

Nel **comma 3**, venendo incontro a sollecitazioni provenienti dalle amministrazioni appaltanti, si è stabilito che a presiedere la commissione non debba essere necessariamente un dirigente, ma un dipendente dotato di adeguato inquadramento giuridico e di competenze professionali idonee; allo stesso tempo è stato definitivamente chiarito che il RUP può far parte della commissione giudicatrice.

In un sistema imperniato sulla commissione composta da c.d. interni, sempre nel terzo comma è stato previsto che, in caso di carenza in organico di professionalità adeguate a valutare gli aspetti tecnici delle offerte è possibile ricorrere a personale di altre amministrazioni ovvero a professionisti esterni, nel rispetto del principio di pubblicità e di trasparenza.

Nel **comma 4** è stato stabilito – anche in questo caso recependo esigenze di semplificazione e forte accelerazione delle procedure – che la commissione possa riunirsi sempre anche in via telematica, ferma la necessità di garantire la riservatezza delle comunicazioni.

Il **comma 5** riguarda le incompatibilità dei commissari. La disciplina è fortemente innovativa, poiché è stata eliminata l'ipotesi della incompatibilità endo-procedimentale, che aveva comportato disagi alle stazioni appaltanti (specie di dimensioni ridotte) impedendo loro di nominare commissari dipendenti che nelle fasi precedenti della procedura si erano occupati dell'appalto. Si è reputato opportuno superare la presunzione di condizionamento sulla scelta dell'aggiudicatario, preferendo l'idea che essi, conoscendo in maniera più approfondita l'oggetto dell'appalto, possano più agevolmente individuare l'offerta migliore.

È stata mantenuta, invece, l'incompatibilità derivante dall'aver assunto in precedenza cariche politiche nella medesima stazione appaltante, e quelle derivanti da precedenti penali, dal conflitto di interesse e dalle ragioni che giustificano l'astensione ai sensi dell'art. 51 del codice di procedura civile.

Non è sembrato necessario riprodurre espressamente la norma dell'art. 77, comma 9, del decreto legislativo n. 59 del 2016, essendo sottinteso che al momento dell'accettazione della nomina i competenti della commissione devono sempre dichiarare di non trovarsi in alcuna delle situazioni che determinano l'obbligo di astensione o la sua opportunità, essendo stato tra l'altro puntualmente richiamato al comma 5, lett. c), l'art. 51 c.p.c.

Nel **comma 6** è stata mantenuta la previsione della possibilità per la commissione giudicatrice di riesaminare le offerte anche in seguito ad annullamento di una prima aggiudicazione (salvo che l'annullamento non sia dipeso da vizi della commissione stessa), avendo detta disposizione risolto un dubbio che si era posto nella pratica delle stazioni appaltanti.

Il **comma 7** costituisce una novità. Per la prima volta è disciplinato il seggio di gara, che può essere nominato anche in composizione monocratica nelle procedure da aggiudicare al prezzo più basso, stabilendo che allo stesso non si applicano le incompatibilità previste per i commissari salvo quelle derivanti da precedenti penali, dal conflitto di interesse o dalle ragioni che giustificano l'astensione ai sensi dell'art. 51 del codice di procedura civile.

Capo II – I requisiti di ordine generale (articoli 94-98)

Queste le più rilevanti novità dell'articolato complessivo che si ritiene opportuno segnalare in via preliminare.

Sotto il profilo formale e di collocazione:

- a) la formulazione di cinque distinti articoli (in luogo del vigente art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016); detta opzione si è resa opportuna a fini di semplificazione e chiarificazione, per consentire agli operatori economici ed alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di meglio orientarsi;
- b) invero, la disposizione di cui all'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016 è stata quella sulla quale si è concentrata la maggior parte del contenzioso in materia di contratti pubblici: essa, sebbene mutuasse in larga parte il testo dell'art. 57 della direttiva n. 24/2014, neppure distingueva al proprio interno le cause di

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

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

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

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

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

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

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

Sotto il profilo sostanziale:

- a) ampliamento della disciplina del c.d. “self cleaning” (art. 96, commi 2-6) e allargamento dello spettro temporale di rilevanza dell’ammissione al controllo giudiziario *ex art. 34-bis* del decreto legislativo n. 159 del 2011, quanto alle c.d. “interdittive antimafia” (art. 94, comma 2);
- a1) a tale ampliamento, ha fatto da “contrappeso” la espressa previsione nel medesimo art. 94, comma 2, che “*in nessun caso l’aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato*” e l’analoga previsione generale di cui all’art. 96, comma 5;
- b) dall’ambito delle figure soggettive destinatarie delle cause di esclusione obbligatoria di cui al vigente comma 3 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016 sono stati espunti i riferimenti ai “soggetti cessati” dalla carica nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (riferimento, questo, non presente nella direttiva, che obbligava le imprese ad incumbenti imponenti e che ha scatenato una

forma di “caccia all’errore” o alla dimenticanza da parte delle imprese controinteressate, dal che è scaturito un rilevante contenzioso); del pari è stato espunto il riferimento del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro; è stato inserito un espresso riferimento agli amministratori di fatto con ciò codificandosi un saldo approdo della giurisprudenza);

- c) è stato chiarito al comma 14 dell’art. 96 che, fermo restando l’onere dell’operatore economico di comunicare alla stazione appaltante o all’ente concedente la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione, l’omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima non costituisce di per sé causa di esclusione, ma può rilevare per la valutazione di inaffidabilità sottesa all’illecito professionale;
- d) con riferimento alla predisposizione del separato articolo tipizzante l’illecito professionale (art. 98), il coordinamento di quest’ultimo con la disciplina generale sui motivi di esclusione (artt. 94, 95 e 96) è stato strutturato nei termini che seguono:

I) si è rimessa alla disposizione generale in materia di cause di esclusione di cui all’art. 96 la disciplina “cornice” in punto di:

- individuazione del momento iniziale di decorrenza del triennio per ciascuna causa non automatica di esclusione;

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

II) è stata invece rimessa all’art. 98 sull’illecito professionale la individuazione dell’autorità competente a disporre l’esclusione facoltativa, nonché la enumerazione e descrizione delle fattispecie rilevanti e dei mezzi di prova delle medesime: ivi, peraltro, quanto alle fattispecie penalmente rilevanti, è stata perimetrata la portata dell’obbligo motivazionale in relazione alla diversa valenza dimostrativa delle “fonti” utilizzate dalla stazione appaltante ove si risolve ad avvalersi di tale causa facoltativa di esclusione.

Art. 94

Il **comma 1** corrisponde al comma 1 del vigente art. 80.

Durante i lavori della Commissione era emersa l’eventualità di alleggerire viepiù l’articolato, allocando in un apposito allegato sia l’elencazione dei reati comportanti esclusione obbligatoria, di cui al comma I dell’art. 80 del decreto legislativo n. n. 50 del 2016, che l’elencazione delle figure soggettive destinatarie delle cause di esclusione obbligatoria di cui al comma 3 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Tuttavia, anche per consentire una rapidità di consultazione e la lettura unitaria dell’articolato, si è preferito conservare immutato il comma 1 dell’art. 94 (corrispondente al comma 1 dell’art. 80 del decreto legislativo n. n. 50 del 2016) e di mantenere in seno all’articolo il comma III relativo alle figure soggettive (corrispondente al comma III dell’art. 80 del decreto legislativo n. n. 50 del 2016) seppur con le modifiche che saranno di seguito illustrate.

Il **comma 2** (corrispondente al comma 2 del vigente art. 80) è stato modificato nei termini che seguono: armonicamente alla generale disciplina sul *self-cleaning* di matrice europea (quest’ultima contenuta ai commi 2-6 dell’art. 96) è stata prevista l’inoperatività della causa di esclusione discendente dall’emissione di una misura interdittiva antimafia ove l’impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario *ex art. 34 bis* del decreto legislativo n. 159/2011 entro la data dell’aggiudicazione; nell’Atto di segnalazione Anac n. 3 del 27 luglio 2022 (e nelle successive proposte emendative del 25 luglio 2022) si era fatta presente l’opportunità di

“allineare l’ambito soggettivo di applicazione del requisito previsto dall’art. 80, comma 2, decreto legislativo n. 50/2016, rispetto ai soggetti sottoposti alle verifiche antimafia ai sensi dell’art. 85 del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. n. 159/2011)”.

L’osservazione è stata approfonditamente ponderata, ma tenuto conto dell’amplissimo spettro soggettivo di cui all’elencazione contenuta nella disposizione in ultimo citata (cfr. lett. e) del medesimo art. 85 del decreto legislativo n. 159 del 2011) si è ritenuto corretto “confermare” l’opzione contenuta nel vigente codice e non allargare vieppiù il perimetro soggettivo; esso è stato pertanto ancorato (come già nel codice vigente) ai soggetti elencati al comma 3 del testo proposto.

Quanto ai **commi 3 e 4** (corrispondenti al comma 3 dell’art. 80):

a) la indicazione delle figure soggettive cui riferire la causa di esclusione (che si è ritenuto di conservare in quanto è stata di ausilio per la giurisprudenza) è stata mantenuta in seno all’articolato (originariamente, come prima chiarito, si era ipotizzato di dislocarla in un allegato al codice alleggerendo l’articolato);

b) è stata espunta la disposizione del comma 3 dell’art. 80 in punto di esclusione per fattispecie attingente i soggetti cessati, in quanto non presente nella direttiva; del pari è stato espunto il riferimento del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro; ciò non sembra implicare alcun indebolimento delle esigenze di tutela sociale e di legalità e trasparenza degli affidamenti pubblici, anche laddove si consideri che il comma 3, nel fare riferimento alla formulazione “casistica”, contempla (innovativamente rispetto al testo del “corrispondente” comma 3 dell’art. 80) la figura dell’ “amministratore di fatto” (con ciò recependosi un consolidato quanto avveduto orientamento della giurisprudenza). In sostanza, è sembrato che il riferimento ai soggetti cessati, per un verso comportasse un inutile appesantimento dei possibili oneri in capo agli offerenti, e, per altro verso, fosse privo di giustificazione, in quanto riferibile a soggetti non facenti (più) parte della compagine societaria e suscettibile di trovare “copertura”, nella ipotesi di strumentale cessazione dalla carica e continuazione dell’attività gestoria, nel riferimento all’amministratore di fatto e che analoghe considerazioni potessero traslarsi alla figura del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro.

Più in particolare si fa presente che:

quanto all’estensione del contagio anche ai membri del consiglio di amministrazione privi del potere di rappresentanza si osserva quanto segue:

D) la nozione di membro del consiglio di amministrazione non è detto si riferisca anche ad amministratori privi di rappresentanza in quanto:

- in alcuni stati membri la funzione di amministratore si accompagna al potere di rappresentanza (Germania);
- anche nel diritto interno è così in termini generali, salvo diversa decisione convenzionale, nelle società semplice, nella società in nome collettivo e nella società in accomandita semplice “fra le funzioni di cui gli amministratori sono per legge investiti vi è anche quella di rappresentanza della società; - quanto sopra anche in relazione ai soci accomandatari della società in accomandita semplice (rinvio dell’art. 2315 c.c.); - nella società a responsabilità limitata “*gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società*” e “*le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall’atto costitutivo o dall’atto di nomina, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società*” (art. 2475 bis c.c.), non così nella società per azioni;
- l’art. 9 della direttiva n. 1132 del 2017 (sulle società) fa riferimento al potere di rappresentanza degli organi “*gli atti compiuti dagli organi sociali obbligano la società nei confronti dei terzi*”;
- la sovrapposizione fra la nozione di amministratore e di rappresentante si evince anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: “*il diritto dell’Unione muove dalla premessa che le persone giuridiche agiscono tramite i propri rappresentanti. Il comportamento contrario alla moralità professionale di questi ultimi può quindi costituire un elemento rilevante ai fini della valutazione della moralità professionale di un’impresa. È quindi*

senz'altro possibile per gli Stati membri, nell'esercizio della loro competenza a stabilire le condizioni di applicazione delle cause facoltative di esclusione, prendere in considerazione, tra gli elementi rilevanti ai fini della valutazione dell'integrità dell'impresa offerente, l'eventuale esistenza di condotte degli amministratori di tale impresa contrarie alla moralità professionale" (sez. IV, 20 dicembre 2017, in causa C-178/16).

- sulla vigente formulazione della norma non risulta sia stata avviata alcuna procedura di infrazione;

Pertanto, considerando quanto sopra si è ritenuto di mantenere, sotto tale profilo la vigente formulazione (che riferisce il contagio ai soli amministratori con rappresentanza) in quanto meno gravosa per le imprese, anche in ragione del fatto che qualunque modifica di detta disposizione rischia di produrre nuovo contenzioso.

II) quanto alla valutazione dell'eventuale mantenimento del c.d. "contagio" con riguardo ai soci di maggioranza: - la dottrina giustifica l'estensione, ad opera del decreto-legge n. 70/2011, del contagio ai soci "per risolvere problemi di controllo" (quindi fa riferimento alla nozione contenuta in direttiva);

- "l'obbligo di rendere le dichiarazioni in questione, prima previsto per i soli soci delle società di persone, è stato introdotto con il DECRETO-LEGGE 13 maggio 2011, n. 70, per evitare che partecipino alle gare società i cui soci con posizione azionaria idonea a influire sulle scelte gestionali abbiano precedenti penali pur non essendo rappresentanti legali delle società" (Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2013 n. 513);

- anche la giurisprudenza ritenne a suo tempo necessaria, per assicurare la compatibilità con la direttiva del 2004, ricomprendervi i soci di maggioranza: "*questa è l'unica esegesi compatibile con il diritto eurounitario, ed in particolare con il disposto dell'art. 45, dir. 2004/18/CE, laddove è inequivocabilmente precisato che le richieste della dimostrazione dei requisiti di moralità e carenza di pregiudizi penali devono riguardare"... le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente*" (Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975).

Ma il riferimento espresso all'amministratore "di fatto" sembra in realtà elidere a monte le preoccupazioni sottese a tali considerazioni (non a caso, la giurisprudenza più recente si è saldamente orientata in tal senso, con riferimento anche alla figura del "gestore di fatto", o del "socio sovrano", cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 febbraio 2022, n. 768; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 novembre 2020, n. 7471).

Per tale ragione, si è preferito espungere l'espressione, contenuta al comma 3 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016 "ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio".

c) con più specifico riferimento, al **comma 4**, sembra necessario evidenziare quanto segue.

Quanto al socio persona giuridica si è formata, *de iure condito*, una duplice giurisprudenza:

- la persona giuridica non rileva rispetto alla previsione del contagio al socio unico, in quanto riferita espressamente al solo socio unico persona fisica (Consiglio di Stato, sez. V, 2 ottobre 2020 n. 5782);

- la persona giuridica rileva quale socio di maggioranza (Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975).

Il riferimento agli amministratori sembra corretto in quanto la gestione delle partecipazioni nelle società altrui non rientra nel potere dell'assemblea ai sensi dell'art. 2364 e ss. c.c. mentre rientra nel potere di gestione degli amministratori ai sensi dell'art. 2380 *bis*, a meno che non sia attribuito dallo statuto ad altro organo.

Il **comma 5** raggruppa talune cause di esclusione obbligatoria che prima si rinvenivano "sparse" nell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016; ivi, in particolare:

I) è stata inserita alla lett. c) una specifica causa di esclusione obbligatoria (art. 47, comma 2, del decreto-legge n. 77/2021) riguardante la categoria di appalti PNRR: sebbene non riguardi tutti gli appalti è sembrato opportuno, per la centralità del PNRR, inserirla nell'articolato generale;

II) è stata inserita *sub* lett. d) di questo “nuovo “comma 5 la causa di esclusione relativa alle procedure concorsuali di cui alla lett. 5 b) dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016; essa va considerata “obbligatoria” in quanto discende dal nostro sistema giurisdizionale, opera automaticamente e necessariamente salvo provvedimento del Giudice civile (in sostanza, facendo riferimento alla direttiva 24/2014 si dovrebbe fare riferimento all’ art. 57 comma IV “gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere”); più specificatamente, non sembra dubitabile che essa possa essere considerata una causa obbligatoria di esclusione in quanto:

- le direttive europee sugli appalti, a partire dalla prima, la n. 305 del 1971, sino all’ultima, la n. 24 del 2014, pur contemplando (quest’ultima all’art. 57.4, lett. b) il fallimento e le altre procedure concorsuali tra i possibili motivi di esclusione, hanno tuttavia sempre rimesso agli stati membri e alle loro amministrazioni aggiudicatrici la scelta se e come escludere i concorrenti che si trovano in tali situazioni;

- *“non contempla un’uniformità di applicazione delle cause di esclusione che esso prevede a livello dell’Unione, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto tali cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale”* (Corte di giustizia 28 marzo 2019, in causa C-101/18):

Ciò, per come formulata la disposizione (*“che l’operatore economico sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dai commi da 1 a 4 dell’articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell’insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all’articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 e dall’articolo 110”*) deve essere valutata la sufficienza della procedura introdotta ai commi 7 e 8 dell’art. 80 così come proposto a “coprire” le situazioni enucleate dalle Adunanze plenarie nn. 9, 10 e 11 del 2021, facendo espresso riferimento al concordato preventivo.

In base all’art. 186 *bis*, comma 4, della legge fallimentare (che è cosa diversa dall’ammissione alla procedura di concordato di cui all’art. 163), tra il deposito della domanda e il decreto di apertura della procedura la partecipazione alle gare pubbliche è possibile purché sia autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato (un ulteriore indice, in favore della possibilità di partecipare alle gare anche prima dell’ammissione al concordato, si ricava inoltre dall’art. 5 del d.m. 31 gennaio 2015 in tema di regolarità contributiva).

In base all’art. 110, comma 4, del codice della crisi di impresa, alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all’art. 40 del codice della crisi di impresa e dell’insolvenza (*“domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza e alla liquidazione giudiziale”*) *“si applica l’art. 95 del medesimo codice”*.

Ai sensi dei commi 3 e 4 dell’art. 95 *“successivamente al deposito della domanda di cui all’articolo 40, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato”* e *“l’autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto”*.

Ad. plen. 9 del 2021:

- la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva, ai sensi dell’art. 161, comma 6, della legge fallimentare non integra una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, essendo rimesso in primo luogo al giudice fallimentare in sede di rilascio dell’autorizzazione di cui all’art. 186 *bis*, comma 4, e al quale l’operatore che ha chiesto il concordato si deve tempestivamente rivolgere fornendo all’uopo le informazioni necessarie, valutare la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale;

- la partecipazione alle gare pubbliche è dal legislatore considerata, a seguito del deposito della domanda di concordato anche in bianco o con riserva, come un atto che deve essere comunque autorizzato dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato, ai sensi dell'art. 186 bis, comma 4, da ultimo richiamato anche dagli articoli 80 e 110 del codice dei contratti; a tali fini l'operatore che presenta domanda di concordato in bianco o con riserva è tenuto a richiedere senza indugio l'autorizzazione, anche qualora sia già partecipante alla gara, e ad informarne prontamente la stazione appaltante;

- l'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa.

Ad. plen. 11 del 2021: l'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale.

La disciplina (contenuta nella legge fallimentare e nel codice della crisi di impresa) non specifica che l'autorizzazione (e gli altri atti richiesti) debba intervenire entro l'aggiudicazione. Il dato è però ricavabile dai commi 5 e 6 dell'art. 96.

Nondimeno si ritiene che, nel caso intervenga detta autorizzazione, la valutazione che deve operare la stazione appaltante non è discrezionale.

La disciplina necessita quindi di essere integrata sia in riferimento alla legge fallimentare, sia in riferimento alla disciplina contenuta nel codice della crisi di impresa, valutando se la modifica vada collocata nel comma 4 lett. d) o (forse più propriamente) nei commi 7 e 8 dell'art. 80 nella formulazione che viene proposta. La previsione contenuta nel codice della crisi di impresa, è stata recentissimamente modificata in quanto è entrata in vigore il 15 luglio 2022: pertanto si è ritenuto di fare rinvio dinamico al testo della medesima.

È stata altresì disposta all'art. 226, comma 8, una parziale modifica, però, del detto novellato art. 95 del codice della crisi di impresa, limitatamente al comma 5 - (*"Fermo quanto previsto dal comma 4, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale"*) soltanto espungendo da esso un periodo.

III) tenuto conto della indicazione di cui al comma 15 dell'art. 96 (corrispondente all'art. 80 comma 12 del decreto legislativo n. 50/2016, il cui testo è stato conservato *in parte qua* immutato, salva la soppressione del riferimento alla colpa grave sulla quale ci si soffermerà in sede di specifica relazione all'art. 96) sono state inserite nel comma 5, lett. e) ed f), del testo dell'art. le fattispecie di cui all'art. f-ter) e g) del comma 5 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016: dalle stesse è stato unicamente espunto il riferimento all'Osservatorio ANAC;

IV) quanto più in particolare al comma 5, lett f), del testo proposto corrispondente alla lett g) del comma 5 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016 il riferimento è al regolamento previsto dall'art. 100 (corrispondente all'83 del d.Lgs n. 50 del 2016) commi 3,4 e 7.

Il **comma 6**, corrisponde alla prima parte comma 4 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (esclusione "obbligatoria" da omesso pagamento di imposte tasse e contributi).

Come è noto, il comma 4 del decreto legislativo n. 50 del 2016 raggruppava sia una causa obbligatoria di esclusione, che una "facoltativa", aventi la medesima "causale" (omesso pagamento di imposte, tasse contributi previdenziali).

In ossequio alle esigenze di chiarezza che hanno condotto a collocare in distinti articoli le cause "automatiche" e quelle "non automatiche" (rispettivamente: art. 94 e art. 95) si è preferito strutturare due distinte previsioni, l'una allocata tra le esclusioni "automatiche"(art. 94 comma 6), e l'altra (art. 95 comma 2), tra le "non automatiche"; l'articolato di cui al comma 6 del testo proposto è stato decongestionato in quanto la nozione di

“grave violazione” definitivamente accertata comportante esclusione obbligatoria è stata dislocata nell’Allegato II.10 al codice, ed al successivo comma 7 è stata indicata la valenza dell’Allegato suddetto e le modalità di eventuale successiva modifica del medesimo.

Nel **comma 7** si prevede che, in sede di prima applicazione del codice, l’allegato di cui al comma 6 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Il **comma 8** del testo proposto contiene, immutata, la previsione di cui all’ultima parte del comma 3 dell’art. 80.

Allegato II.10

Questo allegato, in tema di individuazione delle violazioni gravi agli obblighi in materia di imposte e tasse ed agli obblighi previdenziali, riproduce integralmente il recentissimo d.m. 22 settembre 2022, emanato in attuazione dell’art. 80, comma 4, del vigente decreto legislativo n. 50/2016, come modificato dall’art. 10, comma 1, lettera c), n. 2, della legge 23 dicembre 2021, n. 238 (“Legge europea 2019-2020”).

Art. 95

Il proposto **comma 1** dell’art. 95 prevede le cause di esclusione “non automatiche” (in passato in massima parte disciplinate al comma 5 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016).

La ragione della modifica rispetto alla denominazione di “cause di esclusione facoltativa”, sino a questo momento invalsa, riposa nella constatazione che essa si prestava ad ingenerare l’equivoco per cui, pur in presenza di un motivo di esclusione (rientrante tra quelli “facoltativi”), la stazione appaltante potesse stabilire di non disporre l’esclusione dell’operatore economicomma

In realtà, il Legislatore del 2016, nel trasporre l’art. 57 della direttiva n. 24/2014, aveva correttamente fatto riferimento alla previsione ivi contenuta secondo la quale “gli Stati membri possono esigere che le amministrazioni aggiudicatrici escludano” (cfr. la disposizione di cui al comma 6 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016).

In sintesi, 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: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata. È stato pertanto considerato che l’aggettivo “non automatiche” (peraltro a più riprese utilizzato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale: cfr. Consiglio di Stato ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9) meglio rendesse detto concetto, al contempo tracciando un confine chiaro rispetto alle cause di esclusione “automatica” annoverate nell’art. 94 (laddove nessun margine di apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante, che deve limitarsi a riscontrarne la sussistenza)

Quanto alla “organizzazione” del comma si è ritenuto in proposito di:

I) indicare nella parte iniziale del comma tutte quelle cause facoltative di esclusione “diverse” dagli illeciti professionali.

1) a tal proposito, in particolare, quelle di cui al testo del comma 1, lett. a), b) e c) - corrispondenti, nell’ordine, al comma 5 dell’art. 80, lett. a), d), e), del decreto legislativo n. 50/2016, sono rimaste nella sostanza immutate; è utile in proposito far presente che la fattispecie di cui alla lett a) è considerata dalla direttiva una causa facoltativa di esclusione (art. 57, par. 4 lett. a) in relazione all’art. 18 comma 2 della direttiva);

2) quanto invece a quella di cui al testo del comma 1, lett. d) (corrispondente, al comma 5 dell'art. 80, lett. m) la formulazione proposta tiene conto dell'art. 57 par. 4 lett. d) della direttiva e della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Invero, in forza dell'art. 57, par. 4, lett. d) della direttiva, l'amministrazione deve disporre di "*indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici al fine di falsare la concorrenza*".

La Corte di giustizia ha sottolineato che l'amministrazione deve valutare il concreto impatto, in termini di influenza, del comportamento dei soggetti che hanno presentato le offerte sulla procedura di gara ("*il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare. La constatazione di un'influenza siffatta, in qualunque forma, è sufficiente per escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi. Per contro, la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura*") (Corte di giustizia 19 maggio 2009, in causa C-538/07).

Sicché si è ritenuto di qualificare gli elementi probatori di cui l'amministrazione deve essere in possesso al fine di valutare la ricorrenza della circostanza escludente in esame nel senso di richiedere che siano rilevanti e non solo plausibili, considerato che la giurisprudenza della Corte di giustizia richiede l'accertamento in concreto dell'impatto dell'offerta concordata sulla specifica gara.

Si è mantenuto il richiamo al presupposto, già previsto nella precedente formulazione, dell'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale in quanto compatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia e con la giurisprudenza amministrativa (Corte di giustizia, 19 maggio 2009, in causa C-538/07).

Si è fatto riferimento agli accordi quale presupposto della ricorrenza dell'unico centro decisionale che ha influenzato il contenuto delle offerte presentate in ragione dell'espressione utilizzata nella stessa direttiva, già ritenuta comprensiva di eventuali situazioni di controllo e collegamento societario (rilevanti in senso escludente solo se connotate nel senso delineato dalla lett. d) nella formulazione proposta).

II) armonicamente alla previsione della lett. n) della legge-delega, la categoria degli illeciti professionali (sulla quale più volte ha avuto modo di confrontarsi la giurisprudenza) ha formato oggetto di autonomo articolo (art. 98) nel quale (come meglio si specificherà in sede di relazione specifica alla detta disposizione) sono confluite, tra l'altro, seppur parzialmente modificate, le previsioni di cui alle lettere *c bis*), *c ter*), *c quater*) h) l) del comma 5 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016;

3) la formulazione della lett. e) fa richiamo proprio al successivo art. 98, delineandone il contenuto precettivo;

4) quanto alla previsione già contenuta nel comma 5 f bis) dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016, si è ritenuto di sopprimerla, tenuto conto della circostanza che già di essa era stata affermata la residualità dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 28 agosto 2020, della impostazione perimetrativa seguita in punto di definizione delle fattispecie di illecito professionale (che ritiene priva di rilevanza l'omissione, ove non assistita dal dolo specifico); a tale proposito, si rammenta che l'ANAC, nel proprio Atto di segnalazione n. 3 del 27 luglio 2022 (delibera n. 370 del 27 luglio 2022) al capo 2.1. e 2.2.5. e 2.2.6. aveva segnalato la necessità di un chiarimento su tale delicata questione;

IV) quanto alle Linee Guida ANAC n. 6 è stata recepita al comma 4, lett. h), dell'art. 98, che tipizza l'illecito professionale, tra l'altro, l'elencazione dei reati ("*diversi*" e di minor gravità di quelli comportanti l'esclusione obbligatoria di cui al comma 1 dell'art. 94 che, come chiarito in precedenza ripropone inalterata l'elencazione di cui al comma 1 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016) indicata nelle predette Linee Guida ANAC n.

6 approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell’11 ottobre 2017, n. 6.

Nel **comma 2** è stata allocata la causa non automatica di esclusione discendente dall’omesso pagamento di imposte, tasse contributi previdenziali, che il comma 4 del decreto legislativo n. 50 del 2016 disciplinava unitamente alla causa “obbligatoria” di esclusione avente la medesima causale (quest’ultima contenuta nell’art. 94, comma 6): quanto alla previsione di esclusione non automatica in oggetto si è tenuto conto del recente d.m. 28 settembre 2022 recante “disposizioni in materia di possibile esclusione dell’operatore economico dalla partecipazione a una procedura d’appalto per gravi violazioni in materia fiscale non definitivamente accertate” le cui disposizioni sono state recepite nell’allegato II.12 del codice (e si è contestualmente disposta la abrogazione del citato d.m. 28 settembre 2022; v. art. 228, comma 3).

Al **comma 3** è stata “replicata” la previsione di cui al comma 8 del testo dell’art. 94: è stata quindi anche sub art. 95 trasposta immutata la previsione di cui all’ultima parte del comma 3 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016; tale “duplicazione” si è resa necessaria per dettare la disciplina relativa all’elencazione dei reati (“diversi” e di minor gravità rispetto a quelli comportanti l’esclusione obbligatoria di cui al comma 1 dell’art. 94 che, come chiarito in precedenza, ripropone inalterata l’elencazione di cui al comma 1 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016) contenuta nel comma 4, lett. h), dell’art. 98 che tipizza l’illecito professionale.

Art. 96

Detta disposizione contiene la disciplina procedimentale comune agli “eventi” che conducono alla esclusione dell’operatore economico; come ci si accinge a chiarire, sono stati indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre alla esclusione in capo agli operatori economici ed è stato disciplinato il c.d. “*self-cleaning*” (l’applicazione di detto istituto, armonicamente alla disciplina comunitaria, è stata dilatata rispetto alla previsione vigente).

Più in particolare, è utile precisare, partitamente, quanto di seguito.

Il **comma 1** contempla il principio generale che “regola” tutte le cause di esclusione, e ripropone, immutata, la disposizione di cui al comma 6 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016.

I **commi da 2 a 6** prevedono la “nuova” versione allargata del *self cleaning* aderente alla direttiva 24/2014 UE: conformemente all’incipit del paragrafo 6 dell’art. 57 della direttiva (“Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4”) nella parte in cui non richiama il paragrafo 2, restano fuori dal perimetro applicativo dell’istituto le violazioni fiscali e previdenziali di cui al comma 6 dell’art. 94 e al comma 2 dell’art. 95 (in passato entrambe contenute nel al comma 4 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016).

Alla luce della modifica introdotta, il *self cleaning* può riguardare anche eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo la presentazione dell’offerta (si rammenta in proposito che le Linee Guida ANAC n. 6, capo 6.2., finora applicate, così recitano: “*L’adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA. Nel DGUE o nel contratto di attestazione l’operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate.*”);

È stato ivi previsto l’onere dell’operatore economico di comunicare tempestivamente il verificarsi della causa di esclusione e delle misure adottate (con riferimento a queste ultime: salvo che ciò sia impossibile, ad esempio perché ha avuto notizia della causa di esclusione stessa in epoca assai prossima alla scadenza del termine di presentazione dell’offerta).

È stata inoltre inserita una disposizione di chiusura che mira ad evitare che la conclusione della procedura possa essere ritardata a cagione dell’adozione delle misure da parte dell’operatore economico (“in nessun caso l’aggiudicazione può subire dilazioni a cagione dell’adozione delle misure”).

Il contraddittorio è garantito dall'obbligo incombente in capo alla stazione appaltante di comunicare, ai sensi del comma 6, all'operatore economico se le misure proposte siano state ritenute insufficienti od intempestive.

Il **comma 7** dell'articolo ripropone, immutato, il testo del comma 9 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016, in quanto fedele trasposizione dell'art. 57, par. 6, ultimo alinea della direttiva (*“un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di aggiudicazione delle concessioni non è autorizzato ad avvalersi della possibilità prevista a norma del presente paragrafo nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza è effettiva.”*).

Il **comma 8** contiene, immutato, il testo del comma 10 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016: trattandosi di pena accessoria irrogata a seguito di sentenza di condanna penale, lo stesso è stato mantenuto immutato, in quanto – è forse superfluo evidenziarlo- la durata massima quinquennale dell'esclusione obbligatoria prevista dalla direttiva si riferisce alla fissazione del termine di esclusione reso sentenza (*“se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1”*) ma non interseca la legislazione penale che prevede fattispecie di incapacità perpetua o ultraquinquennale.

Il **comma 9** contiene, immutato, nella prima parte, il testo del comma 10 bis dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016; la seconda parte del predetto comma 10 bis (*“nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso”*) è stata soppressa in quanto riguardava le cause non automatiche di esclusione (comma 5 dell'art. 80) in ordine alle quali si è integralmente riformulata la relativa previsione nel successivo comma 10 dell'articolo.

Il predetto **comma 10** fissa le decorrenze iniziali del termine triennale (quest'ultimo così determinato in conformità al paragrafo 7 dell'art. 57 della direttiva n. 24/2014) per le cause non automatiche di esclusione; la previsione, sebbene le ricomprenda tutte, si rivela particolarmente utile per quelle di cui alla lett. a) e alla lett. e) del comma 1 dell'art. 95 concernenti eventi e fattispecie non afferenti alla gara in corso di svolgimento (mentre per quelle di cui alle lettere b), c), e d) del medesimo comma 1 dell'art. 95 che riguardano la singola gara, sebbene si sia voluto specificare il concetto per escludere margini di incertezza, sembra evidente che non si ponga la necessità di stabilire alcun termine di decorrenza iniziale o di durata).

In generale - e in aderenza al testo della direttiva - si è ivi stabilito che il periodo triennale di “possibile” rilevanza decorra dalla commissione della condotta.

Laddove invece la situazione escludente discenda dalla avvenuta emissione di un provvedimento sanzionatorio irrogato dall'AGCM o da altra autorità di settore, esso decorre dalla data del provvedimento sanzionatorio.

In particolare, quanto a quelle enucleanti la possibile commissione di un grave illecito professionale discendente da fatto di reato, si è stabilito che:

- a) per le ipotesi di grave illecito professionale discendenti dalla (asserita) commissione di un fatto penalmente rilevante, l'inizio della decorrenza del periodo triennale coincida con il provvedimento del pubblico ministero di esercizio dell'azione penale (art. 405, comma 1, c.p.p.) ovvero, ove a questo cronologicamente antecedente, con la data della emissione di una misura cautelare di natura personale (artt. 281-286 c.p.p.; artt. 288-290 c.p.p.) o reale (art. 321 c.p.p.);
- b) le ragioni di tale scelta espressa al comma 10, lett. c), n. 1 dell'art. 96 riposano in una quadruplici considerazione:

I) laddove la possibile sussistenza di una causa di esclusione coincida con un fatto di rilievo penale tra quelli annoverati nel comma 1 dell'art. 94 “doppiato” dal comma 4, lett. g), dell'art. 98, ovvero ai sensi dell'art. 98 comma 4 lett. h), sembra corretto prevedere che il minimum ontologico valutabile dalla

stazione appaltante non possa prescindere da un atto giudiziale che abbia ritenuto che la *notitia criminis* sia insuscettibile di immediata archiviazione o che, (anche in un momento precedente rispetto a tale valutazione) ricorra una consistenza indiziaria grave precisa e concordante (art. 273 c.p.p.) tale da aver condotto all'emissione di una misura cautelare personale, restrittiva o interdittiva, ovvero, quantomeno, sussista un consistente *fumus* tale da aver condotto alla emissione della misura cautelare reale *ex art.* 321 c.p.p. (Cassazione penale, sez. VI, 23 novembre 2017, n. 18183);

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

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

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

- c) tale opzione si pone nel solco di una giurisprudenza condivisibile (ancora di recente: Consiglio di Stato, sez. IV, 7 ottobre 2022, n. 8611 e Corte di giustizia, sez. IV, 24 ottobre 2018, in causa C-124/2017) rapportata al paragrafo 7 dell'art. 57 della direttiva ("*se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4*") e sembra giustificata, nel caso in esame, laddove si consideri che la tempistica processuale italiana assai spesso non consente di pervenire ad una condanna definitiva entro tre anni dalla commissione del fatto. In simile ipotesi, prevedere che il *dies a quo* della causa escludente decorra dalla commissione del fatto condurrebbe ad una irrilevanza *de facto* di condotte gravi; ad esempio, nei casi corrispondenti a quelli contemplati dal comma 1 dell'art. 94 che comportano esclusione automatica (laddove sono annoverati reati molto gravi) sarebbe di fatto impossibile valutare medio tempore la fattispecie come causa non obbligatoria di esclusione ove la decorrenza del periodo triennale fosse coincidente con la commissione del fatto penalmente rilevante.
- d) a tale proposito, si rammenta che l'ANAC, nel proprio Atto di segnalazione n. 3 del 27 luglio 2022 (delibera n. 370 del 27 luglio 2022) ai capi 2.1. e 2.2.5. e 2.2.6. aveva proprio segnalato la necessità di un chiarimento su tale delicata questione.

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

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

I commi 11 e 12 dell'articolo, rispettivamente:

a) presidiano (comma 11) l'esigenza di "unicità" e "immodificabilità del termine triennale, chiarendo che l'impugnazione dei provvedimenti indicati non incide sul *dies a quo* di decorrenza del medesimo;

b) onerano l'operatore a produrre alla stazione appaltante i provvedimenti indicati al comma 10 (ed eventualmente, eventuali atti sui quali i medesimi si fondano) e chiariscono che, in ipotesi di eventuale inosservanza a tale (elementare) onere collaborativo da parte dell'operatore economico, il termine triennale non decorra se non dalla data in cui la stazione appaltante ne entri in possesso;

c) in sintesi, quindi, ai sensi dell'art. 10, lett. c), n. 1 dell'art. 96, i tre anni devono essere conteggiati dalla data del primo provvedimento del pubblico ministero o del provvedimento cautelare o reale del giudice penale nel caso in cui la causa di esclusione non automatica si fondi su uno dei fatti penalmente rilevanti tra quelli annoverati nell'art. 98, comma 4, lett. g) ed h); il "fatto", in ipotesi di sanzione antitrust o di altra Autorità di regolazione, è il provvedimento, quindi il triennio decorre da quella data (Corte di giustizia 24 ottobre 2018, in causa C-124/17, consid. 39).

Le esigenze di rispetto della legalità sottese alle predette disposizioni hanno fatto premio sulla contrastante tesi - pur prospettata durante i lavori della commissione - che avrebbe preferito che sempre (tranne che nel caso di sanzione antitrust), nel caso di esclusioni non automatiche da fatto di reato, il periodo triennale di possibile esclusione decorresse dal compimento del fatto.

Il comma 13 riproduce, immutato, il comma 11 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Il comma 14, ribadisce ed estende al tutte le fattispecie di cui agli artt. 94 e 95 l'onere di comunicazione che già è contenuto al comma 12 con riferimento all'illecito professionale (e per il vero già ritraibile dalle disposizioni relative al c.d. "*self-cleaning*") e chiarisce che l'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare ai sensi della valutazione sulla sussistenza di una condotta integrante illecito professionale; viene quindi resa esplicita l'irrelevanza della mera omissione od inesattezza della medesima quale autonoma causa escludente.

Il comma 15 ripropone, modificato in parte, il comma 12 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016: è stato soppresso il riferimento alla colpa grave finora contenuto nella citata, vigente disposizione: è stato pertanto disposto che la falsità rilevi soltanto se dolosa e se grave e rilevante (cfr. giurisprudenza penale sul c.d. "falso innocuo"): nel testo il termine "colpa grave" è stato, tuttavia, "mantenuto" indicandolo tra parentesi,

sembrando opportuno demandare al Governo la delicata scelta se reintrodurre, o no, il detto richiamo nell'articolato: ove il Governo non ritenga di reintrodurre il riferimento alla colpa grave, si potrebbe eventualmente valutare se espungere il riferimento alla "negligenza" allo stato contenuto all'art. 98, comma 4, lett. b), come meglio si chiarirà nella apposita relazione concernente la norma in ultimo citata.

Sembra, infine, utile segnalare che:

a) il comma 13 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016 (laddove si prevedeva che con successive Linee Guida ANAC, venissero specificati in relazione all'illecito professionale, i mezzi di prova valutabili dalle stazioni appaltanti) è stato soppresso in considerazione della circostanza che, con l'art. 98 che tipizza l'illecito professionale, si è a ciò provveduto: nel rinviare alla specifica relazione su detto art. 98 per una più puntuale disamina, sembra utile osservare - con più specifico riferimento agli illeciti professionali "riferibili" a condotte integranti reato - che la tipizzazione degli elementi valutabili dal soggetto nel cui interesse è bandita la gara costituisce una rilevante novità della disciplina complessiva e - fermo restando che l'endemico margine di discrezionalità spettante a ciascun soggetto nel cui interesse è bandita la gara potrà condurre a valutazioni difformi pur a fronte del medesimo fatto e del medesimo compendio probatorio - dovrebbe essere utile ad attenuare l'impatto del contenzioso ed a riducendo i margini di incertezza;

b) la *ratio* della mancata riproposizione del comma 14 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016 è la invece seguente: come è noto, alcuna previsione corrispondente in materia di subappalto è contenuta nella direttiva n. 24/2014. La tematica è particolarmente delicata per evidenti ragioni di tutela della trasparenza degli affidamenti ed è parimenti noto il dibattito nazionale che, a tratti, ha addirittura messo in dubbio la stessa sopravvivenza dell'istituto.

Dopo approfondita discussione la Commissione ha suggerito di conservare nel codice, inalterata, detta previsione (in particolare è stata considerata non meritevole di positiva deliberazione -, stante la particolare "sensibilità" della materia del subappalto- sia la radicale ipotesi di sopprimere detto comma, sia quella di restringerne la portata facendo riferimento alle sole cause di esclusione "automatica").

Si è ritenuto, tuttavia, che la "sede" propria della predetta disposizione andasse diversamente individuata posto che, tecnicamente, non ricorrerebbe una vera e propria causa di "esclusione" dell'operatore economico; il principio ivi contenuto si rinviene al comma 4, lett. b), dello specifico articolo (119) "dedicato" al subappalto.

Art. 97

La disposizione contiene la disciplina specifica delle cause di esclusione che riguarda i raggruppamenti di imprese. Come accennato nella relazione generale questa collocazione è stata suggerita da una considerazione.

Posto che, sotto il profilo sostanziale, le disposizioni ivi contenute "corrispondono" e "superano" quanto previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, tenuto conto delle incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sulle antevigenti disposizioni, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. "sostituzione" od "estromissione" del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive.

Più partitamente, con riferimento al **comma 1** nel rispetto della lett. s) della legge-delega ("*Revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori*") si è ritenuto di attuare l'art. 63 paragrafo 1 comma 2 della direttiva 24/2014 considerando l'interpretazione resa da Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20.

L'art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva dispone che l'amministrazione aggiudicatrice:

- “*impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione*”;

- “*può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione*”.

Detto articolo è stato interpretato da Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20 nel senso che esso “*osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto*”.

Si è pertanto provveduto a disciplinare l'applicazione di detto principio ai raggruppamenti temporanei di impresa, che operano in qualità di mandatarî delle imprese della compagine, ripetendo i requisiti di qualificazione attraverso di esse e così rappresentando una modalità alternativa rispetto all'avvalimento (oggetto della pronuncia della Corte di giustizia) per consentire di partecipare a gare d'appalto a soggettività non munite dei necessari requisiti di qualificazione.

L'ambito oggettivo di applicazione della disposizione è stato perimetrato, nel rispetto dell'art. 63 della direttiva, con riferimento alle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95, comprese le cause di esclusione riguardanti le irregolarità fiscali e contributive (a differenza dell'istituto del *self cleaning*, che le esclude - in quanto l'art. 57 comma paragrafo 6 “*Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4*”, nella parte in cui non richiama il paragrafo 2, esclude dal perimetro applicativo dell'istituto le violazioni fiscali e previdenziali), e all'art. 100.

La facoltà di sostituire o estromettere l'operatore è stata riconosciuta per le cause escludenti che si verificano in corso di gara e per le cause che si verificano in precedenza per le quali l'offerente abbia comprovato l'impossibilità di farvi fronte prima della presentazione dell'offerta, così ritenendo di temperare il principio di *par condicio* con la pretesa del candidato di partecipare alla gara, sacrificando la posizione di colui che non ha posto rimedio per tempo alla causa (pur potendolo fare) a favore della parità di trattamento con gli altri offerenti che si sono adoperati per presentare un'offerta ammissibile e della velocità della procedura.

Quanto alla procedimentalizzazione della facoltà di sostituzione, si è optato per una disciplina “snella”: a fronte dell'onere dell'operatore economico di comunicare tempestivamente il verificarsi della causa di esclusione e delle misure adottate (o dell'intenzione di adottarle se sono venute meno in corso di gara o prima e l'operatore economico ha comprovato l'impossibilità di porvi rimedio per tempo) ed è stato ribadito nel successivo comma 2 che la intempestività della adozione delle misure comporta l'esclusione.

Il **comma 2** è stato formulato sulla scorta della convinzione che l'istituto di cui all'art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva 24/2014 possa applicarsi non solo alla sostituzione, prevista espressamente dalla direttiva medesima, ma anche alla modifica per riduzione dell'operatore economico con identità plurisoggettiva, in ragione del minore impatto di tale ultimo fenomeno sull'identità dell'operatore economico offerente e delle pronunce dell'Adunanze plenarie nn. 5 del 2021, 9 del 2021 e 2 del 2022, che hanno ammesso detta ultima tipologia di modificazione.

Il rispetto della *par condicio* e delle regole di gara ha imposto - sulla scorta di quanto affermato dalla Corte di giustizia in merito alla circostanza che “la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta di tale offerente” (Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20) - di assicurare che la modificazione della compagine dell'operatore economico avvenga “*fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata*”. Tale espressione è stata ritenuta preferibile rispetto alla dizione originariamente ipotizzata (“*mantenendo gli standard qualitativi e quantitativi dell'offerta presentata*”). Il riferimento all'offerta è da intendersi soltanto in senso oggettivo visto che con la sostituzione si verifica un mutamento soggettivo.

Resta salvo comunque che il subentrante deve essere munito dei necessari requisiti.

Il **comma 3** delinea l'ambito soggettivo di applicazione della disposizione, che il comma 1 ha disciplinato con riferimento ai raggruppamenti: esso è stato perimetrato sulla base delle seguenti considerazioni.

L'istituto è applicabile ai consorzi ordinari in ragione delle stesse motivazioni che hanno giustificato il riferimento del comma 1 ai raggruppamenti d'impresa, in quanto entrambi mandatarî delle imprese della compagine (Ad. plen. n. 5 del 2021 con riferimento ai consorzi ordinari).

Con riferimento ai consorzi stabili l'istituto è stato applicato alle consorziate esecutrici e alle consorziate che "prestano" i requisiti.

In quest'ultimo caso l'applicazione dell'istituto si rende necessaria in quanto le consorziate che prestano i requisiti sono assimilabili agli ausiliari: il rapporto che si instaura è *"molto simile a quello dell'avvalimento"* (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5), e quindi soggiace al regime di quest'ultimo, per il quale è la stessa Corte di giustizia ad avere applicato l'istituto della sostituzione (3 giugno 2021 in causa C-210/20).

Si è altresì ritenuto di estendere l'istituto alle consorziate designate all'esecuzione da parte del consorzio stabile.

Il consorzio stabile infatti, da un lato, costituisce una stabile struttura di impresa collettiva, che presenta una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5) e, dall'altro lato, non è assimilabile ad una società, specie in ragione della possibilità di designare nell'offerta una consorziata esecuttrice, che si affranca quindi dalla posizione di mero partecipante al consorzio per acquisire rilevanza in quanto soggetto interessato all'esecuzione.

Pertanto se, da un lato, la non assimilabilità del consorzio stabile ad una società non consente di ritenere estensibile ad esso la possibilità di modificare la compagine sociale senza interazioni con la stazione appaltante, stante la permanenza della società come persona giuridica autonoma dalle persone dei soci, dall'altro lato, la stessa presenza del consorzio stabile (che ha presentato l'offerta) impedisce di ritenere che l'offerta sia presentata dalla stessa consorziata esecuttrice, così non impedendo di poter usufruire dell'istituto della sostituzione (che verrebbe altrimenti a modificare la stessa identità del soggetto offerente).

Si è quindi ritenuto un approdo equilibrato quello di consentire la sostituzione della consorziata esecuttrice *escludenda* con altro soggetto in possesso dei necessari requisiti, in modo da assicurare la permanenza in gara di detti tipi di consorzi superando la regola dell'immodificabilità (soggettiva) dell'offerta.

I consorzi di cooperative non sono stati annoverati tra i soggetti cui è applicabile la procedura di cui ai commi 1 e 2 in quanto il consorzio di cooperative costituisce una persona giuridica (art. 4 della legge n. 422 del 1909), è l'unica controparte del rapporto di appalto, sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto, e, in relazione alle singole consorziate, opera sulla base di un rapporto di tipo organico (Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024): *"l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi"* (Ad. plen., 20 maggio 2013 n. 14). La giurisprudenza ha altresì affermato che *"proprio tale autonoma soggettività giustifica anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecuttrice, ove per motivi sopravvenuti la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione"*.

I consorzi fra imprese artigiane di cui alla lett. c) del comma 2 dell'art. 65 (già comma 2, lett. b, dell'art. 45 del decreto legislativo n. 50 del 2016) sono stati parificati ai consorzi stabili e non ai consorzi di cooperative (su cui si è formata una giurisprudenza specifica su cui infra) sulla scorta della più recente giurisprudenza (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021, punti 1.4.2.1. e 1.4.2.3, dove viene richiamata la pronuncia dell'Ad. plen. n. 5 del 2021, assimilando il consorzio fra imprese artigiane ai consorzi stabili).

Per l'assimilabilità dei consorzi fra imprese artigiane ai consorzi stabili milita anche il parere ANAC n. 192 del 2008.

Art. 98

La linea seguita è stata quella di elencare le fattispecie che possono condurre alla adozione di una deliberazione motivata di esclusione (“non automatica” per quanto indicato nell’art. 95, comma 1, lett. e) dell’operatore economico, eliminando gli elementi di incertezza che hanno comportato un contenzioso imponente in materia.

Le novità maggiormente rilevanti del testo proposto, sono le seguenti:

a) innanzitutto, come illustrato in precedenza, è sembrato utile rimettere alla disciplina generale (art. 95, comma 1, lett. e); art. 96 commi 10-12) in materia di cause di esclusione la disciplina “cornice” in punto di:

I) momento iniziale di decorrenza del triennio per ciascuna causa facoltativa di esclusione;

II) onere di comunicazione da parte dell’operatore economico dei provvedimenti giudiziari, con riguardo alle fattispecie integranti reato, e dei provvedimenti sanzionatori resi dalle Autorità regolatrici e le conseguenze dell’inottemperanza a tale onere in punto di decorrenza del periodo triennale di possibile esclusione;

b) è stato invece rimesso a questo specifico e “nuovo” articolo sull’illecito professionale il compito di definire quest’ultimo; in particolare, detto articolo:

I) individua quale sia l’autorità competente a disporre l’esclusione “non automatica” di cui all’art. 95, comma 1, lett. e);

II) enumera e descrive le fattispecie rilevanti;

III) individua i mezzi di prova delle medesime;

IV) chiarisce la portata dell’obbligo motivazionale ove si voglia disporre l’esclusione dell’operatore.

Più in dettaglio, sembra utile far risaltare quanto segue.

Il **comma 1** enuclea una scelta perimetrativa: le Linee Guida ANAC n. 6 approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell’11 ottobre 2017 facevano riferimento a tutti i soggetti di cui al comma 3 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016 (disposizione, quest’ultima, riprodotta con le modifiche su cui ci si è soffermati in precedenza, al terzo comma dell’art. 94); così, recitano, infatti, sul punto le Linee Guida ANAC n. 6 aggiornate: *“I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell’esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all’operatore economico o ai soggetti individuati dall’art. 80, comma 3 e comma 5, del Codice”*.

Sempre l’ANAC, nel proprio Atto di segnalazione n. 3 del 27 luglio 2022 (delibera n. 370 del 27 luglio 2022), al capo 2.2.2. aveva evidenziato la necessità di una presa di posizione su tale delicata questione del c.d. “contagio” dell’operatore economico da parte della persona fisica.

Al **comma 1** si è prevista, quale regola generale, quella di non estendere la fattispecie dell’illecito professionale rilevante all’ipotesi di c.d. “contagio” dell’operatore economico da parte della persona fisica.

Da questa perimetrazione esulano i fatti rilevanti ai sensi della lettere g) ed h) del comma 4: in sostanza, laddove ci si trovi al cospetto dei reati contemplati dal comma 1 dell’art. 94 (disposizione, quest’ultima, “corrispondente” all’art. 80, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016) e degli altri reati mutuati dalla indicazione contenuta nelle Linee Guida ANAC n. 6 (lett. h del comma 4) è sembrato corretto prevedere la rilevanza del c.d. “contagio” laddove dette fattispecie di reato siano riferibili (non soltanto direttamente all’operatore economico, ma anche) alle figure soggettive contemplate dall’art. 94, comma 3.

Tale scelta è giustificata, quanto alle fattispecie di cui alla lett. g) del comma 4, sia per la rilevante gravità delle condotte ivi contemplate, ma anche perché, proprio con riferimento alle medesime, opinare diversamente avrebbe comportato l' incomprensibile aporia di impedire la valutazione di una possibile causa non automatica di esclusione unicamente a cagione della non definitività della condanna, pur con riferimento a figure professionali per le quali, la stessa fattispecie, ove sfociata in una sentenza definitiva di condanna, avrebbe comportato la obbligatoria esclusione dell'operatore economico.

Analoghe considerazioni attengono alle fattispecie di cui alla lett. h) del comma 4, riconducibili a fatti di reato del pari gravi in relazione al principio di tutela dell'interesse alla legalità sotteso alla contrattualistica pubblica.

In tutti gli altri casi - si ripete - è stato escluso il "contagio" dell'operatore economico da parte della persona fisica.

Nell'Atto di segnalazione dell'ANAC n. 3 del 27 luglio 2022 citato in premessa, si era fatta parimenti presente l'opportunità di "*chiarire l'ambito soggettivo di applicazione delle fattispecie di cui all'articolo 80, comma 5, lettere da c) a c-quater) con un esplicito riferimento ai soggetti indicati al comma 3 del medesimo articolo*": ragioni di contenenza perimetrativa di queste cause di esclusione non automatica hanno indotto la Commissione a non prevedere, per le dette fattispecie, alcuna ipotesi di "contagio".

Il **comma 2** specifica quali siano le condizioni indispensabili perché possa disporsi da parte della stazione appaltante l'esclusione (non automatica) di un operatore economico al verificarsi di un evento tra quelli descritti nei successivi commi, chiarendo la necessità della compresenza delle medesime.

Il successivo **comma 3** individua quale sia l'autorità competente a disporre l'esclusione; la disposizione si è resa necessaria per le fattispecie in cui un soggetto pubblico gestisca la procedura volta alla stipulazione di un contratto nell'interesse di un altro soggetto ed è volta a chiarire che il momento "deliberativo" di verifica della sussistenza dei presupposti rientra nella sfera di competenza di quest'ultimo. È qui ribadito l'obbligo di motivazione che si evince già dal sistema generale (art. 3 della legge n. 241/1990).

Il **comma 4** enumera e circoscrive le fattispecie rilevanti, ed in particolare:

1) la lett. b) è riprodottriva della lett. c bis) dell'art. 80, comma 5, del del decreto legislativo n. 50/2016 (fino alla parola "aggiudicazione"; nel testo è stata espunta la seguente parte riferita alla omissione: "*ovvero abbia omissso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*"); vi è allo stato contenuto il riferimento al concetto di "negligenza", (mentre, come si è riferito in relazione al comma 15 dell'art. 96, "corrispondente" al comma 12 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016, è stato espunto, allo stato, il riferimento alla colpa grave, essendosi rimessa al Governo la scelta di, eventualmente, valutarne la reintroduzione).

Sebbene il parallelismo tra le due disposizioni non consenta di affermare la coincidenza e/o sovrapposibilità delle medesime (nelle fattispecie di falsità di cui al comma 15 dell'art. 96 la soppressione del riferimento alla colpa grave discende dalla incompatibilità con la fattispecie di dolo specifico che presidia le falsità) ove il Governo non ritenesse di reintrodurre in seno al comma 15 dell'art. 96 il riferimento alla colpa, potrebbe comunque valutarsi la soppressione alla lett. b) di questo comma 4 dell'art. 98 del riferimento alla negligenza.

Nell'Atto di segnalazione dell'ANAC n. 3 del 27 luglio 2022 si era fatta presente l'opportunità di "*chiarire la differenza tra la fattispecie di cui all'articolo 80, comma 5, lett. f-bis) e quella di cui alla lett. c-bis), tenuto conto delle indicazioni fornite dall'Adunanza Plenaria del 28/8/2020, n. 16 nonché della sentenza del Consiglio di Stato n. 6490 del 27/9/2019*": posto che la previsione di cui all' art. 80, comma 5, lett. f bis) è stata espunta dal sistema (proprio in ragione della sua affermata "residualità") si rende superfluo immorare sul punto.

Sembra peraltro opportuno far presente che la fattispecie di cui alla lett. b) del comma 4 dell'art. 98 in commento (proprio riprodottriva della lett. c bis) dell'art. 80, comma 5) comprende quella falsità che è richiamata anche in altra causa escludente, già prevista sub art. 80, comma 5, lett. f ter del decreto legislativo n.50/2016 e conservata al comma 5, lett. e), dell'art. 94 ("cause di esclusione automatiche"): mentre nella

prima fattispecie la falsità rileva nella stessa gara nella quale è posta in essere e alle condizioni ivi stabilite (idoneità a influenzare le decisioni della stazione appaltante), perché la falsità rilevi nelle successive gare ai sensi del comma 5, lett. e), dell'art. 94 la medesima deve essere valutata dall'ANAC nei termini descritti dal comma 15 dell'art. 96 sulle cause di esclusione ("corrispondente" come prima chiarito, al comma 12 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016).

Il comma 10, lett. b), dell'art. 96 (sostitutivo dell'art. 80) esclude infatti l'applicabilità della durata triennale per la fattispecie di cui alla lett. b) del comma 4 del presente art. 98, ciò in quanto dette condotte rilevano unicamente nell'ambito della stessa procedura di gara in riferimento alla quale sono perpetrate (come sembra logico, laddove si consideri che soltanto la stazione appaltante precedente può valutarle in concreto nella loro potenzialità decettiva);

2) la lett. c) è riproduttiva della lett. c *ter*) dell'art. 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50/2016; dal testo proposto nell'art. 98 in commento è stata espunta la seguente parte finale della originaria disposizione "*su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa*" in quanto previsione generale applicabile ad ogni fattispecie di illecito professionale ai sensi del successivo comma 5 dell'art. 98 in commento;

In riferimento al comma 5 in ultimo citato, il richiamo alla gravità ed all'entità della lesione sembra sufficiente a rendere evidente (cfr. Atto di segnalazione dell'ANAC n. 3 del 27 luglio 2022 - delibera n. 370 del 27 luglio 2022 - che al capo 2.2.4 aveva proprio segnalato la necessità di un chiarimento su tale delicata questione) che inadempimenti di non rilevante portata non possono assurgere al rango di grave illecito professionale, senza che si renda necessaria la specificazione di una "soglia" di rilevanza, ovvero una indicazione esemplificativa (come pure ipotizzato dall'ANAC nel citato Atto di segnalazione);

3) la lett d) è riproduttiva della lett. c *quater*) dell'art. 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50/2016; la modifica (eliminazione dell'inciso "definitivamente accertate" contenuta nell'antevigente disposizione) proposta durante i lavori della commissione è coincidente in parte qua con l'Atto di segnalazione dell'ANAC n. 3 del 27 luglio 2022: è stato pertanto eliminato il riferimento alla definitività dell'accertamento poiché previsione in contrasto con la facoltà in capo alle stazioni appaltanti, - discendente dal sistema- di valutare la rilevanza ostativa della condotta nelle more dell'accertamento definitivo;

4) la lett e) è riproduttiva della lett. h) dell'art. 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50/2016 (che è stata conseguentemente espunta dalla disposizione sulle esclusioni): nel testo è stato soppresso il periodo "*l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione*" per omogeneizzarne la durata al comma 10, lett. c) dell'art. 96 (che riguarda tutte le fattispecie di illecito professionale *ex art. 95, comma 1, lett e)*; sebbene detta disposizione sia stata finora di scarsa o nulla applicazione, i lavori di commissione hanno ritenuto che non sussistessero le condizioni per l'espunzione della stessa; sotto il profilo concettuale sembra indubbio che rientri nel novero delle cause "non automatiche" di esclusione integranti illecito professionale, tenuto conto che già nella formulazione vigente non v'è automaticità.

5) la lett f) è riproduttiva della lett. l) dell'art. 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50/2016; sotto il profilo classificatorio sembra indubbio che rientri nel novero delle cause non automatiche di esclusione integranti illecito professionale, (si fonda su una semplice richiesta di rinvio a giudizio);

6) la lett. g) fa riferimento agli odierni reati comportanti l'esclusione obbligatoria *ex art. 94 comma 1* (che ripropone, immutata, l'elencazione di cui all'art. 80, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016);

7) la lett. h) è riproduttiva della elencazione di cui al punto 2.2. delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017;

8) la lett. i) contiene una disposizione di chiusura riferibile a condotte integranti fatti di reato diversi da quelli espressamente menzionati ovvero anche non costituenti fatto di reato, che è sembrato opportuno introdurre e

che non sembra contrastare con la lett. n) della legge delega, considerato che si tratta di una causa di esclusione facoltativa per lo Stato membro, e, sul piano pratico, della impossibilità di “codificare” ogni fattispecie comportamentale grave idonea ad incidere sul motivato giudizio di affidabilità ed integrità;

Il **comma 5**, come già accennato in precedenza, prevede i criteri sottesi alla valutazione di gravità, tra i quali assume particolare rilievo- soprattutto con riferimento alle fattispecie penalmente rilevanti- quello relativo al “tempo trascorso dalla violazione”.

Al **comma 6** è contenuta una precisazione che rende esplicito che l’omissione e non veridicità non assistite da “dolo specifico” non integrano causa di esclusione nella gara specifica, in coerenza con quanto disposto al comma 14, ultimo periodo, dell’art. 96;

Nel **comma 7** sono stati indicati quali siano i mezzi di prova rilevanti ed adeguati dai quali la stazione appaltante può far discendere il giudizio di gravità (si ricorda in proposito che il comma 13 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016 non riproposto nel codice rinviava a successive Linee Guida dell’ANAC). Il comma 7 individua i singoli mezzi di prova: in generale, si è fatto riferimento ad uno standard probatorio di livello elevato, mutuandosi la indicazione di cui all’art. 273 c.p.p. in punto di adozione di misure cautelari personali o reali (si ricorda che nel primo commento al codice di procedura penale del 1988 del Professore Cordero così era stato presentato il disposto dell’art. 273 c.p.p.: “arie civilistiche spirano nel processo penale”); ciò è sembrato preferibile rispetto ad una partita elencazione che violerebbe il generale principio di libertà della prova.

Quanto allo “spettro” dei soggetti presi in considerazione, si fa riferimento a quanto chiarito nella relazione al comma 1 del presente articolo: soltanto per i fatti di reato rientranti nel perimetro di cui all’art. 94, comma 1, cui fa riferimento la lett. g) del comma 4 e per quelli di cui alla lett. h) del comma 4 del presente articolo (già contenuti nelle Linee Guida dell’ANAC n. 6 che si è ritenuto di “recepire”), è stato previsto il c.d. “contagio” dell’operatore economico da parte dei soggetti di cui al comma 3 dell’art. 94.

Infine, il riferimento contenuto alla lett. a) del comma 7 (che “ribadisce” quello di cui al comma 4, lett. a), al provvedimento sanzionatorio “esecutivo”, vale a chiarire la non valutabilità del medesimo ove sospeso nella propria esecutività (e a fortiori, ove annullato, ancorché con sentenza non regiodicata non sospesa);

Il **comma 8** è volto a precisare l’onere motivazionale che incombe sull’amministrazione allorché desuma la sussistenza di una causa di esclusione da una sentenza di condanna non definitiva ovvero da provvedimenti emessi nel procedimento penale a questa prodromici (atti comportanti l’esercizio dell’azione penale ex art. 405, comma 1, c.p.p., decreto che dispone il giudizio, art. 429 c.p.p.) ovvero di natura cautelare, reale (artt. 136, 321 c.p.p.) o personale (artt. 281-286 c.p.p.; artt. 288-290 c.p.p.); sul solco della giurisprudenza prevalente, chiarisce che la stazione appaltante non può limitarsi a fare riferimento all’esistenza di tali “fatti storici”, ma che debba, seppur sinteticamente, dar conto dei motivi per cui li considera rilevanti a fini escludenti; in un sistema costituzionale quale quello italiano, assistito dalla c.d. presunzione di innocenza, ex art. 27 Cost., essa sembra indispensabile, e si connette, sotto il profilo logico, al precedente comma 4 del presente articolo.

È evidente che la portata dimostrativa di una sentenza di condanna, ancorché non passata in giudicato, è ben maggiore rispetto ai provvedimenti a questa prodromici, ed a quelli di natura cautelare: in queste ultime ipotesi, soprattutto, più approfondita dovrà essere la valutazione resa dall’Amministrazione ove essa ne tragga elementi per disporre l’esclusione (facoltativa) dell’operatore.

Nell’Atto di segnalazione dell’ANAC n. 3 del 27 luglio 2022 si era fatta presente l’opportunità di “*chiarire la rilevanza delle violazioni non definitivamente accertate e introdurre la possibilità di graduare in misura proporzionale sia le conseguenze delle condotte che l’obbligo di motivazione posto a carico della stazione appaltante in relazione alle scelte adottate*”.

Si è ritenuto di non “graduare” l’obbligo motivazionale (che incombe sempre sull’amministrazione nel cui interesse è bandita la gara ove si pronuncerà sulla ricorrenza di una causa di esclusione “non automatica”) né le

conseguenze delle condotte; quanto a tale ultimo profilo, si sarebbe rischiato di introdurre elementi di incertezza sulla durata del possibile periodo di esclusione (al quale si è invece voluto “imprimere” un assetto di certezza, in termini di inizio della decorrenza e sua durata); quanto all’obbligo di motivazione, esso in realtà non è ricollegabile alla non definitività dell’accertamento, ma ai parametri di cui al comma 2 ed alla portata dimostrativa degli atti valutati; analoghe considerazioni peraltro concernono l’Atto di segnalazione Anac n. 3 del 27 luglio 2022 laddove si era fatta presente l’opportunità di intervenire sul comma 10 bis dell’art. 80 del decreto legislativo n. n. 50 del 2016 (“*con riferimento alla durata del periodo di rilevanza della causa ostativa, valutare la possibilità di ridurre il periodo previsto al comma 10-bis o, quanto meno, di graduarlo in ragione della gravità delle condotte ostative*”).

Il **comma 9**, infine, è volto a chiarire che la pur succinta motivazione sottesa alla decisione di applicare una causa di esclusione non automatica rientrante nel perimetro dell’illecito professionale debba prendere in esame tutti e tre i versanti indicati nel comma 2.

Art. 99

Il **comma 1** rappresenta una norma molto importante in chiave di semplificazione delle procedure di gare e della fase del controllo dei requisiti, in quanto chiarisce che la sussistenza delle cause di esclusione automatiche di cui all’art. 94 dovrà essere accertata automaticamente attraverso il fascicolo virtuale dell’operatore economico di cui all’art. 24.

Il **comma 2** invece fa riferimento alla verifica della sussistenza dei motivi di esclusione non automatici di cui all’art. 95 e del possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli artt. 100 e 103, la cui verifica dovrà avvenire sempre attraverso il fascicolo virtuale dell’operatore considerando non solo la documentazione presente nello stesso ma anche quella allegata dallo operatore economico in sede di partecipazione.

Il **comma 3**, infine, completa le novità procedurali introdotte dal Codice chiarendo che operare in chiave digitale avrà il vantaggio di una piena applicazione del principio *once only* nei rapporti tra stazioni appaltanti e operatori economici, per cui i dati e le informazioni già nella disponibilità delle amministrazioni, in ragione di una precedente procedura di gara ovvero che sono già presenti nel fascicolo virtuale, non dovranno essere nuovamente richiesti.

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara (articoli 99-106)

Art. 100

L’art. 100, nel disciplinare gli altri requisiti di partecipazione alla gara, presenta forti profili di discontinuità rispetto all’attuale disciplina, sfruttando tutti gli spazi di discrezionalità lasciati agli Stati dalla direttiva.

Al **comma 1** è mantenuta la distinzione ormai consolidata tra requisiti di idoneità professionale, requisiti di capacità economico – finanziaria e requisiti di capacità tecniche professionali, con la precisazione al **comma 2** che i requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante devono essere proporzionati e attinenti all’oggetto dell’appalto.

Al **comma 3** è previsto quale requisito di idoneità tecnica l’iscrizione nel registro della camera di commercio. Al fine di consentire la massima partecipazione alle procedure di gara, si stabilisce che è posseduto il requisito di idoneità professionale in caso di iscrizione per attività non coincidente con l’oggetto dell’appalto, purché “pertinente”. All’operatore economico di altro Stato membro, non residente in Italia, è consentito di autodichiarare sotto la propria responsabilità di essere iscritto in uno dei registri professionali o commerciali previsti nell’allegato II.11. In sede di prima applicazione del codice, l’allegato è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge