

VADEMECUM RUP

Il Codice dei contratti pubblici D. Lgs. 36/2023 nella giurisprudenza

TF APPALTI

Avv. Danilo Argeri

Dott.ssa Tiziana Anna Ghiotto

Avv. Anna Lagonegro

D. Lgs 36/2023

Art. 10 – Principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione

La norma dispone che gli affidamenti avvengano nel rispetto del principio di rotazione in base al quale *«è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.»*

La rotazione si ha solo a carico del soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione (il comma 2 fa riferimento al *«contraente uscente»*), escludendo dal divieto (in quanto non espressamente previsto) coloro che erano stati soltanto invitati alla precedente procedura negoziata, senza conseguire poi l'aggiudicazione.

L'art. 49, comma 3 del d.lgs. 36/2023 stabilisce che la stazione appaltante può, con apposito regolamento, ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tal modo, il principio di rotazione si applicherà solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori.

**Cause di esclusione
automatica ex art. 94 del
Codice**



**TAR Liguria, Genova,
Sez. I, 23.10.2024, N. 687**



La previsione, ai fini della richiesta di appuntamento per l'esecuzione di un sopralluogo, di un termine da rispettare a pena di esclusione risulta in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 10, D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, la cui violazione è causa di nullità rilevabile d'ufficio (art. 10, co. 2).



L'art. 92 del D. Lgs. n. 36/2023 non può giustificare l'esclusione a causa del mancato rispetto del termine per l'esecuzione del sopralluogo, dal momento che l'art. 92 si limita a imporre alle stazioni appaltanti di tenere conto, nello stabilire i termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte, del tempo necessario per eseguire il sopralluogo, senza comminare l'esclusione a fronte del mancato rispetto di un termine per la relativa richiesta di appuntamento.

**Cause di esclusione
automatica ex art. 94 del
Codice**



**TAR Umbria, Perugia,
Sez. I, 14.04.2025, N. 142**



All'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito (Corte di giustizia, 31 marzo 2022, in causa C-195/21; Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 maggio 2023, n. 2992; T.A.R. Calabria, sez. I, 23 dicembre 2024, n. 1834; cfr. C.d.S., sez. V, 5 agosto 2024, n. 6967)

Secondo il condivisibile insegnamento della giurisprudenza amministrativa (vds. Consiglio di Stato, Sez. IV, 1 febbraio 2024, n. 1048), recepito anche nella Delibera ANAC 8 maggio 2024, n. 225, la facoltà della stazione appaltante di prevedere determinati requisiti di capacità professionale, nei limiti di ragionevolezza e proporzionalità, di cui all'art. 10, comma 3, del D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 conferma l'impostazione secondo la quale la pubblica amministrazione ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati standard qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara.

Rientra nella discrezionalità della stazione appaltante la scelta di richiedere ai partecipanti di comprovare il requisito della capacità tecnico-professionale mediante l'indicazione di almeno un contratto per «*servizio di punta*» analogo in un determinato periodo antecedente la pubblicazione del bando.

**Cause di esclusione
automatica ex art. 94 del
Codice**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. IX, 19.05.2025, N.
3857**



La circostanza che
l'aggiudicataria sia carente,
all'atto della presentazione della
domanda di partecipazione,
della iscrizione alla *White List*
postula l'assenza di un requisito
di partecipazione che comporta
l'applicazione del meccanismo
espulsivo

È pacifico in giurisprudenza che l'iscrizione negli elenchi tenuti dalle Prefetture configura una speciale causa di esclusione, applicabile anche in mancanza di una specifica menzione nella *lex specialis* di gara e non contrastante col principio di tassatività delle cause di esclusione, non sanabile pertanto con l'acquisizione postuma (conf. a Cons. Stato, Sez. V, Sent., 18/02/2025, n. 1345)

Tale posizione ermeneutica è condivisa anche dall'ANAC secondo cui se l'appalto contempla anche parzialmente attività, riconducibili a quelle maggiormente esposte al rischio di infiltrazioni mafiose (art. 1, comma 53, L. n. 190/2012), oppure, se le predette attività sono «*strumentali, accessorie o connesse alla prestazione oggetto di affidamento*», la stazione appaltante è tenuta ad accertare che gli offerenti siano iscritti alla *White List*, in quanto diversamente ragionando risulterebbe eluso il sistema di controlli antimafia, rendendo possibile l'espletamento di attività a rischio di infiltrazione mafiosa (Comunicazione del 17 gennaio 2023).

L'Anac ha ulteriormente precisato che «*eventuali clausole di segno contrario o l'assenza*» (nei bandi di gara) «*della clausola che imponga, a pena di esclusione*», l'iscrizione alla *White List*, devono «*essere sostituite o colmate attraverso l'eterointegrazione degli atti di gara, in considerazione della natura imperativa e cogente della disciplina relativa agli accertamenti antimafia nei settori a rischio di infiltrazione mafiosa*».

**Cause di esclusione
automatica ex art. 94 del
Codice**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. IX, 19.05.2025, N.
3857**



Ai sensi del comma 52 dell'art.
1, L. n. 190 del 2012
(*disposizioni per la prevenzione e la
repressione della corruzione e
dell'illegalità nella pubblica
amministrazione*), la *White List* è
una modalità particolare di
effettuazione delle verifiche
antimafia, prevista dalla legge in
relazione a particolari settori.

L'aggiudicataria non può acquisire successivamente il requisito dell'iscrizione alla *White List* siccome i requisiti di partecipazione devono essere posseduti al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda al fine di garantire la parità di trattamento degli operatori economici (ex multis, T.A.R. Napoli, Sez. V, 2 maggio 2024, n.2899).

La Stazione appaltante non può sottrarsi alla forza cogente della previsione di cui al comma 52, art. 1 L. 190/2012, e segnatamente alla parte in cui viene richiesto a pena di esclusione che gli operatori economici debbano essere iscritti (o quantomeno debbano aver presentato domanda di iscrizione prima della offerta, cfr. Cons. di Stato, Sezione III, sentenza 14 dicembre 2022, n. 10935) in appositi elenchi istituiti presso la Prefettura del luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale così come indicato dalla medesima norma.

Tale esegesi normativa non opera in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; viceversa, la necessità di ricorrere alla eterointegrazione dalla legge di gara, presidiata dalla sanzione espulsiva, si rivela funzionale a esigenze di prevenzione che permeano, alla stregua della legislazione di settore, anche la disciplina della gara e che condizionano la possibilità di aggiudicazione e di stipula dei contratti pubblici (in termini, si veda anche Consiglio di Stato sez. V, 18 gennaio 2024, n.606).

**Cause di esclusione
automatica ex art. 94 del
Codice**



**TAR Marche, Ancona,
Sez. I, 29.04.2025, N. 312**



Le dichiarazioni relative
all'assenza delle cause di
esclusione di cui agli artt. 94 e
95 del D. Lgs. n. 36 del 2023
sono finalizzate principalmente
a consentire alla stazione
appaltante di svolgere le
verifiche di legge a carico dei
soggetti menzionati nelle
dichiarazioni medesime.

La dichiarazione positiva resa dall'interessato non ha alcuna rilevanza negoziale assoluta, visto che, se dalle verifiche postume è confermata l'assenza di cause di esclusione *nulla quaestio*, mentre se da tali verifiche emerge la sussistenza di pregiudizi la dichiarazione è *tamquam non fuisset* (ossia essa è falsa, reticente, e così via, il che conduce alla possibile esclusione del concorrente)

Dal punto di vista formale è sufficiente che i nominativi dei soggetti titolari di cariche sensibili risultino dal complesso della documentazione amministrativa che accompagna l'offerta, di modo che sin dal momento dell'apertura della busta amministrativa la stazione appaltante sia in grado di conoscere i nominativi dei soggetti da sottoporre a verifiche dopo l'aggiudicazione.

**Cause di esclusione
automatica ex art. 94 del
Codice**



**TAR Lombardia, Milano,
Sez. II, 13.01.2025, N. 73**



Fornire informazioni non
corrispondenti a quelle reali è
sanzionabile con l'esclusione
dalla gara in base all'art. 95,
comma 1 lett. e) in combinato
disposto con l'art. 98 del D.
Lgs. n. 36/2023.

La giurisprudenza, con osservazioni riferite al
previgente Codice dei contratti pubblici ma
indubbiamente valide anche per le nuove
disposizioni di settore, ha precisato che le norme
di cui agli artt. 94 comma lett. e) e 98, comma 3,
nel consentire l'esclusione dalla gara dell'operatore
economico che fornisca anche per negligenza
informazioni false o fuorvianti suscettibili di
influenzare le decisioni sulla selezione o
l'aggiudicazione, includono indubbiamente
nell'ambito delle dichiarazioni da essa considerate
rilevanti, anche quelle relative alle caratteristiche
dell'offerta ove idonee a influire sul processo
decisionale dell'amministrazione, in ordine
all'attribuzione del punteggio o più in generale
all'individuazione del concorrente aggiudicatario
(cfr. C.d.S., sez. V, 8 maggio 2018, n. 2747).

**Cause di esclusione
automatica ex art. 94 del
Codice**



**TAR Lazio, Roma, Sez.
II, 09.01.2025, N. 401**



Non è più prevista come causa
automatica di esclusione, la
sentenza di patteggiamento ex
art. 444 del c.p.p.

Per quanto concerne il possesso dei requisiti di ordine generale, l'art. 94, comma 1 del D. Lgs. n. 36/2023 stabilisce che *«è causa di esclusione un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile»*. Orbene, a differenza della vecchia formulazione dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016 non è più prevista come causa automatica di esclusione, la sentenza di patteggiamento ex art. 444 del c.p.p.

Risulta del tutto priva di fondamento l'affermazione in base alla quale la sentenza di patteggiamento subita dall'aggiudicataria sarebbe equiparata a una sentenza di condanna definitiva e, pertanto, causa di esclusione automatica dalla procedura di gara ai sensi dell'art. 94 del D.Lgs. n. 36 del 2023.

**Cause di esclusione
automatica ex art. 94 del
Codice**



**TAR Lazio, Roma, Sez.
II, 09.01.2025, N. 401**



In caso di spontaneamente
esecuzione della misura
interdittiva quale pena
accessoria della sentenza di
patteggiamento trova
applicazione l'art. 445 c.p.p.

Ancorchè in seguito al patteggiamento siano state applicate delle pene accessorie, tra cui una sanzione interdittiva, ove l'aggiudicataria abbia provveduto spontaneamente a dare esecuzione alla misura interdittiva, e per l'effetto la Procura della Repubblica abbia disposto l'archiviazione per non luogo a procedere ad ulteriori provvedimenti esecutivi, deve ritenersi applicabile alla fattispecie il disposto dell'art. 445 c.p.p. secondo cui *«se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi, diverse da quella penale, che equiparano la sentenza prevista dall'art. 444, comma 2, c.p.p. alla sentenza di condanna»*.

Ove ricompreso nella fattispecie di cui sopra, il provvedimento di patteggiamento non è idoneo a produrre alcun effetto nella procedura di gara e, pertanto, non può ritenersi configurata alcuna causa automatica di esclusione ex art. 94 del D. Lgs. n. 36 del 2023. Si rammenta, infatti, che ai sensi dell'articolo 10 del D.Lgs. n. 36 del 2023, le cause di esclusione non possono essere interpretate estensivamente.

**Cause di esclusione
automatica ex art. 94 del
Codice**



**TAR Lazio, Roma, Sez.
II, 09.01.2025, N. 401**



La nuova disciplina contenuta nel D. Lgs. n. 36/2023 prevede che se l'operatore economico fornisce prova di aver adottato misure idonee a dimostrare la sua affidabilità e la stazione appaltante ritiene tali misure sufficienti e tempestivamente adottate, non deve escludere quell'operatore economico dalla procedura d'appalto.

L'operatore economico deve rappresentare tutti i provvedimenti di *self cleaning* adottati (ad es. dissociazione dai soggetti responsabili, procedimenti disciplinari a loro carico, mutamento della compagine societaria, rinnovo dell'organismo di vigilanza, aggiornamento del modello di organizzazione, gestione e controllo, istituzione di un ufficio legale e di un ufficio di *Internal Audit*) e la stazione appaltante deve valutare l'idoneità di tali misure a garantire la serietà e l'affidabilità dell'operatore economico stesso.

Sulla scorta delle informazioni fornite dall'operatore economico, la stazione appaltante deve essere posta nelle condizioni di operare una valutazione puntuale ed approfondita dei fatti *de quibus*, al fine di valutarne correttamente l'idoneità a non integrare una causa di esclusione automatica, né un illecito professionale grave ex art. 98 D. Lgs. n. 36/2023.

Le misure di *self cleaning* di cui all'art. 96, comma 6, D. Lgs. 36/2023 rilevano non solo in presenza di una causa di esclusione non automatica, ma anche in presenza di una causa di esclusione automatica per espresso disposto dell'art. 96, comma 2 (TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 3.03.2025, n. 166).

**Cause di esclusione
automatica ex art. 94 del
Codice**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. VIII, 07.01.2025, N.
109**



Nel Codice dei contratti pubblici non vi è alcuna specifica previsione che imponga espressamente, *sic et simpliciter*, l'esclusione dell'operatore economico, affittuario di azienda e/o ramo d'azienda, allorché l'impresa concedente/affittante sia stata medio tempore assoggetta a una procedura concorsuale.

Se è vero che l'art. 94, comma 5, lett. d) del D.Lgs. n. 36 del 2023 prevede, quale ipotesi di esclusione automatica dalla gara, la sottoposizione (tra l'altro) alla procedura di liquidazione giudiziale, è parimenti incontestabile che tale disposizione si riferisce al solo «operatore economico», così circoscrivendo in capo al soggetto che prende parte alla procedura di appalto l'ambito di operatività della causa di esclusione di cui trattasi.

Tale interpretazione «restrittiva» trova conforto anche nel principio di tassatività delle clausole di esclusione, dettato dall'art. 10 del vigente Codice dei contratti pubblici, da leggersi in combinato disposto con i più generali principi - di derivazione comunitaria - di concorrenza e massima partecipazione (anch'essi codificati ed espressamente richiamati nel Libro I del Codice).

**Cause di esclusione
automatica ex art. 94 del
Codice**



**TAR Campania, Napoli,
Sez. VIII, 07.01.2025, N.
109**



Nessun dato normativo induce
a ritenere che, di per sé, il
fallimento (ovvero la
liquidazione giudiziaria)
dell'impresa concedente
l'azienda/ramo d'azienda si
rifletta, per così dire «*per
contagio*», in capo all'affittuario.



Secondo la giurisprudenza più recente, la disciplina in materia di procedure concorsuali attualmente contenuta nel D. Lgs. n. 14 del 2019, e in particolare nell'art. 184, co. 1, secondo cui «*L'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del concedente non scioglie il contratto di affitto d'azienda, ma il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può recedere entro sessanta giorni ...*», accorda un termine massimo entro il quale l'organo della procedura può esercitare la facoltà di recesso, decorso il quale il contratto conserva/consolida i propri effetti: la *ratio* di fondo è garantire la conservazione dei valori imprenditoriali laddove essi siano inseriti in altro contesto e gestiti da altro soggetto ai fini di un loro proficuo impiego produttivo, e ciò anche nell'interesse della massa dei creditori del soggetto insolvente. In un'ottica sistematica, e «*calando*» tale previsione nel contesto di una procedura di evidenza pubblica che veda la partecipazione dell'affittuario dell'azienda, è da privilegiarsi un'interpretazione che neghi il verificarsi, in capo al medesimo, di effetti «*escludenti*» di tipo automatico, sub specie di mancanza *ab origine* o intervenuta perdita dei requisiti di partecipazione alla gara, altrimenti risultando vanificato l'obiettivo di fondo che la disposizione persegue.

**Cause di esclusione ex
artt. 94 e 95 del Codice**



**TAR Basilicata, Potenza,
Sez. I, 22.05.2025, N. 314**



L'art. 10, comma 2, D.Lgs. n. 36 del 2023. statuisce che le cause di esclusione, relative ai requisiti di ordine generale, di cui agli artt. 94 e 95 dello stesso D.Lgs. n. 36 del 2023, cioè rispettivamente quelle di esclusione automatica e quelle di esclusione non automatica *«sono tassative»*, specificando che le *«clausole»* delle *lex specialis* *«che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte»*

Deve ritenersi legittimo l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare nella domanda di partecipazione di *«non essere incorso in alcuna delle clausole di esclusione previste dagli artt. 94, 95 e 98 D.Lgs. n. 36 del 2023»*, ma non quello *«di non aver contenziosi in atto con l'Ente committente, né con qualsiasi Amministrazione Pubblica per materie inerenti all'oggetto dell'appalto»*, in quanto le stazioni appaltanti possono esclusivamente chiedere ai concorrenti, di indicare i provvedimenti giudiziari ed i contenziosi pendenti, relativi a gravi illeciti professionali, ma non pretendere di non aver controversie pendenti con Pubbliche Amministrazioni.

**Cause di esclusione ex
artt. 10, 94 e 95 del
Codice**



**TAR Lazio, Roma, Sez.
II, 02.12.2024, N. 21577**



L'art.10, co.2 regola il principio di tassatività delle cause di esclusione, stabilendo a tal fine che *«Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte»*.

Il principio di tassatività introduce delle ipotesi di nullità testuale del provvedimento amministrativo, in deroga al generale principio per cui, in assenza di espressa comminatoria di nullità ad opera della legge, il provvedimento che viola la legge è (di regola, appunto) annullabile e non nullo, anche in caso di violazione di norma imperativa.

Nondimeno, il carattere derogatorio di detta nullità testuale fa sì che la sanzione della nullità non possa estendersi in via analogica al di fuori dei casi espressamente previsti dalla norma.

Il comma 2 dell'art.10 è chiaro nel restringere la nullità alla violazione delle clausole di esclusione di tipo generale (cd. requisiti morali), attraverso il letterale riferimento agli artt. 94 e 95 del Codice.

La disposizione non stabilisce che i partecipanti alla gara possono essere esclusi solo in ragione delle cause escludenti di cui agli artt. 94 e 95 del D. Lgs. n. 36 del 2023, riguardanti le cause di esclusione automatica e non automatica per mancanza dei requisiti generali, nel senso che queste esauriscono il novero delle possibili cause di esclusione.

**Cause di esclusione ex
artt. 10, 94 e 95 del
Codice**



**TAR Lazio, Roma, Sez.
II, 02.12.2024, N. 21577**



Il comma 3 dell'art.10 (quale norma di principio) affida alle stazioni appaltanti il potere-dovere di declinare requisiti speciali correttamente calibrati sulla natura e sul valore della procedura selettiva.

La tassatività dettata nel comma 2 con riferimento alle cause escludenti di cui agli artt. 94 e 95 del D. Lgs. n. 36/2023 non ha impedito al legislatore di prevedere, nell'ultimo comma dell'art. 10 del Codice, 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, principiando dai *«requisiti di ordine speciale»*.

Per i requisiti speciali, per i quali è di regola la stazione appaltante competente a fissare, nel bando, la relativa disciplina, difetta (in radice) la possibilità di applicare il principio di tassatività (e il corollario della nullità per le clausole difformi), atteso che la *lex specialis*, non la legge, è competente a stabilirli.

Cause di esclusione non automatiche ex artt. 95 e 98 del Codice



TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 07.10.2024, N. 3300



L'art. 98, settimo comma, impone alla stazione appaltante di valutare i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente, precisando che l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.

Il legislatore ha escluso ogni forma di automatismo fra i provvedimenti assunti dall'autorità giudiziaria (ancorché di natura non giurisdizionale) e le determinazioni della stazione appaltante, con la conseguenza che, come più volte affermato dalla giurisprudenza (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, V, 19 agosto 2024, n. 3858), l'Amministrazione, nel disporre l'esclusione da una procedura di affidamento per grave illecito professionale, è tenuta ad attivare il contraddittorio procedimentale, all'esito del quale possono in ipotesi emergere circostanze tali da indurre l'Amministrazione medesima a non condividere la valutazione - preliminare, sotto un profilo processuale - del pubblico ministero.

La pendenza di indagini preliminari non costituisce un'ipotesi che rileva ai fini degli obblighi dichiarativi dell'operatore economico; in linea di principio l'indagato non è edotto dell'esistenza di indagini a suo carico, salvo che sia intervenuto un atto garantito, ovvero sia stato invitato a presentarsi per l'interrogatorio o abbia ricevuto l'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Cause di esclusione non automatiche ex artt. 95 del Codice



TAR Calabria, Reggio Calabria, 11.09.2024, N. 565



In presenza di gare distinte e autonome quali quelle multilotto, la mera «partecipazione» di soggetti controllati/collegati - purché non aspiranti al medesimo Lotto - non può dirsi ex se lesiva dei principi di *par condicio*, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione e, quindi, di fiducia nei reciproci rapporti con la p.a., ovvero determinante offerte parziali, plurime, condizionate, alternative, irregolari.

Come più volte chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, il divieto di «partecipazione» alle gare di cui all'art. 95 comma 1 lett. d) D. Lgs. n. 36/2023, in quanto strumentale alla tutela dei principi generali in tema di *par condicio*, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione e, quindi, fiducia nei reciproci rapporti con la p.a. - si riferisce agli operatori economici riconducibili ad un unico centro decisionale in quanto partecipanti alla medesima «gara» ma non anche a quelli che partecipano a gare diverse, quali quelle funzionali all'assegnazione di Lotti diversi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19.01.2023, n. 652; Sez. V, 18.03.2021, n. 2350; 12.02.2020, n. 1070; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13/11/2023, n.16907; Sez. V, 25.07.2023, n. 12625). Peraltro, la logica alla quale risponde la suddivisione in lotti è proprio quella di rendere la gara più accessibile in quanto ad oggetto più limitato e tale così da consentire una maggiore partecipazione.

La finalità pro-concorrenziale del divieto di partecipazione dell'operatore controllato collegato di cui all'art. 95 D.Lgs. n. 36 del 2023 è imposta dal Legislatore avuto riguardo alla fase iniziale della partecipazione alla procedura di aggiudicazione del «singolo lotto».

Cause e procedimento di esclusione ex artt. 95, 96 e 98 del Codice



**TAR Lombardia, Milano,
Sez. IV, 15.07.2024, N.
2189**



L'ipotesi di cui all'art. 95, comma 1, let. e) che *«l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati»* - rileva, ai sensi dell'art. 96, comma 10, let.c) *«per tre anni decorrenti rispettivamente (...) dalla commissione del fatto in tutti gli altri casi»* (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, II, 17 maggio 2024, n. 421).

È precluso alla Stazione appaltante estendere il proprio controllo a fattispecie che si collocano al di fuori dell'ambito temporale individuato dalla norma, ponendosi ciò anche in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e di interpretazione restrittiva delle stesse, in quanto deve prevalere il principio del *favor participationis* (cfr. Consiglio di Stato, IV, 31 maggio 2023, n. 5393; III, 14 maggio 2020, n. 3084; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 20 giugno 2024, n. 1901; IV, 11IV, 11 giugno 2024, n. 1764; IV, 27 febbraio 2023, n.494).

La ratio che ha ispirato tale norma risiede nell'esigenza di scongiurare l'eccessiva (sproporzionata e irragionevole) estensione dei correlati obblighi dichiarativi posti in capo al concorrente al fine di limitare la rilevanza dei pregressi illeciti a un arco temporale triennale, il cui superamento determina l'impossibilità di ritenere «dubbia» l'affidabilità dell'impresa (cfr. Consiglio di Stato, V, 5 luglio 2023, n. 6584).

È illegittima la valutazione, in sede di verifica di affidabilità del concorrente, delle risoluzioni contrattuali intervenute oltre il triennio di riferimento, essendo le stesse del tutto irrilevanti e non sussistendo nemmeno il relativo obbligo dichiarativo in capo al partecipante (Consiglio di Stato, V, 21 agosto 2023, n. 7857; V, 16 gennaio 2023, n. 531; V, 27 gennaio 2022, n. 575).

Cause e procedimento di esclusione ex artt. 95, 96 e 98 del Codice



**TAR Lombardia, Milano,
Sez. IV, 15.07.2024, N.
2189**



L'art. 98 del D.Lgs. n. 36 del 2023, con riguardo al procedimento diretto all'esclusione dell'operatore ritenuto inaffidabile, impone il ricorso a mezzi di prova adeguati, ponendo l'onere della loro individuazione a carico della Stazione appaltante

Un solo episodio di risoluzione contrattuale, non può (e non deve) rappresentare un indice (adeguato) di inaffidabilità dell'operatore, tranne che non sia dimostrata la ricorrenza di peculiari e rilevanti elementi che, per connotazione o gravità, possano indurre la Stazione appaltante a orientarsi diversamente; ove ci si trovi al cospetto di tale situazione è necessario evidenziarla attraverso l'esternazione di una motivazione particolarmente approfondita e puntuale, effettuata sulla scorta di una adeguata istruttoria

La valutazione di affidabilità professionale deve considerare il complesso delle attività svolte dall'operatore economico e non incentrarsi su singole vicende considerando che in presenza di un rilevante volume delle attività riferibile a svariati ambiti geografici, l'operatore *«possa incorrere localmente in saltuarie e circoscritte vicende le quali, proprio perché riferite a fatti maturati in uno specifico contesto ambientale, si rivelano non sintomatiche di un'inaffidabilità dell'impresa su tutta la più ampia scala organizzativa e latitudine territoriale delle sue attività»* (T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 22 Novembre 2023, n. 2762, Che Richiama Consiglio di Stato, III, 13 novembre 2023, n. 9721).

Cause e procedimento di esclusione ex artt. 95 e 98 del Codice



**CDS, SEZ. IV,
28.03.2024, N. 2931**



Il nuovo Codice dei contratti pubblici dà rilievo al «*fatto processuale*» quale adeguato mezzo di prova dell'illecito professionale (cfr. art. 98, comma 6 lettere g) e h), in relazione al comma 3 e all' art. 95, comma 1 lettera e).

Il *dies a quo* per il calcolo del termine triennale di rilevanza dei fatti di matrice penale, non può essere ancorato alla pronuncia con efficacia di giudicato, bensì al momento in cui gli elementi informativi a disposizione della stazione appaltante siano adeguati alla percezione del fatto ed all'apprezzamento della sua incidenza sulla moralità del concorrente; ascrivere al giudicato penale il decorso del termine triennale di rilevanza determinerebbe infatti l'effetto di estendere a dismisura la valenza dello stesso, anche ben oltre l'effetto di un eventuale giudicato penale, in palese contrasto con i fondamentali principi di proporzionalità e ragionevolezza (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2023, n. 6584).

In assenza di un accertamento definitivo, contenuto in una sentenza o in un provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile, per individuare il *dies a quo* del termine triennale capace di elidere la rilevanza dei fatti determinanti l'impossibilità di contrattare con la Pubblica amministrazione, deve aversi riguardo alla data dell'accertamento del fatto, idoneo a conferire a quest'ultimo una qualificazione giuridica rilevante per le norme in materia di esclusione Dalle gare d'appalto e non, dunque, alla mera commissione del fatto in sé (Cons. Stato, Sez. IV, 7 ottobre 2022, n. 8611; cfr. anche il 39 di Corte Giustizia, sez. IV, 24 ottobre 2018, C- 124/17 nonché Cons. Stato, sez. IV, n. 8563 del 2020)

Cause e procedimento di esclusione



**TAR Sardegna, Cagliari,
SEZ. I,**

08.03.2025, N. 221



Il potere di accertare il possesso della capacità di partecipazione è un potere immanente in capo alla stazione appaltante e non incontra preclusioni temporali o procedurali o negoziali, potendosi manifestare in ogni tempo e fase della procedura ad evidenza pubblica.



La stazione appaltante, in conformità a quanto stabilito dall'art. 96 del D.Lgs. n. 36 del 2023, può escludere 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 del medesimo Decreto Legislativo. La fase di ammissione alla gara non rappresenta una cesura definitiva e immutabile rispetto alle successive fasi di verifica dei requisiti di affidabilità (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579; TAR Lazio, Roma, 7 dicembre 2022, n. 16345; T.A.R. Sicilia Catania, Sez. IV, Sent., 11/09/2024, n. 3009).

L'assunto di cui sopra è coerente con il principio - operante in diretta coerenza con l'obbligo di mantenere i requisiti per tutta la durata del procedimento e successivamente alla sua conclusione - che impone ai partecipanti alle procedure d'appalto della pubblica amministrazione di comunicare a quest'ultima, nel corso della gara, tutte le vicende, anche sopravvenute, attinenti allo svolgimento della propria attività professionale, al fine di consentire alla stazione appaltante di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti sulla reale affidabilità, morale e professionale, dei concorrenti (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. V quater, Sent., 14/10/2024, n. 17666).

Cause e procedimento di esclusione



**TAR Sardegna, Cagliari,
SEZ. I,
08.03.2025, N. 221**



L'atto di accertamento dei requisiti - come atto ad esito provvisorio e quindi instabile può sempre essere modificato dalla stazione appaltante nel corso della procedura mediante un distinto atto amministrativo (T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 07/12/2022, n. 16345).

È perfettamente in linea con il dettato normativo l'operato della Stazione Appaltante, che ha espletato un'autonoma e completa attività istruttoria dando anche atto, sotto il profilo motivazionale, di quali siano le circostanze meritevoli di approfondimento, avuto riguardo ai requisiti di moralità dell'operatore economico selezionato, in vista dell'affidamento della commessa.

Non esiste nel panorama giuridico e normativo nessun impedimento o preclusione per una pubblica amministrazione che sta procedendo a porre in essere un nuovo affidamento (dopo un'apposita procedura di gara) ad effettuare e porre in essere tutti i controlli prescritti dalla legge, soprattutto se e quando, l'appaltante viene a conoscenza di un quadro informativo e notiziale e/o esaustivo corollario documentale di raffronto di cui in passato non aveva avuto contezza alcuna, o piena contezza.

È consolidato in giurisprudenza l'approdo ermeneutico a mente del quale «sino al momento dell'aggiudicazione definitiva la stazione appaltante può sempre riesaminare il procedimento di gara al fine di emendarlo da eventuali errori commessi o da illegittimità verificatesi, senza che ciò costituisca manifestazione, in senso tecnico, del potere di autotutela, il quale, avendo natura di atto di secondo grado, presuppone esaurita la precedente fase procedimentale con l'intervenuta adozione del provvedimento conclusivo della stessa» (cfr. Cons. Stato, V, 3 luglio 2017, n. 3248 ; Consiglio di Stato, sez. V, 11 ottobre 2018, n. 6853; T.A.R. Lazio Roma, Sez. IV, Sent., 20/05/2024, n. 10031).

Cause e procedimento di esclusione



**TAR Sardegna, Cagliari,
SEZ. I,**

08.03.2025, N. 221



Nelle gare pubbliche il giudizio sui gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte dell'amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un esteso margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore.

Spetta alla stazione appaltante, nell'esercizio dell'esteso potere di valutazione tecnica, apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell'operatore economico, persino se non abbiano dato luogo a un provvedimento di condanna in sede penale, perché essa sola può fissare il punto di rottura dell'affidamento al contraente (Consiglio di Stato, sez. V, 20 giugno 2023, n. 6067; Cons. Stato, Sez. V, Sent., 20/06/2023, n. 6067; T.A.R. Emilia - Romagna Bologna, Sez. II, Sent., 24/05/2024, n. 371).

Nell'ambito della valutazione propria di una stazione appaltante, le determinazioni assunte dalle altre Stazioni Appaltanti nel valutare le dichiarazioni rese dal concorrente all'atto di partecipare ad altre procedure d'appalto non possano essere individuate quale parametro di legittimità della posizione assunta dall'amministrazione procedente in quanto il provvedimento espulsivo è frutto di una valutazione autonoma di ciascuna Stazione Appaltante, senza che la committenza debba necessariamente adeguarsi, né in un senso e né nell'altro, alle decisioni prese da altre amministrazioni.

Si è osservato in giurisprudenza che *«può accadere che due stazioni appaltanti, chiamate a valutare le medesime pregresse vicende professionali di uno stesso operatore economico, diano giudizi opposti, l'una dicendo affidabile quel che l'altra ritenga non affidabile, senza che si possa sol per questo dire l'uno o l'altro provvedimento viziato da eccesso di potere»* (Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2022 n. 5569; Cons. Stato, Sez. V, Sent., 14/08/2024, n. 7141).

**Cause e procedimento di
esclusione in presenza di
rating di legalità**



**TAR Sardegna, Cagliari,
SEZ. I,
08.03.2025, N. 221**



La presenza di un rating di legalità elevato non esclude di per sé la possibilità che una stazione appaltante possa adottare un provvedimento espulsivo allorquando, a seguito di valutazione, specifiche circostanze vengano ritenute idonee a compromettere l'affidabilità dell'operatore economico in relazione all'appalto.

La ratio alla base dell'istituto del rating è diversa da quella sottesa alla disciplina dei requisiti di ordine generale di cui al Codice dei Contratti pubblici, in quanto *«il rating ha una finalità premiale e dunque l'assenza di cause ostative va considerata non in funzione di individuare sanzioni escludenti pregiudizievoli, ma, per così dire, «in positivo», quale presupposto per poter arricchire l'immagine professionale dell'operatore nell'ambito delle commesse pubbliche»* (T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, Sent., 12/10/2023, n. 15089).

**Cause di esclusione in
presenza di sentenza di
patteggiamento**



**TAR Lombardia, Brescia,
SEZ. I,**

03.03.2025, N. 166



La sentenza irrevocabile di
patteggiamento per uno dei
reati di cui all'art. 94, comma 1,
D. Lgs. 36/2023 non comporta
l'esclusione automatica dalla
procedura di gara.

Il D. Lgs. 36/2023, il cui art. 94, comma 1, a differenza del
previgente art. 80 D. Lgs. 50/2016, non fa riferimento alla
sentenza irrevocabile di applicazione della pena su richiesta
delle parti, ma solo alla «*condanna con sentenza definitiva o decreto
penale di condanna divenuto irrevocabile*». Tale disposizione, stando
al suo tenore letterale, appare in sintonia con il nuovo art. 445,
comma 1 bis, c.p.p., giacché esclude che la sentenza
irrevocabile di patteggiamento possa avere un effetto extra-
penale sfavorevole quale causa di esclusione automatica dalle
gare d'appalto.

In sostanza il D. Lgs. 36/2023 non considera espressamente la
sentenza irrevocabile di patteggiamento (per uno dei reati di cui
all'art. 94, 1° comma, commesso da uno dei soggetti di cui
all'art. 94, 3° comma), né tra le cause di esclusione automatica
né tra quelle di esclusione non automatica.

Ai fini dell'esclusione automatica, rilevano solo le condanne
riportate dagli amministratori con rappresentanza che siano in
carica durante la procedura di gara, ai sensi dell'art. 94, comma
3, lett. e). Lo stesso vale ai fini dell'esclusione non automatica
per grave illecito professionale, poiché l'art. 98, comma 3, lett.
g, contempla la contestata commissione di reati da parte «*dei
soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94*».

**Cause di esclusione in
presenza di sentenza di
patteggiamento**



**TAR Lombardia, Brescia,
SEZ. I,
03.03.2025, N. 166**



La sentenza irrevocabile di patteggiamento ha la stessa rilevanza della sentenza non irrevocabile di patteggiamento, cioè quale grave illecito professionale, causa di esclusione non automatica, e non ha la stessa rilevanza della sentenza irrevocabile di condanna, cioè quale causa di esclusione automatica.

Ai sensi dell'art. 10, comma 2, D. Lgs. 36/2023, le cause di esclusione sono tassative, e non può quindi estendersi la portata delle cause di esclusione automatica di cui all'art. 94, comma 1, comprendendovi la sentenza irrevocabile di patteggiamento, che non è prevista dal testo della disposizione.

Ammettere che la sentenza revocabile di patteggiamento abbia la stessa rilevanza della sentenza non irrevocabile evita antinomie tra la disciplina delle cause di esclusione e l'art. 445, comma 1 bis, c.p.p. poiché esclude che la sentenza irrevocabile di patteggiamento abbia un automatico effetto extra-penale sfavorevole per il condannato, in conformità alla regola generale sancita per l'appunto dalla suddetta disposizione del codice di procedura penale. Inoltre tale interpretazione risulta coerente con la natura della sentenza di patteggiamento, che non implica ammissione di responsabilità penale, sicché la commissione di reati non viene accertata dalla sentenza con efficacia di giudicato (accertamento che costituisce il presupposto per l'operatività di una causa di esclusione automatica ex art. 94, 1° comma), ma resta meramente «contestata», e dunque può essere discrezionalmente apprezzata dalla stazione appellante quale grave illecito professionale (ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. c, nonché dell'art. 98, comma 3, lett. g, e comma 6, lett. g).

**Cause di esclusione di
partecipanti a
raggruppamenti**



**TAR Campania, Napoli,
SEZ. I,
04.10.2024, N. 5211**



L'art. 97 del D. Lgs. 36/2023 in
materia di «*estromissione*»
ammette la modifica del
raggruppamento cosiddetto
«per riduzione» e amplia le
possibilità di modifica dei
concorrenti a struttura
plurisoggettiva, laddove,
nell'introdurre la nozione di
«*sostituzione*», ammette la
modifica del raggruppamento
anche in via «*aggiuntiva*».

Il legislatore ha consentito ai raggruppamenti afflitti da vicende inerenti uno dei suoi componenti per condotte ai primi non imputabili e sulle quali non hanno potere di controllo, di prevedere, oltre alla misura dell'estromissione, anche quella della sostituzione. L'art. 97 supera pertanto le restrizioni presenti all'art. 48, commi 17 e 18, D. Lgs. 50/2016, prevedendo due possibili misure volte a superare il vizio pendente a carico di uno dei partecipanti al RTI. La prima misura è l'estromissione, con conseguente riduzione soggettiva dell'ATI e ridistribuzione interna tra i superstiti dei compiti. La seconda misura è la sostituzione. Con tutta evidenza questa interviene nel caso in cui, in conseguenza dell'estromissione di uno dei componenti, vengano meno i requisiti di partecipazione. Per ovviare a simile inconveniente, l'operatore economico può provvedere a sostituire il partecipante del raggruppamento allo scopo di mantenere i requisiti, senza alterare la divisione dei compiti e fermo rimanendo il rispetto del principio di non modificabilità dell'offerta.

**Cause di esclusione di
partecipanti a
raggruppamenti**



**TAR Campania, Napoli,
SEZ. I,**

04.10.2024, N. 5211



Ai sensi dell'art. 97 del D. Lgs.
36/2023 è ammessa la
sostituzione di una consorziata
designata, priva di un requisito
generale di partecipazione, con
altra consorziata.

Il subentro di un nuovo soggetto in conseguenza della fuoriuscita di quello precedente estromesso è consentito a condizione del rispetto dei requisiti di qualificazione. In ogni caso, in base al principio della par condicio, l'offerta già presentata non può in alcun modo subire modifiche rispetto al contenuto prospettato all'atto della domanda (TAR Sicilia, Palermo Sez. III, 22 gennaio 2024, n. 218; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 28 febbraio 2024, n. 541 riguardo alla possibilità di sostituire il progettista già designato).

IN SINTESI

IL RUP

- non può procedere all'esclusione a causa del mancato rispetto del termine per l'esecuzione del sopralluogo;
- può richiedere ai partecipanti di comprovare il requisito della capacità tecnico-professionale mediante l'indicazione di almeno un contratto per «*servizio di punta*» analogo in un determinato periodo antecedente la pubblicazione del bando;
- deve accertare che gli offerenti siano iscritti alla *White List*;
- deve verificare che i nominativi dei soggetti titolari di cariche sensibili risultino dal complesso della documentazione amministrativa che accompagna l'offerta;
- non deve considerare quale causa automatica di esclusione la sentenza di patteggiamento ex art. 444 del c.p.p.;
- non può interpretare in modo estensivo le cause automatiche di esclusione previste dall'art. 94 del D. Lgs. 36/2023;

IN SINTESI

IL RUP

- deve valutare l'idoneità delle misure di self cleaning adottate dall'operatore economico ai fini della verifica dei requisiti di affidabilità;
- può chiedere ai concorrenti di indicare i provvedimenti giudiziari ed i contenziosi pendenti, relativi a gravi illeciti professionali, ma non può pretendere che non abbiano controversie pendenti con Pubbliche Amministrazioni;
- può fissare negli atti di gara la disciplina dei requisiti speciali;
- non può attuare alcuna forma di automatismo in presenza di provvedimenti assunti dall'autorità giudiziaria ai fini dell'esclusione da una procedura di affidamento;
- deve attivare il contraddittorio procedimentale in caso di provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria che integrino un grave illecito professionale;
- non può estendere il controllo su fattispecie che integrino cause di esclusione che si collochino al di fuori dell'ambito temporale individuato dalle norme di riferimento;

IN SINTESI

IL RUP

- deve ancorare il *dies a quo* per il calcolo del termine triennale di rilevanza dei fatti di matrice penale al momento in cui gli elementi informativi a disposizione della stazione appaltante siano adeguati alla percezione del fatto ed all'apprezzamento della sua incidenza sulla moralità del concorrente;
- può escludere un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto in conformità a quanto stabilito dall'art. 96 del D. Lgs. 36/2023;
- può espletare un'autonoma e completa attività istruttoria sui requisiti di moralità dell'operatore economico selezionato dando atto, sotto il profilo motivazionale, di quali siano le circostanze meritevoli di approfondimento;
- ai fini dell'esclusione automatica e/o non automatica per grave illecito professionale deve prendere in considerazione solo le condanne riportate dagli amministratori con rappresentanza che siano in carica durante la procedura di gara.