41/18, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 6, pag. 774 ss.), che ha statuito: «la succitata direttiva [ndr. 24/2014] ha carattere innovativo, in particolare nella misura in cui istituisce, all'articolo 57, paragrafo 6, il meccanismo delle misure riparatorie (self-cleaning). Tale meccanismo, che si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva, tende a incoraggiare un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della medesima direttiva a fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti».*

poi, fornisce ulteriori indicazioni sul tipo di misure in questione che possono consistere *«in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento»*.

Tipiche condotte *self-cleaning*, oltre quelle indicate nel preambolo (102), sono quelle di cui all'art. 57 consistenti nel risarcimento del danno da parte dell'operatore economico, nell'impegno di quest'ultimo a risarcirlo, nel chiarimento delle circostanze attraverso la collaborazione con le autorità investigative, o, ancora, nell'adozione di provvedimenti di carattere tecnico-organizzativo idonei a prevenire ulteriori reati od illeciti. Le misure adottate dall'operatore economico sono valutate in relazione alla gravità ed alle particolari circostanze dell'illecito: se ritenute insufficienti, ne è data comunicazione motivata all'operatore economico.

Unica eccezione al diritto al *self-cleaning* è rappresentata dal caso in cui gli operatori economici siano stati esclusi con sentenza definitiva dalla partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti o concessioni (cioè condannati con sentenza da cui deriva, nel nostro ordinamento, come pena accessoria, l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione).

Ciò che difetta nella direttiva 24/2014 è la regolamentazione (o quantomeno indicazioni su come disciplinarlo) del procedimento amministrativo da adottare per la valutazione delle misure di *self-cleaning*, lasciando agli Stati membri la determinazione dello stesso e, in particolare, la scelta se riconoscere il potere di valutazione alle singole stazioni appaltanti o ricorrere ad autorità centrali: posto dinanzi alla scelta, il Legislatore italiano ha optato per una soluzione *sui generis*, dal momento che, lasciando alle singole stazioni appaltanti la complessa¹³ valutazione delle misure adottate, demanda, al fine

¹³ La complessità della valutazione in ordine alla valutazione delle condotte *self-cleaning* discende dal fatto che essa impone non pochi rilievi che involgono anche conoscenze di stampo marcatamente aziendalistico, di diritto commerciale e di diritto del lavoro. In tal senso, cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367 che ha statuito, facendo ricorso a conoscenze esterne rispetto al diritto amministrativo: *«Sono da ritenere insufficienti le misure di self-cleaning nel caso in cui, al momento dell'adozione dei provvedimenti di revoca dell'aggiudicazione e di esclusione dell'appellante dalla gara, l'unica modifica intervenuta concerneva il mutamento dell'amministratore della società, che peraltro era stato sostituito dal coniuge del medesimo, senza che fosse mutata, dunque, la porzione maggioritaria delle quote societarie che il*

di «*garantire omogeneità di prassi*», ad un ente centrale quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione¹⁴ l'adozione di linee guida¹⁵ con cui precisare quali mezzi di prova considerare adeguati alla dimostrazione delle circostanze di esclusione.

Tali linee guida, le n. 6/2017¹⁶, pur avendo carattere non vincolante¹⁷ (e che, quindi, come tali, restano in vigore anche dopo l'ap-

medesimo deteneva, circostanza che gli garantiva comunque una posizione di rilevante influenza, in considerazione del fatto che la società era composta da soli due soci».

¹⁴ Ciò nell'ottica di una più ampia scelta di politica legislativa che vede l'Autorità Nazionale Anticorruzione come principale soggetto attuatore della disciplina codicistica. Sul ruolo dell'ANAC nel sistema dei contratti pubblici, *ex multis*, cfr. I.A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *EAD*. (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, secondo la quale «Dal quadro di principi costituzionali che delineano la dimensione preventiva del contrasto alla corruzione è possibile risalire al fondamento giustificativo di funzioni e ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Le funzioni di regolazione, vigilanza e sanzioni sono preordinate a salvaguardare la libera concorrenza nel mercato e in particolare nel settore degli appalti, impedendone deviazioni e patologie, frutto di pratiche illegali e corruttive. Il corretto funzionamento della contrattualistica pubblica deve avvenire nel rispetto del principio della trasparenza, della sostenibilità ambientale e paesaggistica, nel più elevato livello di certezza del diritto, di semplificazione e rapidità dei procedimenti».

¹⁵ In generale, sulle linee guida dell'Autorità Anticorruzione e sulla loro problematica collocazione nella gerarchia delle fonti, che persiste anche dopo l'approvazione del decreto c.d. Sblocca Cantieri, *ex multis*, cfr. C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Riv. dir. amm.*, 2016, R. GRECO, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Riv. dir. amm.*, 2016, N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016, V. GIANNELLI, *Linee guida Anac e "fuga" dall'Esecutivo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, F. MARONE, *Osservazioni sulla collocazione delle linee guida dell'ANAC nel sistema delle fonti*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno. Pisa, 5 ottobre 2018*, Torino, 2019, I.A. NICOTRA, *Il quadro delle fonti normative in tema di prevenzione e contrasto alla corruzione*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *o.u.c.*

¹⁶ Linee guida n. 6 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice», approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, ed aggiornate al d. lgs. n. 56/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017. Il testo è consultabile sul sito dell'Autorità *www.anticorruzione.it*.

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 14 settembre 2017, n. 2042. Si rammenta che, come osservato da Palazzo Spada, sin dal parere reso al Codice dei Contratti Pubblici (Id., parere 1° aprile 2016, n. 855), tali linee guida «sono pacificamente inquadrabili come

provazione del decreto c.d. Sblocca Cantieri), forniscono diverse indicazioni di rilievo alle Amministrazioni su come vadano applicate e valutate le condotte *self-cleaning* poste in essere dai concorrenti, in particolare individuando come idonei ad evitare l'esclusione ulteriori comportamenti tra cui: l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti; l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo o strumentale; la rinnovazione degli organi societari; l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; l'affidamento ad un organismo dell'ente di autonomi poteri di controllo; la dimostrazione, infine, che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo in maniera fraudolenta i modelli di organizzazione e di gestione adottati (senza, quindi, che vi sia stata omessa od insufficiente vigilanza da parte degli organismi di controllo).

Infine, soprattutto in ragione di una diffusa giurisprudenza¹⁸ richiamata dal Consiglio di Stato già in sede di parere, le linee guida ANAC in esame, dopo l'aggiornamento, hanno provveduto a chiarire che *«le valutazioni della stazione appaltante in ordine alle misure di self-cleaning sono effettuate in contraddittorio con l'operatore economico»* e che, ancora, *«la stazione appaltante valuta con massimo rigore le misure di self-cleaning adottate nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione»*.

La quinta Sezione del Consiglio di Stato è recentemente intervenuta¹⁹ con una significativa sentenza ricognitiva delle varie misure riconducibili al *self-cleaning* presenti nel nostro ordinamento, riconoscendone, in particolare, due tipi.

Un primo gruppo di condotte *self-cleaning* cui vanno ricondotte quelle previste dal Codice dei Contratti Pubblici – osservano i giudici di Palazzo Spada – è costituito dal *«comportamento dell'operatore economico che, in presenza di un fatto di reato o di una condotta di illecito, dimostri di essersi, per un verso adoperato per l'eliminazione, retrospettiva, del danno cagionato e, per altro verso, di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico ed organizzativo idonei a prevenire, pro futuro, la commissione di ulteriori reati o illeciti»*²⁰: il momento di adozione ed allegazione di tali misu-

atti amministrativi da cui i destinatari possono motivatamente discostarsi».

¹⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158.

²⁰ Cons. Stato, *ibidem*.

re – chiarisce infine il Supremo Collegio – è ancorato al termine di presentazione delle offerte²¹.

Un secondo gruppo di condotte *self-cleaning*, presenti nell'ordinamento già prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti, è invece rappresentato dalle c.d. misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese²², di cui all'art. 32 del decreto-legge, 24 giugno 2014, n. 90, che il Prefetto, su segnalazione dell'Autorità Anticorruzione, può disporre nei confronti dell'impresa a carico della quale si proceda per uno dei reati contro la pubblica amministrazione (artt. 317 ss. del Codice Penale): in questo secondo gruppo di misure – chiarisce il Consiglio di Stato – il *self-cleaning* può agire solo nella duplice direzione di «sterilizzazione delle misure interdittive penali»²³ prevenendo l'estromissione dell'operatore economico dal mercato, e di impedimento del commissariamento, in caso di contratti la cui esecuzione sia stata già iniziata.

Del primo gruppo di misure, che hanno come finalità quella di riabilitare il concorrente incappato in uno dei motivi di esclusione dalla gara, è chiara la sola operatività *pro futuro*, mentre le misure straordinarie di monitoraggio, che intervengono su contratti già aggiudicati ed in corso di esecuzione, hanno come obiettivo la salvaguardia della «utile esecuzione dei contratti in essere»²⁴.

²¹ Cfr. ancora Cons. Stato, *ibidem*, secondo cui «il momento ne ultra quem per l'adozione delle misure di self-cleaning e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte (posto che una tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, a tacer d'altro, alternativa della par condicio dei concorrenti)».

²² Tali misure possono prefigurare alternativamente: a) la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto, misure che «ricorrendone le condizioni, è idonea ad impedire l'automatismo solutorio, ad opera delle misure interdittive, sui contratti in essere; o, quanto meno, a legittimare al commissariamento dell'impresa, con prosecuzione "controllata" dell'esecuzione dei contratti in essere ed accantonamento cautelativo degli utili in attesa delle determinazioni in ordine alla prospettiva confisca» (cfr. Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 18 giugno 2018, n. 1567); b) il sostegno e monitoraggio dell'impresa di cui al comma ottavo dell'art. 32, ai sensi del quale «Nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma è disposta la misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa. Il Prefetto provvede, con decreto, adottato secondo le modalità di cui al comma 2, alla nomina di uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, con il compito di svolgere funzioni di sostegno e monitoraggio dell'impresa. A tal fine, gli esperti forniscono all'impresa prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferiti agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo».

²³ Cons. Stato, Sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158.

²⁴ Cons. Stato, *ibidem*.

Anche la Corte di Lussemburgo ha avuto recentemente modo di confermare la natura delle misure in esame stabilendo, ad esempio, che è incompatibile con il diritto dell'Unione Europea la legislazione di uno Stato membro (la Romania, nel caso di specie) che non permette ad un operatore economico di presentare, prima che sia pronunciata l'esclusione, le misure correttive adottate a seguito della risoluzione di un precedente contratto²⁵.

L'esame comparato della legislazione di altri Stati membri dell'Unione Europea, da cui emergono sia soluzioni simili a quella italiana che soluzioni radicalmente diverse, può fornire ulteriori utili indicazioni per una migliore gestione delle procedure.

In Spagna, ad esempio, il quinto comma dell'art. 72 della *Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*²⁶, individua come idonee condotte *self-cleaning* il pagamento o l'impegno a pagare sanzioni e risarcimenti e l'adozione di «*medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas*» (misure tecniche, organizzative e relative al personale idonee ad evitare la commissione di future infrazioni amministrative): come nel nostro ordinamento, la competenza a valutare le misure adottate è riconosciuta alle Amministrazioni precedenti che le esaminano nel corso del già aperto procedimento di valutazione delle offerte presentate, senza tuttavia che esse siano vincolate alle indicazioni di un'Autorità

²⁵ Cfr. Corte Giust. UE, Sez. IV, 3 ottobre 2019, C-267/18, che ha statuito: «L'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che il subappalto, effettuato da un operatore economico, di una parte dei lavori nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, deciso senza il consenso dell'amministrazione aggiudicatrice e che abbia dato luogo alla risoluzione di tale contratto di appalto, costituisce una significativa o persistente carenza accertata nell'ambito dell'esecuzione di una prescrizione sostanziale relativa al suddetto appalto pubblico, ai sensi della disposizione di cui sopra, ed è dunque idoneo a giustificare l'esclusione di tale operatore economico dalla partecipazione ad una successiva procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, nel caso in cui, dopo aver proceduto alla propria valutazione dell'integrità e dell'affidabilità dell'operatore economico interessato dalla risoluzione del precedente contratto di appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice che organizza tale successiva procedura di aggiudicazione di appalto ritenga che un subappalto siffatto determini la rottura del rapporto di fiducia con l'operatore economico in parola. Prima di pronunciare tale esclusione, l'amministrazione aggiudicatrice deve però, in conformità dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva sopra citata, letto in combinato disposto con il considerando 102 di quest'ultima, lasciare la possibilità a detto operatore economico di presentare le misure correttive da esso adottate a seguito della risoluzione del precedente contratto di appalto pubblico».

²⁶ Il cui testo è reperibile, in lingua originale, sul sito dell'Agenzia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boes.es.

centrale (che tra l'altro in Spagna non si rinviene²⁷). Anche la Germania lascia alle stazioni appaltanti la valutazione delle misure di *selbstreinigung*, con l'unica indicazione di tenere in considerazione la gravità e le particolari circostanze dell'illecito [cfr. § 125 della legge tedesca contro le restrizioni alla concorrenza (c.d. *GWB*, acronimo di *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*)²⁸].

Un diverso – e, a parere di chi scrive, più efficace – modello di gestione e valutazione delle misure di *self-cleaning* è invece quello adottato dall'Ungheria la cui legislazione sugli appalti non lascia margini di discrezionalità alle Amministrazioni aggiudicatrici, delegando la decisione, nell'interesse di garantire la certezza del diritto, alla *Közbeszerzési Hatóság* (l'Autorità centrale di vigilanza sui contratti pubblici): è quanto prevede infatti il § 64 della legge ungherese sugli appalti CXLIII del 2015²⁹ ai sensi del quale l'operatore economico non deve essere escluso dalla procedura di aggiudicazione se una

²⁷ D'altronde le direttive europee in materia di *public procurement* nulla prescrivono in ordine alla necessità per gli Stati membri di dotarsi di una Autorità di regolazione e vigilanza sui contratti pubblici: la scelta è rimessa alla discrezionalità degli Stati. Sul punto cfr. L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016, che osserva: «È evidente che la presenza di un'autorità indipendente di regolazione è divenuta ormai, per la maggior parte dei mercati regolati, necessaria e obbligata in conseguenza dell'integrazione europea. [...] Le direttive europee non prevedono la costituzione di un'autorità indipendente per il mercato dei contratti pubblici e in effetti nella maggior parte dei paesi europei la regolazione è rimessa ad autorità governative. Di qui anche una ulteriore ragione di incertezza circa la qualificazione dei poteri regolatori [ndr. dell'ANAC], per la mancanza di un quadro di riferimento generale e diffuso negli altri ordinamenti soggetti alle regole delle direttive europee in materia».

²⁸ Il cui testo è consultabile, in tedesco, sul sito del Ministero Federale per gli Affari Economici e l'Energia, www.bmwi.de.

²⁹ Consultabile facilmente in lingua inglese sul sito istituzionale dell'autorità ungherese di vigilanza sui contratti www.kozbeszerzes.hu. Si riporta in inglese il disposto del § 64: «Despite the existence of any ground for exclusion other than those referred to in Article 62(1) (b) and (f), a tenderer, candidate, subcontractor, or an organization contributing to the certification of suitability shall not be excluded from the procurement procedure, if the final decision specified in Article 188(4) of the Public Procurement Authority or, in the case of a review thereof, a final judicial decision specified in Article 188(5) established that measures taken, prior to the submission of the tender or the request to participate, by the economic operator concerned are sufficient to demonstrate its reliability despite the existence of a relevant ground for exclusion. If the final decision specified in Article 188(4) of the Public Procurement Authority or, in the case of a review thereof, a final judicial decision specified in Article 188(5) established that the economic operator subject to the given ground for exclusion is reliable, the contracting authority shall accept it without any discretion. The final decision shall be submitted by the economic operator at the same time as the European Single Procurement Documents».

decisione dell’Autorità per i contratti pubblici od una decisione giudiziaria definitiva stabilisce che le misure da esso prese, prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, sono state sufficienti, nonostante l’esistenza di una causa di esclusione. Tale decisione – prosegue la disposizione – deve essere semplicemente allegata dall’operatore al Documento di Gara Unico Europeo.

Di interesse, sul piano processuale e procedimentale, si presenta anche il disposto del § 188 della legge ungherese che disciplina lo snello e semplice procedimento che l’Autorità deve seguire per la valutazione delle misure di *self-cleaning*: in particolare, un operatore economico soggetto ad un motivo di esclusione può presentare domanda perché si stabilisca se le misure adottate per riabilitarsi siano o meno sufficienti a dimostrarne l’affidabilità; l’Autorità ha l’obbligo di pronunciarsi entro quindici giorni dalla presentazione della domanda (estendibili di un massimo di ulteriori quindici solo in casi giustificati), previo contraddittorio con l’interessato. La decisione, infine, nel solo caso di rigetto, è impugnabile entro quindici giorni presso il Giudice Amministrativo che si pronuncia con decreto inappellabile all’esito di un procedimento non litigioso entro e non oltre sessanta giorni dal ricorso.

Sul piano processuale, un sistema per certi versi ibrido è invece quello in vigore a Malta dove l’impugnazione delle decisioni delle stazioni appaltanti sull’esclusione presso la Corte d’Appello civile dello Stato insulare (non esiste una giurisdizione prettamente amministrativa), è subordinata alla condizione di procedibilità del previo reclamo innanzi al *board* di vigilanza sui contratti pubblici³⁰.

Altri Stati membri, infine, pur lasciando discrezionalità alle stazioni appaltanti nella valutazione delle misure adottate, ne hanno fortemente semplificato il lavoro facendo massimo ricorso alle piattaforme digitali ed alle nuove tecnologie: è il caso dell’Estonia dove vige un modello basato su database elettronici tenuti sia dalle amministrazioni che dai giudici amministrativi che, contemporaneamente, permette di eliminare ogni tipo di attività di impulso procedimentale per gli operatori economici³¹ e garantire che tutte le informazioni

³⁰ È quanto è previsto dal combinato disposto degli artt. 195 (che indica le misure di *self-cleaning* ed i relativi mezzi di prova) e 198 (che disciplina l’azione di reclamo innanzi al *Public Contracts Review Board*) delle *Public Procurement Regulations* della Repubblica di Malta, il cui testo è consultabile in inglese sul sito web ufficiale della raccolta delle leggi maltesi www.justiceservices.gov.mt.

³¹ Il *Riigihangete seadus* (la legge estone sui contratti pubblici), nella quale si rinven-

ivi contenute siano affidabili ed aggiornate.

Tutte le procedure di aggiudicazione in Estonia, infatti, qualunque sia il loro valore, sono svolte in maniera telematica su piattaforma digitale³² dalla quale le stazioni appaltanti possono consultare ed aggiornare, direttamente e liberamente, i principali database pubblici nazionali tra cui il registro commerciale (delle imprese) (*Äririigistri*), il casellario giudiziario, il registro delle imposte ed il registro delle licenze e delle concessioni (*Majandustegevuse*). Lo strumento della firma elettronica permette il funzionamento del sistema: il responsabile del procedimento accede alla piattaforma con la propria firma digitale e, una volta acceduto, può formulare richieste di accesso ai registri per recuperare tutte le informazioni necessarie sull'operatore economico che ottiene immediatamente in formato pdf. La semplificazione del processo di verifica dei requisiti e delle cause di esclusione è direttamente collegata allo sviluppo che ha avuto in Estonia la piattaforma digitale di gestione degli appalti, consentendo ai concorrenti di non presentare alcuna certificazione, risparmiando notevolmente tempo e denaro³³.

3. Dalle norme sul *self-cleaning* e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia le indicazioni in ordine all'ammissibilità delle *blacklists*

Il diritto dell'Unione Europea (e la maggior parte degli ordinamenti nazionali) non affronta invece l'altrettanto delicato tema relativo alla possibilità per le stazioni appaltanti di tenere ed utilizzare liste di operatori economici da escludere automaticamente dalle procedure

gono tra l'altro varie disposizioni relative al funzionamento on-line delle procedure, permette, infatti, alla stazione appaltante di escludere dalla procedura un operatore economico che non abbia fornito i dati o i documenti richiesti dall'amministrazione; questa esclusione, tuttavia, con una scelta di politica legislativa che responsabilizza fortemente l'Amministrazione procedente, non si applica nel caso in cui i dati ed i documenti richiesti siano già disponibili per la stazione appaltante tra quelli custoditi nei database pubblici.

³² La piattaforma utilizzata è visionabile, anche in lingua inglese, all'indirizzo www.rigibanked.riik.ee.

³³ Si stima che il sistema *X-Road*, che in Estonia governa tutta l'attività e i servizi della Pubblica Amministrazione, permettendo sia agli uffici pubblici che ai privati autorizzati di accedere ai database, abbia fatto risparmiare, solo nel 2018, 2,8 milioni di ore di lavoro. La notizia è commentata da un report del Corriere della Sera, in occasione delle recenti elezioni europee, di M. Castelnuovo e F. Seneghini, *Estonia, dove i giudici saranno robot*, in www.corriere.it/elezioni-europee/100giorni/estonia.

(c.d. *blacklists* o anche *debarment lists*): di conseguenza, il tema deve essere ricostruito alla luce delle previsioni della direttiva n. 24/2014 sui motivi di esclusione, delle indicazioni del Trattato e dei principi del diritto europeo come affermati dalla Corte di Giustizia; sebbene infatti non si rinvenga allo stato attuale giurisprudenza sulle *blacklists* nella vigenza dell'attuale direttiva appalti, la Corte ha più volte avuto modo di occuparsi di come gli Stati membri abbiano implementato le disposizioni comunitarie sull'esclusione, enfatizzando particolarmente l'importanza del principio di proporzionalità nelle decisioni sull'estromissione degli operatori economici.

I Giudici di Lussemburgo, in particolare, hanno avuto modo di statuire più volte che la decisione sull'esclusione debba essere condotta *case-by-case*: tale orientamento della Corte, unito all'introduzione dei nuovi motivi di esclusione della direttiva del 2014 e del nuovo diritto al *self-cleaning* pone seri dubbi sulla possibilità che le stazioni appaltanti possano ricorrere a liste di operatori economici da escludere a priori dalla partecipazione alla gara, se non entro certi limiti di cui a breve si dirà; l'art. 57 della direttiva europea, infatti, pur in presenza di un motivo di esclusione, riconosce all'operatore economico il diritto di dimostrare la sua affidabilità, con la conseguenza che, laddove ciò sia sufficientemente provato, questi non dovrebbe essere escluso dalla procedura di appalto («*shall not be excluded from the procurement procedure*»).

Come visto *supra*, l'unica eccezione riconosciuta dal diritto europeo al diritto di *self-cleaning* è rappresentata dal caso in cui l'operatore economico sia stato interdetto con una sentenza definitiva dal partecipare a procedure di aggiudicazione e la sentenza indichi il periodo effettivo di interdizione³⁴: laddove la sentenza definitiva non rispetti questi due requisiti, il diritto al *self-cleaning* è fatto salvo, non essendo permessa una esclusione automatica.

³⁴ Sulla durata del periodo di incapacità di contrarre con la Pubblica Amministrazione, che come sanzione può derivare da una sentenza penale di condanna definitiva, è necessario far riferimento al disposto del comma decimo dell'art. 57 del Codice dei Contratti – recentemente modificato dalla legge c.d. Spazzacorrotti (decreto-legge n. 32/2019) – che, per ovviare alle problematiche derivanti da un provvedimento che non indichi la durata della pena accessoria, ne stabilisce la durata perpetua nei casi in cui alla condanna consegue di diritto l'interdizione perpetua da pubblici uffici (art. 317-*bis*, primo periodo, del Codice Penale), la durata di sette anni nei casi in cui viene inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o se ricorrono circostanze attenuanti (art. 317-*bis*, secondo periodo, del Codice Penale), la durata di cinque anni nei casi diversi, sempre che non sia intervenuta riabilitazione.

Sulla base di tale disposto normativo, è ragionevole pensare dunque che una *blacklist* sia ammissibile solo se ed in quanto la lista sia inclusiva di quanti siano stati interdetti dal partecipare alle procedure per uno specifico periodo³⁵: tale soluzione sembra essere in linea con l'orientamento della Corte di Giustizia i cui Giudici hanno avuto modo di dichiarare, ad esempio, incompatibile con il diritto dell'Unione la normativa nazionale (della Polonia) che imponeva all'amministrazione procedente di escludere automaticamente l'operatore economico, senza lasciare alla stazione appaltante la possibilità di valutare, caso per caso, la gravità del comportamento presuntivamente scorretto (che l'operatore aveva tenuto nell'esecuzione di un precedente contratto, in questo caso)³⁶; la necessità, ampiamente ribadita dai Giudici di Lussemburgo, di valutazione *case-by-case* dei motivi di esclusione, è da ritenersi dunque preclusiva della possibilità di ricorrere a liste nere automatiche, se non tenendo conto dei principi guida ribaditi più volte dalla Corte. Altresì rilevanti, per la ricostruzione del fenomeno, sono i principi

³⁵ È questa ad esempio la soluzione adottata, ancora, dall'Ungheria, la cui legge sugli appalti sopra citata stabilisce la possibilità di formare *blacklist* in cui includere gli operatori economici esclusi dalle procedure a seguito di una decisione sia dell'Autorità di vigilanza che di una decisione giudiziaria. L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, in particolare, è obbligata a gestire, aggiornare e pubblicare sulla propria homepage la lista degli operatori esclusi dalle procedure: la lista deve contenere, per ogni operatore, la durata dell'esclusione, gli elementi essenziali della violazione e gli estremi della decisione che ha portato al *blacklisting*. La decisione di inserire un operatore in *blacklist*, come la valutazione delle misure di *self-cleaning* adottate, è rimessa in Ungheria non alle singole stazioni appaltanti ma ad ente centrale, nello specifico il *board* arbitrale per gli appalti pubblici, la cui decisione è poi appellabile in tribunale.

³⁶ Cfr. Corte Giust. UE, Sez. III, 13 dicembre 2012, C-465/11. Nello stesso senso, recentemente, cfr. Corte Giust. UE, Sez. II, 30 gennaio 2020, C-395/18, che ha statuito: «L'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, non osta ad una normativa nazionale [ndr. dell'Italia], in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione».

di proporzionalità³⁷ e parità di trattamento³⁸, come declinati ed interpretati dalla Corte di Giustizia.

In ottica comparata, poi, volendo esaminare la disciplina di alcuni dei pochi Stati membri che hanno regolato le *blacklists*, oltre alla citata Ungheria, sul piano processuale e procedimentale, risulta interessante la legislazione maltese che tra l'altro disciplina il *blacklisting* anche in relazione alle misure di *self-cleaning*.

L'art. 199 delle *Public Procurement Regulations*, l'insieme delle leggi di Malta sui contratti pubblici, disciplina dettagliatamente il procedimento da seguire per l'inserimento di un operatore economico in lista nera, procedimento che varia a seconda del motivo di esclusione: in particolare, il responsabile del procedimento ha il potere di inserire un potenziale concorrente in una *blacklist* nei casi di esclusione previsti dal medesimo articolo, ossia nel caso di illeciti legati alle norme sul lavoro, alla condotta professionale, accordi distorsivi della concorrenza, significative mancanze nell'esecuzione di un precedente contratto o concessione, false dichiarazioni in ordine ai motivi di esclusione, indebita influenza per ottenere informazioni confidenziali, violazione nell'esecuzione di un precedente contratto

³⁷ Cfr., *ex multis*, Corte Giust. UE, G.S., 16 dicembre 2008, C-213/07, che ha statuito come non osti con il diritto dell'Unione che uno Stato membro preveda ulteriori cause di esclusione purché siano garantiti: «il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza» e «siffatte misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo». «Il diritto comunitario» continua la Corte «deve essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione nazionale che, perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, stabilisce una presunzione assoluta d'incompatibilità tra lo status di proprietario, socio, azionista principale o dirigente di un'impresa che opera nel settore dei mezzi di informazione e quello di proprietario, socio, azionista principale o dirigente di un'impresa cui venga affidata dallo Stato o da una persona giuridica del settore pubblico in senso lato l'esecuzione di appalti di lavori, di forniture o di servizi».

³⁸ Cfr. Corte Giust. UE, Sez. II, 3 marzo 2005, C-21/03, che ha statuito che le direttive europee in materia di *public procurement* «ostano ad una normativa nazionale [ndr. del Belgio] in forza della quale non viene ammessa la presentazione di una domanda di partecipazione o la formulazione di un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi da parte di una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda alla medesima la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza. Tenuto conto della situazione favorevole in cui potrebbe trovarsi la persona che ha effettuato siffatti lavori preparatori, non si può certo sostenere che il principio della parità di trattamento obbliga a trattare la medesima allo stesso modo degli altri offerenti. Tuttavia, una norma che non lascia alla detta persona alcuna possibilità di dimostrare che, nel suo caso specifico, questa situazione non è tale da falsare la concorrenza, eccede quanto necessario per raggiungere l'obiettivo della parità di trattamento fra tutti gli offerenti».

degli obblighi di carattere ambientale e sociale previsti dal diritto europeo, nazionale, internazionale o da accordi collettivi. L'art. 202 della legge maltese disciplina poi efficacemente le misure di *self-cleaning* in relazione al procedimento di *blacklisting* prevedendo che l'operatore economico inserito in una lista nera dal responsabile del procedimento possa presentare in primo grado reclamo presso il Tribunale per le sanzioni commerciali (che è tribunale *ad hoc* specializzato per le controversie in materia di appalti e di lavoro), allegando le prove evidenzianti le misure adottate per evitare il *blacklisting*, e che, solo successivamente, l'escluso possa proporre impugnazione alla Corte d'Appello maltese.

In conclusione, dunque, in mancanza di norma europea espressa, deve ritenersi come più sicuro l'approccio che evita l'utilizzo di *blacklists* se non nel caso di liste di operatori economici interdetti dal contrarre con la Pubblica Amministrazione con le condizioni di cui si è detto sopra, essendo questo l'unico caso in cui la legislazione europea ammette una esclusione senza eccezioni.

Altresì necessario è che ogni procedimento teso all'esclusione di un operatore economico dalla gara sia, nel rispetto dei principi del diritto europeo declinati dalla Corte di Lussemburgo, equo ed aperto e condurre ad una decisione proporzionata alla natura ed alla gravità del *ground for exclusion*.

4. Riflessioni conclusive

I motivi di esclusione – si è potuto osservare – hanno un'indubbia rilevanza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, in quanto dalla loro sussistenza o meno discende la possibilità per un operatore economico di essere ammesso alla gara; in tal senso, le condotte di *self-cleaning* – si è osservato ancora – assumono una centrale rilevanza dal momento che l'istituto in esame permette al concorrente nei cui confronti deve disporsi l'esclusione di presentare prove delle misure riparatorie implementate per dimostrare la sua attitudine a contrarre con la Pubblica Amministrazione.

Il *case-law* della Corte di Giustizia approfondito ha dimostrato come sia anzitutto necessario che le stazioni appaltanti si determinino *case-by-case* nei procedimenti di esclusione, nel rispetto degli irrinunciabili principi di parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza; altresì le esperienze (e, in alcuni casi, le *best practices*) di altri Stati membri hanno dimostrato come sia di gran lungo preferibile, rispet-

to ad un approccio che lascia ampia discrezionalità alle Amministrazioni procedenti, una gestione centralizzata per la valutazione delle condotte *self-cleaning* e del *blacklisting*.

Tra quelli esaminati, il modello di valutazione centralizzato delle misure applicato in Ungheria si è rivelato particolarmente efficace ed idoneo a poter trovare applicazione generalizzata in tutti gli Stati membri dell'Unione, finanche nel nostro ordinamento dove già esiste tra l'altro, al pari del paese magiaro, un ente centrale dotato dell'*expertise* e dell'autorevolezza necessari alla gestione di una così delicata materia: l'Autorità Nazionale Anticorruzione che – come autorevolmente osservato – è «duogo qualificato di esercizio di poteri e funzioni assai estesi, che superano i compiti di prevenzione della corruzione, che fanno di essa un vero e proprio strumento amministrativo di regolazione del sistema»³⁹.

Prevedere una gestione centralizzata di valutazione delle misure in capo esclusivamente all'ANAC garantirebbe probabilmente davvero quella «omogeneità di prassi» che la norma codicistica invece, con un approccio poco coraggioso, ha inteso garantire attraverso linee guida non vincolanti dalle quali – si ricorda – le stazioni appaltanti possono motivatamente discostarsi.

Apprezzabile si presenta il sistema ungherese anche in relazione alla gestione del possibile contenzioso che potrebbe derivare da decisioni sfavorevoli all'operatore economico: in Ungheria, infatti, è ragionevole ed affatto ottimistico ritenere che in massimo poco più di due mesi il potenziale concorrente ottenga una decisione definitiva ed inappellabile⁴⁰ sulle condotte riparatorie implementate. Sul piano processuale, ancora, interessanti spunti si rinvengono anche nella legislazione di Malta dove si è osservato che l'impugnazione (ad un Tribunale *ad hoc* specializzato istituito per le controversie in materia di appalti e lavoro) dei provvedimenti di esclusioni disposti dal responsabile del procedimento è subordinata al previo reclamo

³⁹ A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, fasc. 5, 2015, pag. 1127.

⁴⁰ La legge ungherese sugli appalti *supra* citata indica, infatti, come termini perentori quindici giorni (prorogabili di ulteriori quindici solo in caso di complessità) per la decisione dell'Autorità di vigilanza sulle misure implementate, quindici giorni per l'impugnazione del provvedimento eventualmente negativo dell'Autorità, e, infine, sessanta giorni per la decisione (inappellabile) da parte del Giudice Amministrativo. Ne discende che, nel caso di vicenda complessa, il termine massimo per la risoluzione della controversia è di sessanta giorni, mentre, nel caso di vicenda non complessa, il termine arriva ad un massimo di quarantacinque giorni.

al *board* di vigilanza sui contratti pubblici.

In tal senso, nel nostro ordinamento, il già previsto rito accelerato in materia di appalti, riconoscendo una competenza funzionale al T.A.R. del Lazio od al Consiglio di Stato in unico grado (con procedibilità condizionata al previo ricorso all’Autorità Anticorruzione), anziché lasciare la decisione ai Tribunali Regionali, garantirebbe ancora di più quell’equità, uniformità e speditezza di giudizio che l’attuale assetto normativo difficilmente riesce ad ottenere⁴¹.

Anche sulle *blacklist* – dove si è già osservato *supra* come l’approccio più sicuro sia quello che ne evita l’utilizzo, se non nel caso di operatori economici inibiti dal contrarre con la P.A. – gli aspetti procedurali e processuali non possono essere taciuti.

Se infatti, nel rispetto dei principi indicati dalla Corte di Lussemburgo, sul piano sostanziale appare auspicabile una norma ricognitiva dei casi in cui può essere disposta l’iscrizione in *blacklist* (come a

⁴¹ Da più parti, sin dall’emanazione della legge di delega per il Codice dei Contratti Pubblici, si è osservato come il contenzioso in materia di appalti si concentri quasi esclusivamente sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione alle gare. In particolare, *ex multis*, cfr. F. FRANCONIERO, *Il recepimento delle nuove direttive sui contratti pubblici. La giurisprudenza amministrativa sulle procedure di affidamento*, in www.italiadecide.it, 2015, pag. 16 ss., osserva come la struttura del procedimento – che prevede la verifica dei requisiti dopo l’aggiudicazione – pone dinanzi alla situazione paradossale per cui, anche dopo la conclusione della gara, può ancora discutersi dei requisiti soggettivi, dando luogo ad una «perversa spirale di impugnazioni incidentali» volte a contestare i requisiti e dell’aggiudicatario e dei ricorrenti non aggiudicatari; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2016, pag. 7 ss., che sottolinea la necessità di rimediare ad un eccessivo contenzioso postumo e retrospettivo sulla presenza dei requisiti partecipativi; A. PAJNO, *Il processo*, in A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Le regole, i controlli, il processo*, in www.astridonline.it, 2016, pag. 13 ss., osserva che «a tale paradossale situazione potrebbe, forse, porsi rimedio con una diversa organizzazione del procedimento, che veda una fase dedicata alle ammissioni ed esclusioni di tutti i partecipanti alla gara, ed una diretta impugnabilità, entro un termine breve, in quanto atti immediatamente lesivi, dei provvedimenti di ammissione ed esclusione. Si tratterebbe, in altri termini, di evitare che eventuali illegittimità verificatesi in una fase preparatoria possano riverberarsi sull’esito conclusivo del procedimento di gara, sulla scorta di quanto è stato previsto per il processo elettorale, attraverso l’immediata impugnabilità degli atti di esclusione. Il processo si svolgerebbe, così sulle condizioni di legittimazione e di partecipazione alla procedura di aggiudicazione, mentre la circostanza che le imprese dovrebbero impugnare senza aver alcuna certezza sull’esito della gara, ridurrebbe significativamente le possibilità di contenzioso, scoraggiando la proposizione di gravami di dubbia fondatezza. Il procedimento potrebbe poi proseguire con le imprese la cui partecipazione è sicuramente legittima, e concentrarsi solo sulla valutazione della offerta, sicché solo di quest’ultima potrebbe, alla fine, eventualmente discutersi in sede giurisdizionale».

Malta), sul piano procedimentale è ugualmente auspicabile una gestione centralizzata in capo all'ANAC con conseguente possibilità di impugnarne le decisioni, previa obbligatoria istanza di riesame (ad esempio, presso la Camera Arbitrale ivi istituita), presso sezioni specializzate dei T.T.AA.RR. o del Consiglio di Stato: un Giudice Amministrativo “specializzato”⁴² è, in particolare, fortemente auspicabile, dal momento che, come si è avuto modo di comprendere, le decisioni sull'esclusione – ivi incluse quelle sulle misure di *self-cleaning* – involgono conoscenze di stampo marcatamente interdisciplinare, che travalicano i confini del diritto amministrativo, involvendo nozioni di diritto commerciale, diritto del lavoro ed economia aziendale.

Da ultimo va ribadito che l'utilizzo delle nuove tecnologie⁴³, le cui potenzialità il legislatore nazionale non sembra aver ancora compreso pienamente, potrebbe comportare plurimi vantaggi nella gestione delle procedure, specie nella gestione del procedimento di esclusione: in tal senso, il caso sopra esaminato dell'Estonia – che è contemporaneamente tra i paesi più piccoli e tra quelli più attrattivi dell'Unione Europea per gli investimenti (inclusi gli appalti pubblici) – è emblematico di come l'utilizzo massiccio di tali mezzi abbia permesso allo Stato baltico di modernizzare l'apparato amministrativo, attraverso un lungo e strutturato processo.

L'auspicio, in definitiva, è che, da un approccio comparato che tenga conto delle indicazioni dei Giudici di Lussemburgo e delle *best practices* degli altri Stati membri, possano trovarsi nuovi spunti *de iure condendo* per una revisione delle norme (anche procedimentali e processuali) sull'esclusione, previste dal codice dei contratti pubblici e dal codice del processo amministrativo, in un'ottica maggiormente collaborativa, proporzionale, che garantisca, attraverso anche una specializzazione dei giudici, equità e parità di trattamento.

Al contempo, si auspica una contestuale riforma dell'Amministrazione indirizzata, attraverso disintermediazione ed utilizzo delle

⁴² Sezioni specializzate dei T.T.AA.RR. o del Consiglio di Stato sarebbero da intendersi come sezioni composte da giudici togati di estrazione amministrativa e civile (per le richieste conoscenze in diritto commerciale e del lavoro) e giudici onorari (tra cui, in particolar modo, economisti aziendali o ingegneri gestionali).

⁴³ Sull'impatto che le nuove tecnologie (specie quelle basate sull'interazione algoritmica dei dati, es. la *blockchain*) possono avere nella lotta alla corruzione e nel miglioramento della *performance* dell'Amministrazione cfr. M. TRAPANI, *La prevenzione e il controllo della corruzione e dell'etica pubblica mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.

nuove tecnologie, ad una diffusa semplificazione, da bilanciare con gli irrinunciabili principi costituzionali di legalità e buon andamento (strumenti di prevenzione dei sempre possibili fenomeni corruttivi⁴⁴).

⁴⁴ Sul punto cfr. F. ARMENANTE, *Dal "principio della moglie di Cesare" alle convenzioni internazionali contro la corruzione: il de praeterito e il de futuro del conflitto di interessi*, in *Rivista Giuridica Europea*, 2019, pag. 85 ss., che osserva come «con la l. n. 190/2012, l'azione preventiva della corruzione è divenuta un principio generale di diritto amministrativo» del quale, di conseguenza, bisogna sempre tener conto in sede di revisione dell'attuale sistema.