



Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa

Le cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici

1. Il principio di tassatività delle cause di esclusione

L'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023 da un lato enuncia il principio di tassatività delle cause di esclusione previste dai successivi artt. 94 e 95, dall'altro consente, al comma 3, che la stazione appaltante prescriva requisiti speciali di capacità economico finanziaria e tecnico professionale, purché siano coerenti e proporzionati rispetto all'oggetto del contratto. La discrezionale previsione dei suddetti requisiti non può estendersi ai requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, valendo il distinguo operato dal citato comma 3 e precedentemente sancito dall'art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016.

Pertanto, il principio di tassatività delle cause di esclusione concerne soltanto i requisiti di ordine generale elencati negli artt. 94 e 95, in linea con i principi della Corte di Giustizia europea, che ammette l'imposizione di requisiti speciali idonei a garantire che gli operatori economici dispongano delle risorse umane, economiche e tecniche necessarie all'esecuzione dell'appalto con adeguato standard di qualità (Corte Giustizia UE, 17.9.2002, C-513/1999).

Il principio di tassatività attiene ai requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e non ai requisiti dell'offerta, talché, ad esempio, la difformità del contenuto dell'offerta dalle caratteristiche della fornitura, bene o servizio prescritte dalla legge di gara e la violazione del divieto di inserire elementi dell'offerta economica nel plico contenente l'offerta tecnica, sancito dal disciplinare di gara, esulando dai requisiti di ordine generale di cui agli artt. 94 e 95, legittimano l'esclusione in forza dell'art. 107, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 36/2023: le disposizioni del disciplinare di gara che prevedono l'estromissione del concorrente che abbia inserito elementi relativi al prezzo offerto in documenti estranei al plico dell'offerta economica non attengono ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 57 della direttiva n. 2014/24/UE, così come attuato dagli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023 e, quindi, non possono essere considerate illegittime per violazione del principio di tassatività ex art. 10, comma 2, del d. lgs. n. 36 del 2023 (in tal senso: Cons. Stato, V, 13.8.2024, n. 7113, che ha riformato la sentenza con cui il TAR aveva accolto il ricorso ritenendo che le "*clausole della lex specialis di gara secondo cui "l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti non contenuti nella "Busta economica", costituisce causa di esclusione" e "nel caso vi sia all'interno della Busta Amministrativa, elementi o riferimenti ad aspetti economici riguardanti l'offerta, gli operatori economici verranno esclusi dalla procedura di gara", non trovando riscontro negli art. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, devono ritenersi affette da nullità" per violazione del principio di tassatività di cui all'art. 10 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023, e in ogni caso, "essendo state, come sopra rilevato, ritualmente impugunate da parte ricorrente, devono ritenersi illegittime perché contrastanti con la disposizione richiamata"*). La clausola del disciplinare che prevede il divieto di inserimento del valore economico nell'ambito dell'offerta tecnica (ovvero il divieto di commistione tra elementi dell'offerta tecnica ed economica) è stata anche intesa come espressione dei principi del risultato e della fiducia (delibera Anac n. 393 del 30.7.2024).

La tassatività dettata dal comma 2 dell'art. 10, riferita alle cause escludenti di cui agli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, non ha impedito al legislatore di prevedere, nell'ultimo comma del citato

art. 10, la facoltà della stazione appaltante di "introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto", sicché la tassatività delle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 non si riverbera su ogni aspetto della disciplina di gara, e in particolare non riguarda i requisiti di ordine speciale.

Non collide con il principio di tassatività delle cause di esclusione l'estromissione dalla gara di un'impresa appartenente a uno Stato che non ha sottoscritto l'accordo sugli appalti pubblici richiamato dall'allegato 4 dell'accordo sostitutivo del WTO, in quanto la mancata ammissione alla procedura selettiva è in tal caso giustificata dal quadro normativo sovranazionale e nazionale, costituito dall'art. 25 della direttiva 2014/24/UE, dall'art. 43 della direttiva 2014/25/UE e dagli artt. 65, comma 1, e 69 del d.lgs. n. 36/2023, che si pongono anche quale fonte di eterointegrazione del bando (si veda, ad esempio, TAR Campania, Napoli, I, 4.11.2024, n. 5876, riferita a controversia in cui un operatore economico italiano si era avvalso, ai fini del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria, di un'ausiliaria cinese: *“Il difetto della condizione di reciprocità non è escluso dalla circostanza che sia l'ausiliaria, e non l'operatore economico ausiliato, ad avere sede in Cina. Infatti il possesso dei requisiti di ordine generale deve essere accertato non solo in capo all'impresa ausiliata, ma anche in capo a quella ausiliaria. Infatti La giurisprudenza ha affermato che sussistono i presupposti per l'esclusione dalla gara anche nel caso in cui un'impresa di uno Stato membro si avvalga dei requisiti tecnico-operativi messi a disposizione da parte di un'impresa extracomunitaria appartenente a Paesi che non abbiano stipulato particolari accordi di reciprocità con l'Unione Europea o con l'Italia...Ne consegue che anche sotto tale profilo parte ricorrente legittimamente è stata esclusa per «mancanza dei requisiti di partecipazione di cui al punto 6.2 lettera a) e b) e al punto 6.3 lettera a) del disciplinare di gara», ovvero dei requisiti di capacità economico-finanziaria, di cui si era avvalsa attraverso un'ausiliaria cinese).*

Il comma 3 dell'art. 10 amplia i casi di esclusione per difetto di requisiti di partecipazione; esso consente infatti di introdurre nella *lex specialis* di gara la prescrizione di requisiti speciali attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto.

Secondo un certo indirizzo giurisprudenziale, tale norma legittimerebbe la previsione, da parte della *lex specialis* di gara, dell'obbligo di sopralluogo, il cui scopo è consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e pienamente aderente alle necessità dell'appalto, ovvero garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi, così da porre in condizione il concorrente di formulare con precisione la migliore offerta tecnica ed economica (TAR Sicilia, Catania, III, 12.12.2023, n. 3738). Secondo un contrapposto orientamento, poiché nessuna prescrizione del codice dei contratti pubblici o, comunque, di altra legge riconosce alla stazione appaltante la possibilità di esigere il sopralluogo a pena di esclusione, la norma del disciplinare di gara che lo imponga è nulla per violazione del principio di tassatività disciplinato dall'art. 10 commi 1 e 2 d. lgs. n. 36/2023.

In base a tale linea interpretativa, nel nuovo codice il principio di tassatività ha una valenza ed un ambito applicativo più stringenti rispetto alla disciplina del previgente art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/2016; la rigorosa applicazione di tale principio sarebbe giustificata dalla sua collocazione tra i principi generali del nuovo codice (a differenza della disciplina previgente in cui la tassatività era trattata nell'ambito della normativa concernente i requisiti di ordine speciale) e nella strumentalità della tassatività rispetto al fondamentale principio dell'accesso al mercato, di cui all'art. 3 d. lgs. n. 36/2023, con la conseguenza che, nel nuovo codice, le deroghe al principio di tassatività andrebbero interpretate restrittivamente e con maggior rigore rispetto alla disciplina previgente (TAR Lazio, Roma, II bis, 3.1.2024, n. 140, secondo cui *“nella vigenza del d.lgs. n. 36/2023 il sopralluogo non possa essere previsto dalla stazione appaltante come adempimento a pena di esclusione dalla gara”*).

Il d.lgs. n. 36/2023 prevede cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle di cui agli artt. 94 e 95 (menzionati nel comma 2 dell'art. 10), come ad esempio quelle indicate dall'art. 100 in tema di requisiti speciali.

Pertanto, una disamina delle cause di esclusione non può essere circoscritta alle prime due norme ma richiede la lettura di ulteriori disposizioni del codice, come si evince sia dal comma 1 dell'art. 10, richiamante le "cause di esclusione espressamente definite dal codice", sia dal successivo comma 3, che prevede la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di introdurre requisiti speciali, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, rispetto ai quali il punto di riferimento normativo obbligato è costituito dall'art. 100.

Del resto, l'art. 58, paragrafo 5, della direttiva 2014/24/UE demanda al bando la previsione di livelli minimi di capacità, assurti a condizioni di partecipazione, mentre il secondo periodo del paragrafo 4 attribuisce alla stazione appaltante la possibilità di richiedere un livello minimo di esperienza risultante da referenze derivanti dall'esecuzione di precedenti contratti, cosicché vi è un riscontro sovranazionale dell'art. 100 del d.lgs. n. 36/2023, in tema di requisiti speciali.

Infatti, in continuità con il comma 3 dell'art. 10, costituente norma di principio che affida alle stazioni appaltanti il potere-dovere di calibrare requisiti speciali sulla natura e sul valore della procedura selettiva, l'art. 100, al comma 1, individua tre macro-categorie di requisiti speciali (idoneità professionale; capacità economica e finanziaria; capacità tecniche e professionali).

Particolare è il regime transitorio introdotto dal comma 11 dell'art. 100, il quale, nelle more dell'adozione del regolamento di qualificazione degli operatori economici di cui al comma 4 (destinato a sostituire l'allegato II.12 del codice dei contratti pubblici), in relazione ai procedimenti di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, consente alla stazione appaltante di introdurre, quale requisito di capacità economico finanziaria, un fatturato globale sino al doppio del valore dell'appalto, maturato nel triennio antecedente a quello dell'indizione della gara e, "quale requisito di capacità tecnica e professionale, di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati".

Si è posto il problema di stabilire se il comma 12 dell'art. 100 (che recita "*Salvo quanto previsto dall'art. 102*", norma, quest'ultima, dedicata agli impegni esigibili nei confronti dell'operatore economico in punto di garanzia di stabilità occupazionale, di applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore e di pari opportunità, "*o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente requisiti di partecipazione previsti dal presente articolo*"), abbia esteso il principio di tassatività ai requisiti speciali. L'interpretazione contraria, recentemente valorizzata dalla giurisprudenza, fa leva sul comma 3 dell'art. 10, il quale abilita in via generale le stazioni appaltanti all'individuazione di requisiti speciali di ammissione alla gara, classificati, secondo la tripartizione già tipizzata dal d.lgs. n. 50/2016, in tre macrocategorie dal comma 1 dell'art. 100: idoneità professionale (ad esempio, iscrizione presso la Camera di Commercio), capacità economico finanziaria (ad esempio, la presenza di un determinato fatturato minimo) e capacità tecnico professionale (ad esempio, il pregresso svolgimento di attività analoghe). Secondo tale orientamento, il comma 12 dell'art. 100 è riferito ai macro-requisiti di cui al comma 1 dell'art. 100, con esclusione, quindi, della sola possibilità di prevedere requisiti speciali diversi da quelli di idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale. E' stato precisato che, diversamente opinando, sarebbe sottratta alle stazioni appaltanti la potestà di calibrare, in concreto, i requisiti di capacità/idoneità degli operatori economici, "*facendo così dubitare della compatibilità (costituzionale ed eurounitaria) della disposizione sia con il principio di ragionevolezza che con l'art. 58 della Direttiva 2014/24/UE, che assegna alla stazione appaltante il potere di individuare i requisiti speciali, ai sensi del par. 5 ("Le amministrazioni aggiudicatrici indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse").*" In forza dell'art. 100, la stazione appaltante mantiene, in generale, la facoltà discrezionale di introdurre requisiti di capacità tecnico-professionale dell'operatore economica, certamente entro i limiti..." di attinenza e proporzionalità all'oggetto del contratto sanciti dal comma 3 dell'art. 10 (TAR Lazio, Roma, II, 2.12.2024, n. 21577, secondo cui la clausola della lettera invito -che esigeva sia

un'esperienza almeno biennale nell'attività statutaria dedicata al supporto/assistenza/accoglienza di persone appartenenti alla comunità LGBT+, sia la pregressa esperienza, per almeno 12 mesi nell'ultimo triennio, in servizi analoghi e/o riconducibili a quello oggetto della gara indetta per la gestione di sportelli dedicati ai servizi antidiscriminazione- riguardava requisiti di capacità tecnica e non poteva incorrere nella nullità prevista dal comma 2 dell'art. 10 per i soli requisiti generali, stante l'ultimo comma dell'art. 10 del d. lgs. n. 36 del 2023, che dà facoltà alla stazione appaltante di "introdurre requisiti speciali, di carattere economico finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto").

In tale contesto la previsione recata dal comma 11 dell'art. 100 rappresenta un limite speciale, giustificato dal regime di transitorietà in cui si inserisce e incentrato su fatturato globale e su pregressi contratti analoghi in modo tale che la stazione appaltante non può richiedere il requisito in modo difforme dalla legge (TAR Lazio, Roma, II, 2.12.2024, n. 21577, citato). In tale regime non possono trovare ingresso altri requisiti, quali la composizione della dotazione organica, la relativa formazione professionale e il possesso di determinate attrezzature, indicati nell'allegato XVII, parte II, del d.lgs. n. 50/2016 (si veda, in tal senso, il bando tipo n. 1 di Anac, approvato con deliberazione n. 309 del 27.6.2023).

2. Le cause di esclusione automatiche

Una prima classificazione delle cause di esclusione distingue le automatiche (art. 94) dalle non automatiche (art. 95).

Le prime si caratterizzano per l'assenza di un margine di apprezzamento lasciato dal legislatore alla stazione appaltante: esse si basano sull'accertamento della sussistenza dei presupposti indicati dalla norma.

In particolare, l'art. 94 elenca, al comma 1, vari reati il cui accertamento con sentenza definitiva o decreto penale di condanna irrevocabile comporta l'estromissione dell'operatore economico dalla gara; tale norma innova rispetto al previgente, corrispondente art. 80, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, il quale, nel riportare gli stessi reati, attribuiva rilievo anche alla sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p..

Il comma 2 dell'art. 94 attribuisce portata escludente alle ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, ex d.lgs. n. 159/2011, o al tentativo di infiltrazione mafiosa ex art. 84, comma 4, del codice medesimo, introducendo un'innovazione laddove statuisce che l'ammissione al controllo giudiziario priva di effetti escludenti l'atto interdittivo, sempre che essa intervenga prima dell'aggiudicazione, cosicché l'ammissione al controllo giudiziario, anche se si verifica durante la gara, sottrae gli effetti escludenti al provvedimento interdittivo, fermo restando che l'aggiudicazione non può subire dilazioni a causa della pendenza del suddetto procedimento di ammissione. L'interdittiva antimafia ha comunque di per sé una forte valenza ostativa alla partecipazione alla gara, tanto che risulta irrilevante la pendenza di un ricorso proposto avverso essa.

L'ambito soggettivo delle cause di esclusione delineato dal comma 3 dell'art. 94 da un lato non include, a differenza del previgente art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, i cessati dalla carica nell'anno che precedeva la pubblicazione del bando di gara e i soci di maggioranza in società con numero di soci pari o inferiore a quattro, dall'altro è espressamente esteso all'amministratore di fatto. Al riguardo, nella relazione al codice elaborata dal Consiglio di Stato, è stato precisato che la soppressione dei pregressi riferimenti ai soci di maggioranza e ai soggetti che hanno lasciato la carica sociale "*...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...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" (pagg. 134 e 135).

In difetto di definizione normativa, una prima individuazione dell'amministratore di fatto è opera della giurisprudenza penale e civile, secondo cui *"la prova della ritenuta funzione gestoria, esercitata in fatto da parte di un soggetto non formalmente investito di tale carica, si traduce nell'accertamento di elementi sintomatici dell'inserimento organico di tale soggetto in qualunque settore gestionale dell'attività economica, sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare"* (Cass. Pen., V, 28.2.2024, n. 16414) ed è inquadrabile come amministratore di fatto un soggetto *"non formalmente investito della carica, che si ingerisce egualmente nell'amministrazione, esercitando (di fatto) i poteri propri inerenti alla gestione della società. In particolare, può ritenersi sussistente la figura dell'amministratore di fatto qualora ricorrano le seguenti condizioni: 1) assenza di una efficace investitura assembleare; 2) attività esercitata (non occasionalmente ma) continuativamente; 3) funzioni riservate alla competenza degli amministratori di diritto; 4) autonomia decisionale (non necessariamente surrogatoria, ma almeno cooperativa non subordinata) rispetto agli amministratori «di diritto». Sicché è amministratore di fatto chi, senza titolo — per esempio per nomina irregolare ovvero per usurpazione dei poteri — gestisce, da solo o anche con l'amministratore formale, la società, esercitando con sistematicità e completezza un potere di fatto corrispondente a quello degli amministratori di diritto"* (cfr. Tribunale di Roma, Sez. XVI, 14 febbraio 2022). Ancora, una recente pronuncia del Tribunale di Napoli, (Sez. Impresa, 20 dicembre 2023) rammenta che *"l'estensione della qualifica soggettiva di amministratore a soggetti estranei agli organi di amministrazione presuppone l'esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici degli amministratori di diritto, senza che la «significatività e continuità» debbano necessariamente comportare l'esercizio di tutti i poteri dell'organo di gestione, pur richiedendo in ogni caso l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico o occasionale"*, fermo restando che gli elementi sintomatici della sussistenza di poteri di amministrazione di fatto sono suscettibili di un diverso apprezzamento in sede penale, civile e amministrativa (TAR Campania, Salerno, I, 31.12.2021, n. 2949).

Infatti la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che la *ratio* dell'introduzione di tale figura nel nuovo codice dei contratti pubblici induce a ritenere che, ai fini dell'applicazione dell'art. 94, comma 3, lett. h, del d.lgs. n. 36/2023, non è richiesto lo stesso rigore probatorio preteso in sede penale e civile (TAR Valle d'Aosta, 6.6.2024, n. 26).

In ogni caso, l'individuazione dell'amministratore di fatto trovava recepimento anche sotto l'egida del d.lgs. n. 50/2016, nell'ambito dell'indirizzo interpretativo formatosi in tema di illecito professionale, secondo cui l'illecito professionale dell'operatore economico sussiste non solo relativamente ad attività eseguite in forza di formali atti di investitura, ma anche laddove l'agente opera come amministratore di fatto a vantaggio dell'impresa, e ciò al fine di evitare elusioni dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, giacché l'imputazione all'impresa di situazioni di amministrazione di fatto evita che la norma sia aggirata avvalendosi di soggetti non formalmente investiti di incarichi di vertice

e tuttavia esercitanti di fatto attività corrispondenti (ex multis: Cons. Stato, V, 29.11.2022, n. 10504). Più in generale si è osservato che è insita nella *ratio* dell'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023 la rilevanza della condotta dei soggetti in grado di determinare o condizionare le scelte dell'impresa, ancorché diversi da quelli menzionati dalla lettera del medesimo comma 3 ma in condizione di orientare, di fatto, l'azione dell'operatore economico; farebbero parte di tali soggetti il socio unico persona giuridica, ovvero tutte le figure che, al suo interno, sono in grado di determinare gli indirizzi significativi della società partecipata. Con specifico riferimento al socio unico, si è precisato che *“la correttezza del costruito è avallata, in retrospettiva, dall'art. 94, comma 4, D.Lgs. 36/2023, che espressamente valorizza, a fini di esclusione automatica, le condanne degli amministratori del socio unico persona giuridica; con ciò confermando, giocoforza, la rilevanza delle vicende coinvolgenti il medesimo soggetto e i titolari di incarichi apicali (in tal caso, non più circoscritti ai soli amministratori) pure nel quadro degli apprezzamenti discrezionali preordinati all'esclusione non automatica”* (TAR Campania, Napoli, VII, 23.7.2024, n. 4342).

In realtà l'ambito soggettivo di riferimento delle cause escludenti non automatiche differisce da quello proprio delle cause di esclusione automatiche: in relazione a quest'ultime l'ambito soggettivo include l'operatore economico (definito dall'art. 65 e, per quanto concerne gli operatori economici di paesi terzi, dall'art. 69, in virtù del quale non possono partecipare alle gare gli operatori di Stati non firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici e dagli altri accordi internazionali cui l'Unione europea è vincolata) e, nei casi di sentenza, decreto o interdizione di cui ai commi 1 e 2, i soggetti elencati nell'art. 94, comma 3 tra i quali il direttore tecnico, l'amministratore di fatto e il socio unico, con la precisazione di cui al comma 4 nel caso in cui il socio sia una persona giuridica.

Le cause di esclusione non automatiche rilevano invece, per regola generale, se riguardanti l'operatore economico; fanno eccezione a tale regola i casi dei reati elencati nell'art. 94, comma 1, oggetto di sentenza non definitiva o decreto non irrevocabile, se consumati o tentati dai soggetti di cui al comma 3 dell'art. 94, e il caso dei reati elencati nella lettera h dell'art. 98, se, parimenti, consumati da uno dei soggetti di cui al citato comma 3 dell'art. 94 (art. 98, comma 3, lettere g, h, del d.lgs. n. 36/2023, richiamato dal comma 1).

2.1 Le violazioni gravi degli obblighi di pagamento di imposte e tasse

Particolare rilievo assumono, tra le cause di esclusione automatica, le violazioni gravi definitivamente accertate degli obblighi di pagamento di imposte e tasse, previste dal comma 6 dell'art. 94, il quale rinvia la loro definizione all'art. 1 dell'allegato II.10 del d.lgs. n. 36/2023, per effetto del quale costituisce violazione grave il mancato pagamento di imposte e tasse eccedente il valore di euro 5.000. Già in relazione all'analogo precetto contenuto nell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 si era posto il problema di stabilire se tale soglia, fissa e invariabile, nell'omologare situazioni differenti tra loro, ovvero parificando piccoli e grandi contribuenti, gare di valore irrisorio e gare di rilievo transfrontaliero di entità plurimilionaria, confliggesse con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione. In tal senso si è recentemente posto il Consiglio di Stato, con ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale della *“questione di costituzionalità dell'art. 80, comma 4, secondo periodo del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede che costituiscono gravi violazioni rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 e, in ogni caso, correlato al valore dell'appalto”* (Cons. Stato, III, 11.9.2024, n. 7518).

Tale questione non può essere estesa alle violazioni non definitivamente accertate determinanti, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, l'esclusione non automatica, in quanto quest'ultima norma ancora il giudizio di gravità della violazione anche al valore dell'appalto.

In ogni caso, la *ratio* della suddetta causa escludente è duplice, in quanto scaturente sia da una

valutazione negativa di moralità e, quindi, di affidabilità, del concorrente (il quale, essendosi reso inadempiente all'obbligo di puntuale e tempestivo pagamento delle imposte, ha violato uno dei fondamentali doveri di solidarietà economico-sociale che fanno capo ai cittadini), sia da una prognosi negativa quanto alla sua capacità di assolvere agli oneri economici derivanti dall'esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, III, 24.7.2023, n. 7219).

3. Le cause di esclusione non automatiche

Le cause di esclusione non automatiche presuppongono un margine di discrezionalità tecnica dell'amministrazione nel valutare se il caso concreto rientri in una delle fattispecie previste dagli artt. 95 e 98 del d.lgs. n. 36/2023 (quest'ultima norma elenca i gravi illeciti professionali menzionati dall'art. 95, comma 1, lett. e).

Tra le cause di esclusione non automatica assumono un rilevante impatto pratico i conflitti di interesse non altrimenti risolvibili, previsti dall'art. 95, comma 1, lett. b e definiti dall'art. 16 (il cui antecedente è costituito dall'analogo istituto descritto dall'art. 42 del d.lgs. n. 50/2016), in attuazione del 16° considerando (ai sensi del quale *"le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avvalersi di tutti i possibili mezzi a loro disposizione ai sensi del diritto nazionale per prevenire le distorsioni derivanti da conflitti di interesse nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tra questi potrebbero rientrare le procedure per individuare, prevenire e porre rimedio a conflitti di interessi"*) e dell'art. 24, par. 2, della direttiva 2014/24 (*"il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto"*).

L'art. 16 del d.lgs. n. 36/2023 ascrive la possibilità del conflitto di interessi a qualsiasi soggetto che intervenga nel procedimento di aggiudicazione dell'appalto con mansioni implicanti l'esercizio della funzione amministrativa in modo da poter influenzare il risultato e la gestione e che abbia un interesse percepibile come minaccia alla sua imparzialità o indipendenza nel procedimento stesso o in fase di esecuzione. *"Per quanto non esista, all'interno del quadro normativo appena richiamato, una definizione univoca che preveda analiticamente tutte le ipotesi e gli elementi costitutivi di tale fattispecie, il "conflitto di interessi" può definirsi quella condizione giuridica che si verifica quando, all'interno di una pubblica amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che è contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse funzionalizzato. Operare in conflitto di interessi significa, perciò, agire nonostante sussista una situazione del genere, in cui ricorre, invece, l'obbligo del dipendente di informare l'Amministrazione e, appunto, di astenersi"* (Cons. Stato, IV, 18.11.2024, n. 9237). L'esclusione può essere disposta soltanto se la situazione conflittuale non sia diversamente risolvibile, cosicché essa costituisce l'*extrema ratio*: l'esclusione deve necessariamente essere preceduta da una valutazione in concreto della situazione e quindi implica *"un inevitabile momento valutativo in capo alla stazione appaltante che conserva un certo margine per porre rimedio a tale conflitto, senza che il giudice possa sostituirsi alla predetta valutazione, ove la stessa garantisca il superamento del vulnus alla corretta esecuzione dell'appalto"* (A.N.A.C., Parere funzione consultiva n. 52 del 25.10.2023 e Parere di precontenzioso n. 339 del 20.7.2023; TAR Lombardia, Milano, IV, 31.10.2024, n. 3001).

Il citato art. 16 pretermette il previgente rinvio all'art. 7 del codice di comportamento dei dipendenti pubblici (che pure rappresenta una declinazione del principio di imparzialità: *"il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui*

egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente") e pone l'onere della prova a carico di chi invoca la sussistenza del conflitto. Rilevano quindi le produzioni probatorie basate su elementi specifici e concreti, idonei a dare contezza, diretta o per presunzioni, della sussistenza di un interesse personale del funzionario: la norma dispone che sia configurabile il conflitto di interessi solo allorché chi lo invoca lo dimostri sulla base di presupposti specifici e documentati, con riferimento ad interessi effettivi e non meramente ipotetici o potenziali (TAR Campania, Salerno, I, 23.2.2024, n. 504).

3.1 Rilevanza nel tempo delle cause di esclusione non automatiche

L'art. 96 commi 10, 11 e 12, del d.lgs. n. 36/2023 stabilisce: "10. *Le cause di esclusione di cui all'articolo 95 rilevano:*

a) per tre anni decorrenti dalla commissione del fatto, nel caso di cui all'articolo 95, comma 1, lettera a);

b) per la sola gara cui la condotta si riferisce, nei casi di cui all'articolo 95, comma 1, lettere b), c) e d);

c) nel caso di cui all'articolo 95, comma 1, lettera e), salvo che ricorra la condotta di cui al comma 3, lettera b), dell'articolo 98, per tre anni decorrenti rispettivamente:

1) dalla data di emissione di uno degli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale oppure di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all'esercizio dell'azione penale ove la situazione escludente consista in un illecito penale rientrante tra quelli valutabili ai sensi del comma 1 dell'articolo 94 oppure ai sensi del comma 3, lettera h), dell'articolo 98;

2) dalla data del provvedimento sanzionatorio irrogato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore nel caso in cui la situazione escludente discenda da tale atto;

3) dalla commissione del fatto in tutti gli altri casi.

11. L'eventuale impugnazione di taluno dei provvedimenti suindicati non rileva ai fini della decorrenza del triennio.

12. L'operatore economico ha l'onere di comunicare immediatamente alla stazione appaltante la sussistenza di taluno dei provvedimenti menzionati ai numeri 1) e 2) della lettera c) del comma 10, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale. Se contravviene all'onere di comunicazione il triennio inizia a decorrere dalla data in cui la stazione appaltante ha acquisito taluno di detti provvedimenti".

E' stata in tal modo stabilita la decorrenza del termine triennale delle cause non automatiche di esclusione.

Nella relazione del 7.12.2022 sullo schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici, il Consiglio di Stato ha precisato sul punto che: "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.)... 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 notizia 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.... 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 - 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... 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)".

Pertanto, in caso di sentenza di condanna non definitiva per un reato di cui al comma 1 dell'articolo 94, la causa di esclusione (non automatica) ex art. 95 rileva per un triennio decorrente dalla data di rinvio a giudizio (o di altro atto con il quale è stata esercitata l'azione penale), ovvero dalla data della misura cautelare applicata, se antecedente all'esercizio dell'azione penale.

Non hanno quindi rilievo i fatti che, per il tempo trascorso, non sono più, di per sé, un indice di inaffidabilità professionale; *"a tal fine, deve aversi riguardo all'accertamento in sede giudiziale della commissione del fatto con sufficiente grado probabilistico in ordine alla colpevolezza dell'indagato (quantomeno individuabile nel grave quadro indiziario che giustifica l'emissione di una misura cautelare)".*

Inoltre, l'impugnazione di tali provvedimenti giudiziari così come la successiva evoluzione (in senso confermativo del *fumus commissi delicti*) del procedimento penale, con l'emanazione della sentenza di condanna non definitiva, non hanno l'effetto di determinare uno slittamento del *dies a quo* di decorrenza del termine triennale, restando, altrimenti, vanificata la *ratio* dell'introduzione di un termine fisso, e, dunque, *"l'esigenza di "unicità" e "immodificabilità del termine triennale"* (cfr. relazione del Consiglio di Stato, cit.) di rilevanza dell'illecito penale ai fini della partecipazione alla gara pubblica.

Così, ad esempio, la possibile causa di esclusione rappresentata dalla commissione del delitto di cui all'art. 318 c.p., accertata in sede penale con sentenza non ancora passata in giudicato, non può assumere rilevanza ai fini della partecipazione della ricorrente alla procedura competitiva, qualora sia decorso un periodo superiore a tre anni dal momento dell'applicazione della misura cautelare personale.

Non può rilevare, ai sensi del comma 12 dell'art. 96, l'omessa comunicazione della misura cautelare, qualora comunque l'offerente abbia indicato la sentenza di condanna, costituente l'ultimo atto del processo penale a suo carico: in tal caso non sussiste l'omissione dichiarativa legittimante lo slittamento del termine triennale.

Invero, *"la norma ha inteso più propriamente riferire la sanzione dello spostamento della decorrenza del triennio all'omessa comunicazione dei provvedimenti giurisdizionali costituenti prova dell'illecito professionale, quali sono quelli elencati all'art. 98, comma 6, lettera g, tra cui anche la sentenza non definitiva di condanna"* (TAR Sicilia, Catania, II, 6.5.2024, n. 1679).

3.2 Gli illeciti professionali gravi

Molteplici sono i casi di illecito professionale, connotati da gravità, tipizzati dall'art. 98, comportanti esclusione non automatica per statuizione dell'art. 95, comma 1, lett. e, del d.lgs. n. 36/2023.

Alla luce del primo comma dell'art. 98 (“*L’illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall’operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lett. g) e h)*”), ai gravi illeciti professionali, con la sola eccezione delle fattispecie di cui al comma 3, lettere “g” e “h” (le quali, nel richiamare la commissione di reati da parte dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 94, fanno riferimento a soggetti che non coincidono necessariamente con l'operatore economico offerente, comprendenti l'amministratore di fatto), non si applica il principio del contagio (secondo cui la titolarità di determinate cariche in capo a una persona fisica non dotata in sé della necessaria affidabilità/integrità trasmette tale caratteristica all'operatore economico “per contagio”, ossia *de facto* e dunque prescindendo dalla tematica dell'imputazione degli atti).

Il cosiddetto contagio trova invece applicazione nell'ambito delle altre cause di esclusione, le quali quindi possono dipendere da fatti ascritti a soggetti che assumono, nell'impresa, cariche qualificanti quali quella di socio amministratore, legale rappresentante, direttore tecnico o socio unico in quanto il rilievo del ruolo ricoperto giustifica l'estensione dell'inaffidabilità all'impresa.

Le suddette eccezioni, contemplate al comma 3, lett. g, h, dell'art. 98, riguardano sentenze di condanna, non ancora passate in giudicato, per reati particolarmente gravi (il passaggio in giudicato determinerebbe invece l'esclusione automatica).

L'art. 98, a differenza del previgente art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, non prevede un'elencazione aperta di cause di esclusione, comprendente fatti dell'operatore economico contrari a doveri posti da una norma civile, penale o amministrativa e perciò suscettibili di valutazione d'incidenza sull'affidabilità professionale; al contrario, il citato art. 98 prevede un elenco tassativo di gravi illeciti professionali e, al comma 6, definisce le fonti di prova giustificanti l'esclusione dell'operatore economico responsabile del grave illecito.

Un primo caso di illecito, rilevante ai fini dell'esclusione non automatica, è dato dalla avvenuta irrogazione di sanzione esecutiva da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o di altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto dell'appalto (art. 98, comma 3, lett. a). Trattasi di provvedimento non necessariamente definitivo: la sanzione, se non annullata o sospesa nella sua efficacia (ad esempio, per effetto di ordinanza cautelare) costituisce prova di illecito, fermo restando l'obbligo, in capo alla stazione appaltante, di valutare l'incidenza del comportamento sanzionato sull'affidabilità dell'offerente e sull'oggetto dell'appalto. Ciò è in linea con l'indirizzo della Corte di giustizia europea, secondo cui l'accertamento, da parte di un'autorità nazionale garante della concorrenza, dell'inosservanza di norme in tema di libera concorrenza, costituiva possibile indizio di errore grave dell'operatore economico a prescindere dall'esistenza di un contenzioso culminato in sentenza passata in giudicato (C.G.U.E., 4.6.2019, C-425/18).

La necessaria incidenza sull'oggetto dell'appalto circoscrive la portata escludente dell'illecito a condotte anticoncorrenziali, cosicché appaiono irrilevanti gli illeciti costituiti da pratiche commerciali scorrette compiute nei confronti del singolo consumatore o utente.

Ai sensi dell'art. 98 rilevano, quali causa di esclusione, anche le sanzioni irrogate da autorità diverse dall'Antitrust, le quali, stante il necessario riferimento all'oggetto dell'appalto, sono identificabili nell'Autorità di regolazione dei trasporti e nell'Autorità per l'energia.

Ampia rilevanza pratica assume il caso delle informazioni false e fuorvianti, tipizzato dal comma 3, lett. b, dell'art. 98, secondo cui è possibile desumere un grave illecito professionale dalla condotta dell'operatore economico che abbia, alternativamente, (I) tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante; (II) tentato di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio; o (III) fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti, suscettibili di influenzare le decisioni della stazione appaltante sull'esclusione, selezione e aggiudicazione.

La norma riproduce sostanzialmente l'art. 80, c. 5, lett. c-bis) del d. lgs. n. 50/2016, fatta eccezione per la mancata riproposizione del riferimento all'aver "omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

Trattasi di una clausola generale, ricomprendente tutte le condotte poste in essere dal concorrente nello svolgimento di una procedura di gara, non predeterminabili ex ante, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità e sull'affidabilità dell'operatore economico.

“La dichiarazione resa dall'operatore economico nella domanda di partecipazione circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare "gravi illeciti professionali" può essere omessa, reticente o completamente falsa. V'è omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come "grave illecito professionale"; v'è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente. Infine, la falsa dichiarazione consiste in una immutatio veri; ricorre, cioè, se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero” (TAR Lazio, Roma, I, 26.7.2024, n. 15303).

Tale statuizione è in linea con l'interpretazione dell'art. 45, par. 2, Direttiva 2004/18 fornita dalla Corte di Giustizia, secondo cui "la nozione di "errore nell'esercizio dell'attività professionale" comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore in questione" (Corte Giustizia Unione Europea, Sez. III, 13 dicembre 2012, n. 465/11), orientamento, questo, confermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con pronuncia n. 16 del 2020, riferita all'art. 80, comma 5, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016 ma valevole anche per l'art. 98, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 36/2023, stante il tenore letterale che accomuna le due norme.

Pertanto la condotta dell'operatore economico, per come descritta nell'art. 98, può essere costituita *“da omissioni dichiarative attinenti a peculiari vicende imprenditoriali, connotate da specifica e concreta rilevanza, integrando, dunque, l'autonoma ipotesi di grave illecito professionale che può giustificare l'esclusione dalla gara, in quanto suscettibile di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante. La rilevanza in termini di illecito professionale (anche) dell'omissione dichiarativa è invero desumibile a contrario dal dato testuale dell'art. 98, comma 5, D. Lgs. n. 36 del 2023, laddove il legislatore si è premurato di precisare che le dichiarazioni omesse o non veritiere "diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 3" possono assumere rilievo quali elementi a supporto della valutazione di gravità di un altro illecito professionale tra quelli tipizzati dalla norma. In tal modo, si è indirettamente riconosciuta la rilevanza della condotta non solo commissiva (ossia reticente o mendace), ma anche omissiva del concorrente - in quanto tesa a celare informazioni rilevanti non conosciute dalla P.A. o di cui la P.A. viene a conoscenza solo in un secondo momento - e perciò idonea ad influenzare in modo indebito il processo decisionale della stazione appaltante”* (TAR Puglia, Lecce, II, 2.12.2024, n. 1324).

Una *species* del *genus* “presentazione di informazioni false” è data dall'art. 94, comma 5, lett. e), del d.lgs. n. 36/2023, il quale prevede l'esclusione automatica dell'operatore iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Anac per avere presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. In quest'ultimo caso rientra la documentazione falsa che non lascia margine di opinabilità e che non è preordinata all'adozione di atti di ammissione alla gara, alla valutazione delle offerte o all'aggiudicazione.

Altro caso di frequente impatto pratico è descritto nel comma 3, lett. c, dell'art. 98: "L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi: [...] c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale".

Aggiunge il comma 6 che "Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3: [...] c) quanto alla lettera c), l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili".

La norma ricomprende, ai fini della valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico, la sua condotta pregressa nell'ambito di altri affidamenti, costituita in via tipica dalla "intervenuta risoluzione per inadempimento", la cui documentata realizzazione rappresenta uno dei mezzi di prova dell'illecito professionale, in relazione alla fattispecie delle "significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione".

Tale statuizione da un lato consente di orientare le valutazioni delle stazioni appaltanti in quanto tipizza la condotta e i mezzi di prova, dall'altro non vale a eliderne la natura discrezionale; infatti l'art. 98, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023, nel richiamare la valutazione di gravità rimessa alla stazione appaltante, indica dei parametri (la valutazione "tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa") il cui concreto apprezzamento è riservato all'amministrazione, chiamata a un motivato giudizio sulla "gravità" e sulla conseguente incidenza sulla "affidabilità e integrità dell'operatore" (art. 98, comma 2, lett. a) e b)), su cui è richiesta apposita motivazione (art. 98, comma 8, d.lgs. n. 36 del 2023).

In siffatto contesto, resta ferma nel nuovo Codice dei contratti la previgente discrezionalità della valutazione dei fatti da parte dell'amministrazione in ordine all'integrazione dell'illecito professionale (Cons. Stato, A.P., 28.8.2020, n. 16, che, nell'esaminare il profilo insieme con quello inerente alle falsità od omissioni dichiarative, pone in risalto come detta valutazione sia volta in particolare ad apprezzare "*se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità*": Cons. Stato, V, 25.10.2024, n. 8529), valutazione che deve essere puntualmente motivata.

In generale, è la stazione appaltante a fissare il punto di rottura dell'affidamento nel futuro contraente, in quanto è ad essa demandata la potestà di apprezzamento dei comportamenti dell'impresa suscettibili di integrare il grave illecito professionale; trattasi di valutazione che il giudice amministrativo potrà sindacare solo per manifesta illogicità, contraddittorietà ed erroneità. La nozione di affidabilità comporta la scelta di chi meriti fiducia, cosicché trova ingresso il principio della fiducia valorizzato dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, la cui funzione interpretativa, sancita dall'art. 4, rafforza l'autonomia decisionale dell'amministrazione quanto a esercizio del potere di esclusione per inaffidabilità, che coinvolge il rapporto di fiducia tra stazione appaltante e appaltatore (TAR Sicilia, Catania, III, 12.12.2023, n. 3738). Rileva quindi una forte discrezionalità ai fini dell'individuazione della valenza escludente dell'illecito professionale, le cui condizioni sono stabilite dal comma 2 dell'art. 98, da calibrare sulle fattispecie del caso concreto, quest'ultime rientranti nell'elenco contenuto nel medesimo art. 98.

All'opposto, la stazione appaltante, che non ritenga che la pregressa vicenda abbia inficiato la moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per *facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione di gravità tale da elidere l'affidabilità del concorrente, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale; la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione. Tuttavia, il difetto di un obbligo di motivazione analitica non equivale all'esclusione di qualunque indicazione motivazionale, e comunque una specifica motivazione è dovuta a fronte di contestazioni in sede di gara.

La regola dell'onere motivazionale attenuato in ordine all'ammissione alla gara subisce un'eccezione qualora la pregressa vicenda professionale presenti una pregnanza e rilevanza tali che la stazione appaltante non possa esimersi dall'esplicitare le ragioni per le quali abbia comunque ritenuto che

l'impresa fosse affidabile (Cons. Stato, V, 14.3.2024, n. 2491).

A fronte del giudizio di ammissione del concorrente "(...) *la questione della sufficienza della relativa motivazione va apprezzata tenendo conto non del suo esito, bensì della completezza dell'esame di tutti gli elementi, di ordine fattuale e giuridico che, nella concreta fattispecie, risultino rilevanti in quanto potenzialmente incidenti sull'integrità e dell'affidabilità dell'operatore economico, nonché della tenuta logica delle argomentazioni con cui l'amministrazione li ha trattati*" (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 845). Laddove nel procedimento siano emersi elementi di tale rilievo, pertanto, l'Amministrazione non può evitare di esprimersi sul punto (TAR Lazio, Roma, I, 26.7.2024, n. 15303).

Il comma 6 dell'art. 98, nell'elencare i mezzi di prova corrispondenti a ciascuna delle fattispecie di cui al comma 3, estromette dal proprio ambito di previsione l'iscrizione nel registro degli indagati disciplinata dall'art. 335 c.p.p., che pertanto non costituisce elemento valutabile ai fini della configurazione dell'illecito grave, a differenza di quanto statuito nel sistema previgente, rappresentato dall'art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs. n. 50/2016 (deliberazione dell'Anac n. 397 del 6.9.2023).

Sono semmai rilevanti quale prova di grave illecito professionale il decreto di rinvio a giudizio ex art. 429 c.p.p., la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. (art. 98, comma 6, lett. g, riferito ai casi di cui alla lettera g del comma 3), nonché la sentenza di condanna definitiva o non definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile e i provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale (art. 98, comma 6, lett. h, riguardante la fattispecie di cui alla lettera h del comma 3).

La disciplina procedimentale dell'esclusione è contenuta nell'art. 96 del d.lgs. n. 36/2023: il primo comma, nell'attribuire rilevanza all'esistenza di una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95 (cause di esclusione automatica e non automatica) per atti compiuti prima o durante il procedimento di gara, recepisce il principio di continuità nel possesso dei requisiti, mentre i commi da 2 a 6 disciplinano il self cleaning, istituto di derivazione comunitaria (art. 57 della direttiva 2014/24/UE) che permette, al concorrente che è stato escluso da gare pubbliche per il ricorrere di una delle situazioni di cui all'art. 94 (a eccezione del comma 6, in tema di violazioni gravi definitivamente accertate degli obblighi di pagamento di imposte e tasse o dei contributi previdenziali) e all'art. 95 (a eccezione del comma 2, riguardante gravi violazioni non definitivamente accertate dei suddetti obblighi), di dimostrare l'avvenuta adozione di misure correttive idonee a ripristinare la condizione di partecipazione alla gara.

4. Il self cleaning

Il legislatore, nell'ampliare lo spazio dedicato ai motivi di esclusione, distribuito negli articoli da 94 a 98, ha esteso il concetto di self cleaning (disciplinato nei commi da 2 a 7 dell'art. 96), superando la precedente impostazione secondo cui le misure di self-cleaning erano inefficaci se adottate nel corso della gara, in quanto destinate a valere solo per il futuro.

L'attuale lettura dell'istituto giuridico è nettamente diversa e si allinea ai principi europei secondo i quali le misure di self cleaning devono essere valutate dalla stazione appaltante. Persino a fronte di cause di esclusione obbligatoria l'offerente può dimostrare di aver adottato misure correttive sufficienti a recuperare la propria affidabilità. Il comma 5 dell'art. 96 stabilisce però che l'aggiudicazione non può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di self cleaning.

L'art. 96, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 36/2023 distingue il self cleaning riferito a cause di esclusione verificatesi prima della presentazione dell'offerta da quello concernente cause di esclusione sopraggiunte durante il procedimento di gara: nel primo caso il concorrente, con la presentazione dell'offerta, le comunica alla stazione appaltante e può scegliere tra I) comprovare di avere adottato le misure di self cleaning e II) comprovare l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta (ove la sua conoscenza della causa di esclusione sia a ridosso della

scadenza del termine di presentazione dell'offerta): in quest'ultima evenienza l'operatore può assumere e comunicare le misure in questione in corso di gara, senza che l'aggiudicazione subisca dilazioni.

Il concorrente che ricada in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95, ad eccezione delle irregolarità contributive e fiscali definitivamente e non definitivamente accertate, può comprovare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua affidabilità: la sussistenza dell'irregolarità tributaria non può essere sanata, dopo la presentazione dell'offerta, con il rimedio disciplinato dall'art. 96 del d. lgs. n. 36 del 2023. Infatti la norma non contempla, fra le cause di esclusione sanabili, le violazioni fiscali, coerentemente con l'incipit del paragrafo 6 dell'art. 57 della direttiva 24/2014 UE (*"Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4"*), che non richiama il paragrafo 2, dedicato all'inottemperanza agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali (Cons. Stato, V, 29.11.2024, n. 9596, che, a fronte di un illecito tributario di una consorziata, ha ritenuto irrilevante che quest'ultima avesse pagato interamente le somme dovute dopo il termine di presentazione delle offerte).

Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, l'offerente non è escluso dalla gara.

A tal fine, sono considerate misure sufficienti da parte dell'operatore economico l'aver risarcito o essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, l'aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative, l'aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. La stazione appaltante è tenuta a valutare le misure di self cleaning adottate e comunicate dall'impresa (TAR Lombardia, Milano, IV, 15.7.2024, n. 2189) e, se ritiene che le stesse siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico (in tal senso si pone il comma 6).

5. Le cause di esclusione dei partecipanti ai raggruppamenti

Analogamente al self cleaning, l'art.97, in materia di cause di esclusione dei partecipanti a raggruppamenti, consente il superamento della regola generale espressa dall'art. 96, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui *"le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95"*.

Infatti il citato art. 97 ammette che il raggruppamento possa sostituire o estromettere i propri componenti, ferma restando l'unitarietà e l'immodificabilità dell'offerta e senza modifica della divisione dei compiti: l'art. 97 amplia la disciplina insita nel precedente d. lgs 50/2016, in quanto da un lato conferma gli orientamenti ai quali era pervenuta la giurisprudenza formatasi nella vigenza del precedente codice, laddove consentiva la modifica del raggruppamento per riduzione, dall'altro estende l'ambito delle possibili modifiche dei concorrenti a struttura plurisoggettiva laddove, nell'introdurre la "sostituzione", ammette la modifica del raggruppamento in via "aggiuntiva".

Il vigente sistema supera così le restrizioni presenti all'art. 48, commi 17 e 18, del d.lgs. 50/2016, introducendo due possibili misure preordinate a emendare il vizio a carico di uno dei partecipanti al raggruppamento.

La sostituzione interviene nel caso in cui, a seguito dell'estromissione di un componente, vengano meno i requisiti di partecipazione; per porvi rimedio, la singola impresa può sostituire il membro del raggruppamento ai fini del completo possesso dei necessari requisiti, senza alterare la divisione dei compiti.

L'espressione utilizzata dall'art. 97 d.l.gs. 36/2023 è identica a quella espressa, in relazione all'avvalimento, dall'art. 104, commi 5 e 6, il quale prevede la sostituzione, e cioè il subentro di un

nuovo soggetto per supplire alla fuoriuscita di quello precedente privo dei necessari requisiti.

La sanabilità derivante dall'estromissione o dalla sostituzione di un'impresa del raggruppamento riguarda solo la sussistenza delle cause di esclusione previste dagli artt. 94 e 95 e i difetti di un requisito di qualificazione ex art. 100 del d.lgs. n. 36/2023, cosicché, ad esempio, la dichiarazione della mandante, in sede di gara, di ricorrere all'avvalimento senza indicare l'impresa ausiliaria e senza allegare il contratto di avvalimento non è sanabile mediante la sostituzione o estromissione della mandante stessa dal raggruppamento (TAR Puglia, Bari, III, 30.12.2023, n. 1492).

L'art. 97 è norma attuativa dell'art. 63 par. 1 comma 2 della direttiva n. 2014/24/UE, in base al quale l'Amministrazione: - "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" (Corte di Giustizia, Grande sezione, 7.9.2021, C-927/2019).

In particolare, il comma 1 dell'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023 statuisce che "il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri:

a) in sede di presentazione dell'offerta:

1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato;

2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;

b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta".

Il successivo comma 2 stabilisce che "se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata". Le misure prese sono valutate dalla stazione appaltante e "se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto" mentre "Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata" (sempre il comma 2).

Laddove la causa escludente si verifichi "prima della presentazione dell'offerta", e risulti quindi integrato il caso previsto dalla lett. a del comma 1 dell'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, il raggruppamento è tenuto a indicare alla stazione appaltante, in sede di presentazione dell'offerta, sia la causa di esclusione, sia il soggetto del raggruppamento incorso nel vizio escludente e a comprovare le misure adottate ai sensi del comma 2, cioè l'estromissione o la sostituzione con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata, o la dimostrata impossibilità di adottarle prima della presentazione dell'offerta.

L'onere probatorio in ordine all'esistenza del vizio escludente in capo a uno dei componenti del raggruppamento assume a implicito presupposto la presunzione che il raggruppamento conosca lo stato dei propri componenti, essendo chiamato a presentare una consapevole domanda di partecipazione, idonea a considerare la situazione di ognuno. Tale presunzione è superabile solo mediante la prova dell'incolpevolezza dell'ignoranza, e cioè che i componenti del raggruppamento hanno ignorato la causa di esclusione nonostante la massima diligenza professionale impiegata per verificare preventivamente l'assenza di cause di esclusione in capo a ciascuno.

La valutazione della mancanza di diligenza presuppone non solo che l'offerente non abbia fatto fede

solo su quanto dichiarato dal soggetto colpito dal motivo espulsivo ma anche che la verifica di quanto dichiarato sia avvenuta sulla base di un dato oggettivo, come ad esempio l'esame dell'estratto del casellario giudiziale (Cons. Stato, V, 29.11.2024, n. 9596).

Ciò in quanto *“il raggruppamento, pur composto da varie soggettività giuridiche, presenta un'offerta unitaria, con la conseguenza che la stazione appaltante si interfaccia con un'unica realtà giuridica e che il raggruppamento nel suo insieme si assume la responsabilità dell'offerta presentata, senza potersi fare scudo della posizione individuale dei partecipanti allo stesso, che hanno ritenuto di non partecipare singolarmente ma di presentare un'offerta unica insieme ad altre soggettività giuridiche...Del resto, la Corte di Giustizia ha specificato che il raggruppamento deve "trasmettere all'amministrazione aggiudicatrice, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, un documento di gara unico europeo (DGUE) con il quale tale operatore afferma che egli stesso e i soggetti alle cui capacità intende affidarsi non si trovano in una delle situazioni di cui all'articolo 57 di tale direttiva, che deve o può comportare l'esclusione di un operatore economico, e/o che il criterio di selezione interessato è soddisfatto" (Cgue, Grande sezione, 7 settembre 2021, C-927/2019): l'unicità del dgue al quale fa riferimento la Corte di giustizia con decisione riguardante un raggruppamento rende evidente la prospettiva unitaria di partecipazione alla gara...La stazione appaltante che "autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da tale ente a presentare offerte, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, alla procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico" non viola il principio di "identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici preselezionati e quelli che presentano le offerte", purché siano rispettate le condizioni ivi previste (C.g.ue, Grande Sezione, 24.5.2016, n. C-396/14; Cons. Stato, V, 2.8.2024, n. 6944).*

La valutazione della mancanza di diligenza presuppone, secondo l'impostazione della Corte di giustizia, non solo che l'offerente non abbia fatto fede solo su quanto dichiarato dal soggetto colpito dal motivo espulsivo (nella specie la dichiarazione resa in gara dall'impresa ausiliaria ai sensi dell'art. 89 del d. lgs. n. 50 del 2016) ma anche che la verifica di quanto dichiarato sia avvenuta sulla base di un dato oggettivo, l'estratto del casellario giudiziale poi risultato interessato dalla condanna penale nel caso esaminato dalla Corte, che l'offerente si presume abbia consultato (prima della presentazione dell'offerta).

6. Le cause di esclusione per carenza di requisiti dell'impresa ausiliaria nell'avvalimento

Si pone in senso diverso, in relazione alla mancanza di requisiti in capo all'ausiliaria nel contratto di avvalimento, l'art. 104, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 36/2023, per effetto del quale non è più richiesta, ai fini della sostituzione dell'ausiliaria, la verifica della diligenza impiegata dall'impresa ausiliata ai fini della conoscenza o conoscibilità del difetto dei requisiti dell'ausiliaria.

Vi è quindi una sostituibilità che prescinde dalla conoscibilità o meno della causa escludente.

Ciò in quanto tra ausiliata e ausiliaria non intercorre lo stesso stretto legame riguardante i componenti del raggruppamento, i quali si interfacciano in modo unitario con la stazione appaltante.

Non vige quindi la presunzione che l'ausiliata conosca o sia in condizione di conoscere compiutamente lo stato e i requisiti dell'ausiliaria.

Sotto l'egida del previgente art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui la falsa dichiarazione dell'ausiliario comportava l'esclusione del concorrente dalla gara, senza possibilità di sostituzione, all'esclusione automatica la Corte di Giustizia opponeva la possibilità di sanare la posizione attraverso la sostituzione dell'ausiliaria, sia pure subordinata alla prova che la mancata conoscenza, da parte dell'impresa ausiliata, della situazione impeditiva non fosse addebitabile a mancanza di diligenza dell'offerente (cioè dell'operatore economico ausiliato): Corte di Giustizia, IX, 3.6.2021, C-210/20.

Tale linea di indirizzo interpretativo è superata dall'attuale disciplina legislativa, in quanto l'art. 104

del d.lgs. n. 36/2023, nel prevedere la sostituibilità dell'impresa ausiliaria mancante dei requisiti o autrice di dichiarazioni mendaci, non dispone che la stazione appaltante debba indagare sullo sforzo di diligenza profuso dall'operatore ausiliato per conoscere la situazione dell'ausiliaria.

7. Il soccorso istruttorio

E' istituito ispirato alla necessità di evitare che l'esito della gara sia condizionato da un formalismo fine a se stesso. In quest'ottica il nuovo codice dei contratti pubblici ha evitato la distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali.

Nell'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023 si riscontrano quattro tipologie di soccorso istruttorio (Cons. Stato, V, 31.7.2024, n. 6875):

a) soccorso integrativo (comma 1, lettera a, dell'art. 101 d. lgs. n. 36/2023, non difforme dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente all'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti non allegati ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico); l'integrazione mediante soccorso istruttorio, prevista espressamente dalla norma in riferimento all'omessa presentazione della garanzia provvisoria (la quale era stata dequotata dalla giurisprudenza, già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023, a mero elemento formale della domanda: TAR Campania, Napoli, I, 1.3.2024, n. 1429), del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale nei costituendi raggruppamenti, è sanabile mediante allegazione di documenti di data certa anteriore al prestabilito termine di presentazione delle offerte; assimilabile alla mancata presentazione della garanzia provvisoria è il caso della polizza illeggibile (TAR Calabria, Catanzaro, II, 6.2.2024, n. 190);

b) soccorso sanante (comma 1 lettera b), non difforme dall'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili); tale forma di soccorso istruttorio riguarda anche il caso dell'inesatto contenuto della garanzia provvisoria (riportante, ad esempio, un importo errato), regolarizzabile successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte in quanto non ricadente nell'ambito applicativo dell'art. 101, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 36/2023;

c) soccorso istruttorio in senso stretto o procedimentale (comma 3), che, recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale, abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica;

d) soccorso correttivo d'iniziativa dell'impresa offerente (comma 4 dell'art. 101), atipico in quanto la abilita direttamente a rettificare l'errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o economica di cui si sia accorta dopo la scadenza del termine di presentazione, sempre che non vi sia modifica sostanziale dell'offerta e che resti assicurato l'anonimato.

Tuttavia non ci si può avvalere del soccorso istruttorio per rimediare a dichiarazioni del tutto omesse nei documenti annessi all'offerta o a inesattezze non riconoscibili, anche se non riguardino aspetti tecnici ed economici della stessa; è infatti necessario che il possibile errore sia desumibile da incertezze o ambiguità della dichiarazione (TAR Toscana, III, 5.12.2024, n. 1418, riguardante un caso in cui un operatore economico aveva dichiarato date di svolgimento di un servizio pregresso

errate, con conseguente apparente mancanza di un requisito speciale richiesto dal bando). Non è nemmeno consentito il soccorso istruttorio attivato non tanto per integrare e chiarire la documentazione prodotta a comprova della dichiarazione, ma per rettificare il contenuto della dichiarazione medesima nella sua integralità, giacché, nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, i principi del *favor participationis* e del risultato non possono mai confliggere con il principio della *par condicio* fra i concorrenti (Con. Stato, V, 12.2.2024, n. 1372).

Può essere invece oggetto di soccorso istruttorio l'omessa indicazione, nell'offerta, del nome del progettista, trattandosi di professionista esterno che non assume il ruolo di concorrente (TAR Lazio, Roma, II, 3.1.2024, n. 140).

Gianluca Bellucci