

# La discrezionalità amministrativa nella valutazione dei gravi illeciti professionali per la partecipazione alle gare pubbliche. Il ruolo delle precomprensioni della pubblica amministrazione nella valutazione di affidabilità del pregresso o futuro contraente (commento alla sentenza n. 7823 del 2022 del Consiglio di Stato)

ALDO CIMMINO  
(Avvocato)

## Abstract

Il presente lavoro tratta dell'ampia discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti nella valutazione della gravità degli illeciti professionali eventualmente a carico degli operatori economici, anche in presenza di misure di *self cleaning*, adottate prima del termine per la presentazione delle offerte e tenuta conto della non definitività delle pregresse vicende processuali riguardanti un operatore economico. Dopo una sintetica ricostruzione dei motivi di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica previsti dall'ordinamento italiano, il presente lavoro si sofferma sul rapporto tra l'ampiezza della suddetta discrezionalità amministrativa e le "precomprensioni" della pubblica amministrazione, così come ricostruito dalla recente sentenza n. 7823 dell'8 settembre 2022 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato e alla luce dei successivi pronunciamenti del Collegio.

Infine, dall'esame della normativa vigente e degli orientamenti della giurisprudenza, si offre una visione *de jure condendo*, anche alla luce dello schema definitivo di Codice dei Contratti pubblici predisposta dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, per la migliore impostazione del modello economico-fiduciario tra stazioni appaltanti e operatori economici.

*The paper deals with the theme related to the wide discretion granted to the contracting authorities in assessing the seriousness of any professional offenses against economic operators, even in the presence of self-cleaning measures, adopted before the deadline for the submission of offers.*

*After a short reconstruction of the wide Italian system of the grounds for exclusion, the work deals the relationship between the extent of the aforementioned administrative discretion and the “preconceptions” of the public administration, as reconstructed by the recent sentence n. 7823 of 8 September 2022 of the Fifth Section of the Council of State and in the light of the subsequent pronouncements of the College.*

*In the end, from the examination of the legislation in force, solutions de iure condendo are given for a better implementation of the economic model- trustee between contracting authorities and economic operators.*

**Sommario:** 1. Premessa – 2. Brevi cenni sul sistema italiano dei motivi di esclusione – 3. La rilevanza delle valutazioni sottese alla individuazione dei motivi di esclusione per l'assenza dei requisiti di moralità e legalità dell'operatore economico: tra discrezionalità amministrativa e precomprensioni della pubblica amministrazione secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato – 4. Le recenti evoluzioni giurisprudenziali in materia di gravi illeciti professionali – 5. Conclusioni.

## 1. Premessa

Legalità e moralità<sup>1</sup>, così come integrità e affidabilità degli operatori economici che partecipano alle gare pubbliche, lungi dall'essere espressioni metagiuridiche, rappresentano il portato di tipici concetti giuridici indeterminati<sup>2</sup>, per cui la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno contemplati e specificati con elementi o criteri *extragiuridici*<sup>3</sup>.

Tale premessa, sottesa a molteplici pronunce del Consiglio di Stato rese nella materia dei gravi illeciti professionali, è utile sia a sgombrare il campo da critiche legate alla carenza di tassatività e certezza delle cause di esclusione facoltative previste dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, sia ad introdurre il tema dell'ampiezza della discrezionalità amministrativa nella valutazione della gravità delle pregresse condotte dell'operatore economico.

Tuttavia, sebbene l'impianto normativo che regola i motivi di esclusione facoltativa dalle procedure ad evidenza pubblica non sia stato ritenuto carente sotto il profilo della tassatività e della certezza del portato normativo, né irragionevole, discriminatorio o contrario alla libertà di iniziativa economica – in quanto recettizio della normativa sovranazionale garante dell'esercizio della discrezionalità amministrativa –<sup>4</sup> non è apparso, in ogni caso, ultroneo interrogarsi sull'ef-

---

<sup>1</sup> Legalità e affidabilità, peraltro, sono termini utilizzati dallo stesso legislatore nelle definizioni del rating di legalità di cui all'art. 5-ter d.l. n. 1/2012 e di rating di impresa di cui all'art. 83, comma 10, d.lgs. n. 50/2016.

<sup>2</sup> Al riguardo, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2022, n. 6822.

<sup>3</sup> Sul dibattito animato in Italia intorno ai concetti giuridici indeterminati ed il rapporto con il rispettivo sindacato giurisdizionale, si veda, tra gli altri, E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 3/2014, 759 – 790.

<sup>4</sup> In tal senso, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2021, n. 5467 che ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti della norma di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, ravvisando, *in primis*,

fettiva ampiezza di tale discrezionalità e sulla indeterminatezza della norma stessa<sup>5</sup>.

In tale scenario, il Consiglio di Stato ha ribadito, molto di recente, che “*Spetta alla stazione appaltante, nell’esercizio di tale ampia discrezionalità, apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell’operatore economico, persino se non abbiano dato luogo ad un provvedimento di condanna in sede penale, perché essa sola può fissare il punto di rottura dell’affidamento nel pregresso o futuro contraente*”<sup>6</sup>.

Il principio di diritto espresso dalla pronuncia in commento, seppur conforme e reiterativo di un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>7</sup>, è attuale e rilevante sia sotto il profilo contenutistico, quanto alla nozione di “*punto di rottura dell’affidamento nel pregresso o futuro contraente*”, sia perché si inserisce in un contesto storico-normativo che vede, da un lato, l’imminente riforma del Codice dei contratti pubblici, dall’altro, una giurisprudenza successiva piuttosto ondivaga sul punto, giacché nel ribadire che la valutazione sui gravi illeciti professionali è discrezionale, sembra, poi, cedere alla tentazione di delimitare tale discrezionalità, con tensioni interpretative che potrebbero – nella sostanza – superare il limite del vaglio della mera ragionevolezza dell’istruttoria sub-procedimentale di verifica della sussistenza di gravi illeciti professionali e l’attendibilità del risultato ottenuto<sup>8</sup>.

---

come la disposizione dettata dal legislatore italiano è coerente con le disposizioni unionali e, in particolare, con l’art. 57 della Direttiva 2014/24/UE di cui ne recepisce il contenuto, in attuazione dell’art. 117, comma 1 della Costituzione; in secondo luogo, l’esclusione per grave illecito professionale, sebbene costituisce atto vincolato, presuppone l’accertamento, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei relativi presupposti e, dunque, è richiesta dalla norma una adeguata valutazione e una congrua motivazione da parte della stazione appaltante in relazione a quei “gravi illeciti professionali” che sono, appunto, il portato di un tipico concetto giuridico indeterminato che deve essere integrato dall’interprete.

<sup>5</sup> Il riferimento è al recente Atto di segnalazione dell’ANAC, n. 3, concernente l’art. 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater), del d.lgs. n. 50/2016, approvato dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 370 del 27 luglio 2022.

<sup>6</sup> Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2022, n. 7823.

<sup>7</sup> In senso conforme, infatti, si veda: Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2021, n. 4248; Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223; TAR Campania, Sez. IV, 14 gennaio 2022, n.299; TAR Lazio, ord., Sez. III, 16 settembre 2022, n. 5918; TAR Lombardia, Sez. IV, 9 dicembre 2020, n. 2456; CGUE, IV, 19 giugno 2019, C-41/18, Meca s.r.l.

<sup>8</sup> In particolare, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2022, n. 8336; Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2022, n. 8864; Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2022, n. 9015; nel medesimo senso, ma con riferimento all’istituto del controllo giudiziario delle aziende di cui all’art. 34-bis del Codice Antimafia, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre

## 2. Brevi cenni sul sistema italiano dei motivi di esclusione

Prima di addentrarsi nel ragionamento sotteso alla pronuncia in commento, appare opportuno ricostruire sinteticamente il sistema nazionale dei motivi di esclusione previsto dal vigente Codice dei contratti pubblici.

L'ordinamento italiano disciplina i motivi di esclusione degli operatori economici dalle gare pubbliche, individuando fattispecie che comportano l'esclusione automatica dalla procedura ed altre che devono essere sottoposte al vaglio della amministrazione aggiudicatrice<sup>9</sup>.

Più in particolare, l'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, ai commi 1 e 2, regola i cosiddetti motivi di esclusione automatica, legati alla pronuncia di sentenze definitive di condanne a carico degli operatori economici per gravi delitti contro la pubblica amministrazione o delitti di riciclaggio, nonché per delitti di associazione mafiosa o commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis*, c.p., ovvero ancora, a cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dal Codice Antimafia.

Ai successivi commi 4 e 5, sono disciplinati i motivi di esclusione non automatica, soggetti ad una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante.

Tali ipotesi configurano i cosiddetti “*gravi illeciti professionali*” che tanto contenzioso generano nell'ambito degli affidamenti pubblici.

Quanto alla *ratio* che fonda la norma in commento, è opportuno evidenziare che l'art. 80 del Codice dei contratti pubblici attribuisce alle stazioni appaltanti il potere di escludere un operatore economico da una procedura in corso, allorquando sussistano determinate condizioni<sup>10</sup>.

---

2022, n. 8558.

<sup>9</sup> In generale, sui motivi di esclusione e sulle tematiche collegate, cfr., *ex multis*, R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICOTOLIS, 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, 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.

<sup>10</sup> Giova evidenziare che tale disposizione ha una portata più ampia della precedente

Recependo il contenuto dell'art. 57, paragrafo 4, lettera c), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, che contempla, come causa di possibile esclusione dalla gara, il caso in cui «*l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità*», la disciplina italiana sulle esclusioni si appalesa quale importante e incisivo strumento di tutela dell'interesse pubblico finalizzato alla sana e corretta gestione della spesa pubblica.

La norma, dunque, impone all'amministrazione, talvolta di limitarsi a verificare la ricorrenza di circostanze implicanti l'esclusione automatica del partecipante dalla procedura ad evidenza pubblica<sup>11</sup>; talaltra, conferisce alla pubblica amministrazione il potere di valutare se, in un caso concreto, la violazione prevista in termini generali dal legislatore sussista e abbia effettivamente rilevanza tale da giustificare l'adozione di un provvedimento di esclusione del partecipante dalla gara in corso<sup>12</sup>.

In tal caso, la legge consente agli operatori economici sottoposti al subprocedimento di verifica di cui al citato art. 80 del Codice dei contratti pubblici, di dimostrare di aver tenuto condotte riparatorie in relazione ai comportamenti sanzionabili, ovvero di aver adottato tutte le misure necessarie di carattere tecnico a ridurre il rischio della commissione di ulteriori futuri illeciti professionali<sup>13</sup>.

In sostanza, gli operatori economici resisi autori di "gravi illeciti professionali", sono ammessi a provare che le condotte contestate hanno rappresentato episodi occasionali nel ciclo di vita dell'attività economica e non sono, piuttosto, l'indice di una precisa *policy* aziendale.

---

disciplina contenuta nell'art. 38 del d.lgs., 12 aprile 2006, n. 163, giacché, da un lato, non opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa stazione appaltante; dall'altro non si riferisce esclusivamente alla negligenza o all'errore professionale, bensì, più in generale all'illecito professionale, affasciando quest'ultimo molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, ed includendo, per tale ragione, condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, ma anche in fase di gara.

<sup>11</sup> Si tratta dei motivi di esclusione automatica dalla procedura di gara, di cui all'art. 80, commi 1 e 2, del vigente Codice dei contratti pubblici.

<sup>12</sup> Il riferimento è all'art. 80, commi 4 e 5 del Codice dei contratti pubblici che regolano le ipotesi dei motivi di esclusione eventuale dalla procedura di gara.

<sup>13</sup> Si tratta delle cosiddette "*misure di self cleaning*". In termini generali, cfr. 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, 247 ss..

### **3. La rilevanza delle valutazioni sottese alla individuazione dei motivi di esclusione per l'assenza dei requisiti di moralità e legalità dell'operatore economico: tra discrezionalità amministrativa e precomprensioni della P.A., secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato**

Alla luce del su delineato sistema nazionale dei motivi di esclusione, la giurisprudenza amministrativa ha recentemente ribadito che *“Nelle gare pubbliche il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di discrezionalità da parte dell'Amministrazione, cui spetta apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell'operatore economico, perché essa sola può fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente”*<sup>14</sup>.

Con tale affermazione di principio, il supremo Collegio Amministrativo ha rimarcato come le valutazioni discrezionali delle amministrazioni aggiudicatrici in *subiecta materia* acquistino particolare rilevanza in una duplice prospettiva: attribuiscono un ruolo specifico alle pregresse vicende professionali dell'operatore economico, qualificandole quali “gravi illeciti professionali”; tracciano il confine dell'efficacia delle iniziative intraprese dall'operatore economico, le cosiddette misure di “*self cleaning*”, la cui idoneità rileva ai fini del giudizio di affidabilità dell'operatore economico.

Non solo, gli effetti del sub-procedimento di verifica della sussistenza di eventuali motivi di esclusione dalla partecipazione degli operatori economici dalle gare pubbliche<sup>15</sup> si riverberano, generalmente, su diversi piani: quello della libertà di iniziativa economica<sup>16</sup>, da un lato; quello della corretta gestione della spesa pubblica, oltre che quello del superiore interesse pubblico all'esecuzione e prosecuzione del contratto, dall'altro.

Se, dunque, spetta alle stazioni appaltanti *“fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente”*, in un contesto norma-

<sup>14</sup> Ancora, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2022, n. 7823.

<sup>15</sup> L'operatività di tale subprocedimento, peraltro, non è confinata al solo momento di verifica ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione ma, in virtù del principio del possesso continuativo dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8), si estende fino all'esecuzione e alla fase del collaudo.

<sup>16</sup> In particolare, sotto il profilo dell'implicito riconoscimento del diritto alla prosecuzione dell'attività economica, parimenti tutelato dalla norma costituzionale di cui all'art. 41, unitamente al diritto di intraprendere e organizzare l'attività economica al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

tivo evidentemente poco dettagliato e assai generico, è gioco forza ritenere che, sia nella individuazione della sussistenza di eventuali illeciti professionali – e dunque della corretta interpretazione delle norme per la sussunzione dei casi concreti nell’ipotesi generale e astratta – sia nella qualificazione degli stessi come “gravi”, un ruolo – per certi aspetti predominante – giocano le cosiddette “precomprensioni” delle stazioni appaltanti nell’integrazione dei già menzionati concetti giuridici indeterminati.

In altri termini, attribuire all’amministrazione aggiudicatrice il potere di “*fissare il punto di rottura*” dell’affidamento nell’operatore economico, equivarrebbe a rimettere la valutazione ad una “sensibilità istituzionale” che potrebbe variare da amministrazione ad amministrazione, proprio in ragione delle precomprensioni possedute da ciascuna, derivanti, per esempio, dalla conoscenza, più o meno definita del territorio, ovvero dalla consapevolezza, più o meno ragionata delle realtà economico-sociali che le gravitano attorno<sup>17</sup>.

E ciò, con ricadute di non poco momento, non solo sui limiti del controllo giurisdizionale quanto ai contenuti dell’esercizio di tale discrezionalità, ma anche e soprattutto in termini di possibile incremento di comportamenti tipici della cosiddetta “amministrazione difensiva”<sup>18</sup> nella gestione degli appalti pubblici<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Su tali profili, appare illuminante H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Collezione Studi, Milano, Bompiani, 1983-2001. Secondo il filosofo, infatti, la condizione essenziale che determina e orienta l’azione conoscitivo-interpretativa è la «precomprensione», vale a dire l’insieme di pregiudizi e preconetti che testimoniano la nostra appartenenza a una tradizione e a una cultura determinate; pertanto «*colui che si pone a interpretare ha un legame con la cosa che è oggetto di trasmissione storica e ha o acquista un rapporto con la tradizione che in tale trasmissione si esprime*».

<sup>18</sup> In tal senso si rinvia al contributo di S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2019, 293-320, ove gli autori mettono in evidenza i dati sull’interventismo della Corte dei conti con dati sulle tempistiche di indizione degli appalti di lavori pubblici, quantificando gli effetti dell’amministrazione difensiva in un settore chiave per l’economia dell’azione amministrativa. Sul punto, si segnala anche un recente studio edito dalla Scuola Nazionale dell’Amministrazione, in particolare si rimanda a S. BATTINI, F. DECAROLIS, *Indagine sull’amministrazione difensiva*, in *Formare la PA - Rapporto SNA*, 2017-2020, 263-278.

<sup>19</sup> Si tratta, peraltro, di scongiurare una concezione “securitaria” dell’appalto pubblico – caratterizzata da atteggiamenti di esasperante prudenza – in vista dell’attuazione del principio costituzionale del “buon andamento” dell’amministrazione (*melius*: dell’interesse superiore all’esecuzione del contratto pubblico per il soddisfacimento dei fini stabiliti dalla legge), che garantisce alla stazione appaltante lo spazio necessario ad effettuare le valutazioni razionali che conducono a ritenere favorevole – sulla base di fatti debitamente circostanziati – la prognosi circa l’affidabilità dell’operatore.



Nel caso affrontato dalla sentenza in commento, il Collegio, partendo dalla *ratio* dei motivi di esclusione previsti dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, evidenzia che il giudizio sui gravi illeciti professionali, di cui al comma 5, lett. c) della medesima norma, è espressione di attività discrezionale da parte dell'amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento quanto alla sussistenza del requisito di affidabilità dell'appaltatore.

Aderendo ad un orientamento consolidatosi sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che, a fronte di tale discrezionalità, il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni dei provvedimenti di esclusione (o anche di aggiudicazione), deve essere mantenuto sul piano della “*non pretestuosità*” della valutazione degli elementi di fatto compiuta dalla stazione appaltante.

In definitiva, il provvedimento di esclusione, così come quello di aggiudicazione, deve essere caratterizzato dalla “*non manifesta abnormalità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto*” e il controllo giurisdizionale sull'atto medesimo “*non può pervenire ad evidenziare una mera non condivisibilità della valutazione stessa*”.

Del resto, l'ampiezza di tale discrezionalità, si giustifica anche in considerazione della non tipicità delle cause di esclusione previste dal più volte citato art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, dovendosi al riguardo confermare il generale assunto, per cui l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti, contenuta nella norma, è da considerarsi “*meramente esemplificativa*” per come è fatto palese sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornire la dimostrazione (dell'illecito professionale) ‘con mezzi adeguati’, sia dall'incipit della disposizione (“*Tra questi (id est, gravi illeciti professionali) rientrano: [...]*”)<sup>20</sup>.

Scendendo nel merito della questione, la sentenza ha inoltre chiarito che, seppur in assenza di provvedimenti definitivi che possano rilevare sia sul piano dell'accertamento penalistico, sia su quello civilistico e fiscale, spetta pur sempre all'amministrazione aggiudicatrice valutare autonomamente i fatti oggetto di accertamenti delle autorità giudiziarie, ovvero annotati nel casellario informatico dell'ANAC, quali indici sintomatici della non affidabilità dell'operatore economico, purché tale valutazione “*sia stata esternata mediante una adeguata motivazione che consente di cogliere e ricostruire l'iter logico – giuridico*”

<sup>20</sup> In termini, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2021, n. 4248.

*condotto dall'autorità di gara, che non evidenzia aspetti di manifesta illogicità o irragionevolezza*<sup>21</sup>.

Le questioni sollevate dalla sentenza in commento fanno riemergere, come già accennato, la problematica del ruolo assunto dalle precomprensioni sociali e dalle cosiddette massime di esperienza, tanto nell'attività legislativa di costruzione dei tipi legali generali ed astratti, quanto in quella amministrativa di accertamento della loro sussistenza nei singoli casi concreti.

Sul primo aspetto, a meno che non si ritenga che l'apparente difetto di determinatezza non sia in realtà una sorta di "delega all'interprete", per consentire all'amministrazione aggiudicatrice di tenere conto delle molteplici condizioni di variabilità dell'illecito professionale nell'applicazione della norma, soccorre il principio di legalità che impone al legislatore di porre norme che siano rispettose del dettato di cui all'art. 97 Cost., sotto il profilo del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione.

Ragion per cui le massime di esperienza di tipo socioeconomico possono anche incidere sulla redazione delle norme in materia di gravi illeciti professionali, ma a patto che non diano vita a fattispecie eccessivamente vaghe ed inafferrabili.

Sul versante dell'attività amministrativa – che in questa sede maggiormente rileva –, invece, ci si domanda se tale complesso di conoscenze sociali possa, addirittura, integrare il dettato di una data disposizione normativa, ovvero sostenere la motivazione di un provvedimento di esclusione, per esempio, che sottenda un *vulnus*, apparente, nella spiegazione del meccanismo causale tra determinati fenomeni che si intendono stigmatizzare.

In effetti, le opzioni interpretative delle norme sui motivi di esclusione dell'operatore economico, così come l'apprezzamento della idoneità delle misure di *self cleaning*, offerte dagli operatori economici sull'altare del ravvedimento, potrebbero risultare condizionate, in casi del genere, da una precomprensione del fatto, per come concretamente circostanziato, e dei valori connessi.

Di tutto ciò il supremo Collegio, nella sentenza in epigrafe, non tiene conto, limitandosi a chiarire che all'amministrazione aggiudicatrice spetterebbe anche ritenere verosimile che l'operatore economico non sia affidabile, giacché l'evidenza di determinate e pregresse vicende professionali a suo carico implica di per sé che quell'operato-

<sup>21</sup> Al riguardo, anche recentemente, cfr. TAR Lazio, ord., Sez. III, 16 settembre 2022, n. 5918; Id., Sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223.

re condizionerà o interferirà con la decisione pubblica di spesa per la realizzazione di certe opere o per la prestazione di determinati servizi o forniture.

Detto altrimenti: per il Consiglio di Stato, o si fornisce la prova dell'eccesso di potere che sottende la motivazione di un provvedimento escludente, ovvero si rinuncia all'affermazione della illegittimità dell'atto amministrativo, poiché le eventuali precomprensioni dell'amministrazione nella valutazione di affidabilità dell'operatore economico, eventualmente fondate anche su massime di esperienza o prognosi di condotta, valgono a supplire la mancanza degli elementi necessari per accertare che un operatore sia realmente inaffidabile.

Queste ultime, pur essendo necessarie in tali ambiti – come peraltro ha dimostrato la giurisprudenza ordinaria in altri e ristretti settori, per esempio, rispetto ai casi di relazioni ambigue tra associazioni mafiose e imprenditori, potenzialmente interpretabili o come forme di estorsione o, all'opposto, di concorso esterno in associazione mafiosa<sup>22</sup> –, devono essere sempre oggetto di attento riscontro onde evitare eccessi di potere che determinano applicazioni disomogenee, se non addirittura contraddittorie, delle norme che contribuiscono a definire ed integrare.

Per confermare la loro validità in casi come quello in esame non è sufficiente, quindi, una ricostruzione “impressionistica e puntiforme” dei fatti oggetto di valutazione, ma è necessario un vaglio analitico e completo delle effettive dinamiche di comportamento dei diversi operatori economici.

#### **4. Le recenti evoluzioni giurisprudenziali in materia di gravi illeciti professionali**

La giurisprudenza immediatamente successiva alla sentenza su citata appare di tenore leggermente diverso. Pur senza apparentemente contraddire l'assunto principale in virtù del quale la valutazione

---

<sup>22</sup> In tal senso, G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di Mafia. Scenari di Mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, 552, in cui gli autori considerano proprio il fenomeno della collusione tra associazioni mafiose ed imprenditori. Al riguardo, infatti, si è evidenziato che soprattutto in territori connotati dalla pervasiva presenza di consorzierie mafiose, le indagini storico sociologiche hanno rilevato come per alcuni operatori economici la mafia rappresenti un vincolo; per altri una opportunità. Sicché, nell'evolversi di talune forme di interazione, non di rado accade che imprenditori inizialmente siano vittime di estorsione e successivamente diventino complici dei mafiosi.

sui gravi illeciti professionali rientra nella discrezionalità amministrativa, appare tuttavia mitigativa dell'ampia libertà riconosciuta in precedenza all'amministrazione, quest'ultima concepita quale autonoma misura del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente.

Lo stesso Consiglio di Stato, infatti, con una diversa e successiva decisione – pronunciata a pochi giorni di distanza dalla sentenza in commento – ha chiarito che il giudizio sull'affidabilità dell'operatore non può fondarsi sull'*id quod plerumque accidit*.<sup>23</sup>

Più precisamente, il supremo Collegio precisa che la valutazione di inaffidabilità di un operatore economico spetta, sì, unicamente all'amministrazione aggiudicatrice – la sola in grado di valutare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente – ma non può, in nessun caso, compiersi secondo un giudizio di probabilità astratta, perché deve essere necessariamente operata in concreto, valutando il pregresso episodio, anche in relazione alla specificità del relativo contratto d'appalto.

Analogamente, la Terza Sezione del Consiglio di Stato, con un'ulteriore successiva pronuncia, tornando a perimetrare il confine tra discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale in materia di valutazione dei gravi illeciti professionali, rimarca l'inconsistenza di valutazioni che si fondino su massime di esperienza e principi generali, anche quando confluiscono in un provvedimento di aggiudicazione.<sup>24</sup>

In altri termini, è da escludere che le determinazioni dell'amministrazione aggiudicatrice si fondino su "precomprensioni" di carattere generale e ciò tanto con riferimento ad un provvedimento di esclusione di un operatore dalla procedura di gara, quanto ad un provvedimento di aggiudicazione.

In tale sentenza, convergendo con le conclusioni del giudice di prime cure, il Consiglio di Stato ha, dunque, ritenuto carente, sul piano motivazionale, il provvedimento di aggiudicazione fondato su parametri di carattere generale, come ad esempio, quello relativo alla pretesa irrilevanza degli illeciti perché commessi in epoche antecedenti la procedura di gara alla quale l'operatore aveva partecipato, ovvero per la mancanza di una sentenza di condanna, anche non definitiva.

Parimenti, i criteri che attribuiscono rilevanza al mero numero di gare aggiudicate dall'operatore economico, ovvero al fatto dell'a-

<sup>23</sup> Così, Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2022, n. 8336.

<sup>24</sup> In tal senso, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2022, n. 9015.

dozione, da parte del medesimo operatore, di misure *self-cleaning*, dimostratesi poi inadeguata a causa dall'adozione di ulteriori e successivi provvedimenti sanzionatori, non supportano adeguatamente la motivazione del provvedimento di aggiudicazione a favore di un determinato operatore economico.

Sulla scorta di tali premesse, il Consiglio di Stato ha precisato che l'amministrazione aggiudicatrice, nell'esercizio dell'attività valutativa discrezionale, deve porre attentamente le premesse di metodo, e cioè i criteri e i parametri di riferimento generale del futuro esercizio del potere valutativo<sup>25</sup>.

In definitiva, le valutazioni di non affidabilità soggettiva – così come quella di affidabilità – dell'operatore economico non possono concretarsi in alcun rigido automatismo decisionale, fondato su massime di esperienze e precomprensioni proprie della pubblica amministrazione, e, successivamente, coagularsi in giudizi preconcreti o calate in sillogismi che ottundano la motivazione stessa del provvedimento di ammissione o di esclusione da una procedura di gara. Altrettanto interessante, se analizzata dalla prospettiva fin qui proposta, appare l'ancor più recente sentenza del supremo Giudice Amministrativo con la quale vengono ribaditi i limiti applicativi dell'istituto del controllo giudiziario delle aziende, quanto agli effetti che la misura produce sulla partecipazione degli operatori economici alle procedure pubblicistiche, e quanto all'attività discrezionale di valutazione dell'efficacia della misura, qualificata come vincolata<sup>26</sup>. Anzitutto, il Collegio precisa che l'istituto previsto dall'art. 34-*bis* del Codice antimafia non consente all'operatore economico di ripristinare la regolarità della propria partecipazione alla gara, intervenendo con effetto sanante retroattivo tale da porre nel nulla la causa di esclusione derivata dall'essere stato destinatario di una comunicazione interdittiva antimafia emessa in fase di gara.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Interessante appare il passaggio della sentenza, relativamente alla valutazione dei giudizi penali pendenti in capo all'operatore economico, ritenuti dal RUP della Stazione appaltante, nella fattispecie che ha impegnato la Terza Sezione, ininfluenti sulla sola base della presunzione di non colpevolezza. Al riguardo, il Consiglio di Stato non solo ha rimarcato l'autonomia della valutazione penalistica rispetto a quella amministrativa. Ma, oltretutto, ha evidenziato come la mancanza di un accertamento definitivo può si rilevare, nella singola vicenda, allorquando sussistano, però, anche altri fattori quali, a titolo esemplificativo, l'assenza di risultanze istruttorie chiare o di provvedimenti che le abbiano valorizzate, ovvero di ulteriori elementi di riscontro.

<sup>26</sup> Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2022, n. 8558.

<sup>27</sup> In tale materia, la giurisprudenza amministrativa è più volte intervenuta a dirime-

Inoltre, proprio in considerazione della natura cautelare dell'istituto del controllo giudiziario delle aziende, e della circostanza per la quale la comunicazione interdittiva antimafia determina una particolare forma di incapacità giuridica parziale, il decreto *ex art. 34-bis* del Codice antimafia non modifica il giudizio in ordine alla sussistenza dei pericoli di infiltrazione mafiosa ma, in realtà, lo conferma implicitamente.

Stando così le cose, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe adottare un provvedimento di esclusione, ovvero di revoca dell'aggiudicazione, ovvero ancora recedere dal contratto – a seconda della fase in cui interviene il provvedimento antimafia – non potendo assumere provvedimenti a contenuto diverso.

Coerentemente, i Giudici della Quinta Sezione hanno quindi respinto anche le censure relative alla dedotta violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, tenuto conto che, nel caso di specie, trovava applicazione l'art. 21-*octies* della medesima legge, giacché la partecipazione procedimentale dell'appellante non avrebbe potuto portare ad un esito diverso da quello effettivamente verificatosi e concretatosi nell'adozione del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

---

re i contrasti interpretativi derivanti dall'applicazione della disciplina, specialmente con riferimento ai rapporti tra l'intervenuta concessione del controllo giudiziario delle aziende e la fase della procedura di affidamento nella quale si trovava l'operatore economico sottoposto alla misura di cui al citato art. 34-*bis* del Codice Antimafia. Al riguardo si rinvia alla recente giurisprudenza in materia: per quanto concerne le ipotesi di partecipazione dell'operatore attinto da comunicazione interdittiva antimafia, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2022, n. 2847; per l'ipotesi dell'ottenimento da parte dell'operatore economico della misura di cui all'art. 34-*bis* del Codice antimafia successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, si veda ancora Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2022, n. 2847.

Per la diversa ipotesi di ottenimento della misura del controllo giudiziario delle aziende prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, si veda poi Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2022, n. 3606.

Infine, per le ipotesi di concessione della misura del controllo giudiziario delle aziende nelle more dell'esecuzione del contratto, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2021, n. 4619, nonché, in senso parzialmente difforme, Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2022, n. 8558 che con riferimento ad un caso analogo, in relazione ad una informazione interdittiva antimafia adottata nei confronti di una consorziata esecutrice, è tornata a ribadire il generale principio per cui il provvedimento del controllo giudiziario delle aziende non ha efficacia retroattiva e non consente all'operatore economico di ripristinare la regolarità della propria partecipazione alla gara, intervenendo come effetto sanante retroattivo tale da porre nel nulla la causa di esclusione derivata dall'essere stato destinatario di una interdittiva antimafia emessa in fase di gara.

L'argomentazione prospettata dal Collegio appare interessata ed è gravida di conseguenze sul piano della discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nella valutazione del possesso dei requisiti generali da parte dell'operatore economico.

Richiamando l'articolo 21-*octies* della legge n. 241/1990, infatti, il Consiglio di Stato riconduce – nel caso di specie – la valutazione dell'efficacia della misura del controllo giudiziario delle aziende nell'alveo della discrezionalità tecnica, risultando, dunque, vincolata la natura del provvedimento che l'amministrazione adotta in casi di tal fatta.

## 5. Conclusioni

I motivi di esclusione previsti dalla vigente disciplina del Codice dei contratti pubblici – come osservato – rilevano ai fini della partecipazione degli operatori economici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici in quanto, dal riscontro della loro concreta sussistenza, dipende l'ammissione dell'operatore alla gara, ovvero il diritto alla prosecuzione del contratto eventualmente già affidato. *Melius re perpensa*, in considerazione della formulazione aperta delle norme dettate in materia di esclusione dalla procedura di gara di un operatore economico, sarebbe, forse, più corretto affermare che dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice della sussistenza o meno delle suddette cause di esclusione – spettando ad essa stabilire il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente – dipende l'ammissione dell'operatore alla gara, ovvero il diritto alla prosecuzione del contratto eventualmente già affidato.

Il *case-law* del Consiglio di Stato approfondito ha dimostrato come il carattere largamente discrezionale dell'attività di valutazione dei gravi illeciti professionali da parte della stazione appaltante, potrebbe non garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Tant'è che la immediata successiva giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato sembra delimitare tale discrezionalità, arrivando ad attrarla – nel richiamato caso delle valutazioni sull'efficacia della misura del controllo giudiziario delle aziende – nell'alveo della discrezionalità tecnica<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Non a caso la “*Relazione agli articoli e agli allegati*” dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n.

Le osservazioni fin qui condotte appaiono confortate non soltanto dall'evidente circostanza che, sovente, il contenzioso animato dall'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 ha ad oggetto proprio l'esercizio della discrezionalità amministrativa nella valutazione della sussistenza o meno dei gravi illeciti professionali, della loro effettiva gravità, nonché del livello di efficacia delle misure di *self cleaning* eventualmente adottate dall'operatore economico, evidenziando un labile confine tra mero e legittimo esercizio della discrezionalità e valutazioni discrezionali condizionate dalla "sensibilità istituzionale" propria di ciascuna stazione appaltante.

Ma anche dalla ulteriore e interessante circostanza per la quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione, con atto di segnalazione n. 3, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 370/2022, ha rappresentato al Governo e al Parlamento l'opportunità di modificare l'art. 80, comma 5, lett. c), *c-bis*), *c-ter*) e *c-quater*), proprio in ragione, tra le altre, della criticità rappresentata dalla mancanza di tassatività delle fattispecie ostative rientranti nella categoria dei gravi illeciti professionali.

In particolare, l'ANAC ha stigmatizzato la disciplina dettata in materia di gravi illeciti professionali per l'assenza di specificità delle ipotesi normative previste dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, sia con riferimento alla classificazione delle tipologie di illeciti, sia relativamente all'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione, alla rilevanza delle condotte nelle gare successive, nonché alla necessità di evitare la doppia valutazione della medesima violazione<sup>29</sup>.

L'esigenza di una perimetrazione del tipo di illecito e della sua gravità, peraltro, è stata da ultimo recepita dal legislatore che ha conferito al Governo la delega in materia di contratti pubblici<sup>30</sup>.

A tal proposito, infatti, il legislatore delegante ha previsto, tra i prin-

---

78, recante "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*", predisposta dal Consiglio di Stato e trasmessa alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in data 7 dicembre 2022, con riferimento all'art. 95 del nuovo testo - che ripropone in massima parte la disposizione di cui al vigente art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici in materia di gravi illeciti professionali e gli altri motivi di esclusione facoltativi - chiarisce proprio come, "*il potere demandato alla Stazione appaltante non riposa in una volizione, ma in un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica*".

<sup>29</sup> Così, ANAC, Atto di segnalazione n. 3/2022 cit., 5 ss.

<sup>30</sup> Il riferimento è alla legge delega 21 giugno 2022, n. 78, recante "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*".



cipi ed i criteri direttivi della delega, “*la razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l’illecito professionale di cui all’articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014*”<sup>31</sup>.

E, infatti, lo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, predisposto dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, in attuazione della Delega al Governo in materia di contratti pubblici, ha previsto una maggiore tassatività delle fattispecie di esclusione, vincolando le stazioni appaltanti nella relativa valutazione discrezionale<sup>32</sup>, anche riqualificando taluni motivi di esclusione da facoltativi a automatici<sup>33</sup>.

L’auspicio, in definitiva, è che dall’approccio applicativo e dai contrasti giurisprudenziali possa trarsi lo spunto necessario per una revisione complessiva delle norme sull’esclusione prevista dal vigente Codice dei contratti pubblici, anche al fine di evitare applicazioni eccessivamente soggettivizzanti dei motivi di esclusione dalle gare pubbliche, tali da pregiudicare il principio di legalità e buon andamento delle procedure ad evidenza pubblica, specialmente nell’attuale contesto storico, ove la ripresa “post-pandemica” dipende proprio dalla rapida e corretta gestione dei finanziamenti pubblici assicurati dal Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza.

---

<sup>31</sup> Cfr. art. 1, comma 2, lett. n), l. n. 78/2022.

<sup>32</sup> Sul punto, cfr. anche la precedente nota n. 28.

<sup>33</sup> Al riguardo, si rinvia all’articolato dello Schema definitivo e, in particolare, alle ipotesi contemplate dall’art. 94, comma 5, dalla lett. a) alla lett. f).

