

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 4594 del 8 giugno 2026

Appalti pubblici – Grave illecito professionale – Rinvio a giudizio – Causa di esclusione non automatica – Termine triennale – Decorre da esercizio azione penale

Pubblicato il 08/06/2026

N. 04594/2026REG.PROV.COLL.

N. 01264/2026 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1264 del 2026, proposto da -OMISSIS-s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio eletto presso il suo studio in (...);

contro

(...) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) s.p.a., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta) n. 1072/2026, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di (...) s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 maggio 2026 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura di affidamento (...) n. DAC.0-OMISSIS-.2024 avente ad oggetto la fornitura di “Fascette e Sellette in Rame”.

2. -OMISSIS- s.r.l. (di seguito: “società E”), prima graduata, ha impugnato il provvedimento di esclusione 7 aprile 2025 dalla procedura di affidamento indicata in oggetto, indetta da (...) s.p.a. (di seguito: “(...”).

La società h altresì impugnato:

- la nota di (...) trasmessa in data 26 febbraio 2025, di richiesta chiarimenti alla società E se ed in quanto possa occorrere;
- la DAC 29 novembre 2024 n. -OMISSIS-/2024, paragrafo VI punto IX, se e in quanto interpretata quale previsione/causa di esclusione della ricorrente;
- l'atto primo dicembre 2023, adottato da (...) ai sensi dell'art. 169 comma 1 del d. lgs 36/2023, ove richiama per relationem le disposizioni dettate dal Codice Etico e la Policy Anticorruzione del Gruppo;
- qualsiasi altro atto presupposto, connesso e conseguente lesivo della posizione giuridica della ricorrente.

3. Con motivi aggiunti società E ha gravato:

- il provvedimento di (...), di data e numero sconosciuti, di aggiudicazione alla (...) S.p.A. della procedura di affidamento n. DAC.0-OMISSIS-.2024 avente ad oggetto

la fornitura di “Fascette e Sellette in Rame”;

- il secondo verbale della Commissione di gara del 7 aprile 2025, di prosecuzione delle operazioni per scorrimento della graduatoria, con cui si è disposto soccorso istruttorio nei confronti della (...) s.p.a.;
- il terzo verbale della Commissione di Gara del 11 aprile 2025, con cui si è proposta l'aggiudicazione alla (...) S.p.A. del lotto 1 della procedura di affidamento n. DAC.0-OMISSIS-.2024 avente ad oggetto la fornitura di “Fascette e Sellette in Rame.

4. Con successivi motivi aggiunti la società ha impugnato:

- il provvedimento 6 giugno 2025, di aggiudicazione alla (...) s.p.a. della procedura di affidamento n. DAC.0-OMISSIS-.2024 avente ad oggetto la fornitura di “Fascette e Sellette in Rame”;
- la nota di (...) a società E, di comunicazione della aggiudicazione della gara alla (...) spa;
- il secondo verbale della Commissione di gara del 7 aprile 2025, di prosecuzione delle operazioni per scorrimento della graduatoria, con cui si è disposto soccorso istruttorio nei confronti della (...) s.p.a.;
- il terzo verbale della Commissione di Gara del 11 aprile 2025, con cui si è proposta l'aggiudicazione alla (...) s.p.a. del lotto 1 della procedura di affidamento n. DAC.0-OMISSIS-.2024, avente ad oggetto la fornitura di “Fascette e Sellette in Rame.

5. Con ulteriori motivi aggiunti la società ha gravato:

- il provvedimento 6 giugno 2025, di aggiudicazione alla (...) S.p.A. della procedura di affidamento n. DAC.0-OMISSIS-.2024 avente ad oggetto la fornitura di “Fascette e Sellette in Rame”;
- la nota di (...) a società E, di comunicazione della aggiudicazione della gara alla (...) spa;
- il secondo verbale della Commissione di gara del 7 aprile 2025, di prosecuzione

delle operazioni per scorrimento della graduatoria, con cui si è disposto soccorso istruttorio nei confronti della (...) s.p.a.;

- il terzo verbale della Commissione di Gara del 11 aprile 2025, con cui si è proposta l'aggiudicazione alla (...) s.p.a. del lotto 1 della procedura di affidamento n. DAC.0-OMISSIS-.2024, avente ad oggetto la fornitura di "Fascette e Sellette in Rame;

- se ed in quanto possa occorrere, il contratto di appalto stipulato da (...) con la società controinteressata in data 16 luglio 2025, come si evince da comunicazione (...) del 21 luglio 2025, ricevuta dalla ricorrente in pari data.

6. Il Tar Lazio – Roma, con sentenza 20 gennaio 2026 n. 1072, ha respinto i ricorsi e i motivi aggiunti.

7. Società E ha appellato la sentenza con ricorso n. 1264 del 2026.

8. Nel corso del presente grado di giudizio si è costituita (...).

9. All'udienza del 14 maggio 2026 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

10. L'appello è infondato.

11. Il qui impugnato provvedimento escludente è così motivato:

- nel corso dell'attività di verifica dei requisiti, è emersa a carico dell'appellante la pendenza di un procedimento penale, non dichiarato nel DGUE, incardinato presso il Tribunale di Roma, per l'illecito amministrativo previsto e punito dagli artt. 5, 6 e 25 del d. lgs. n. 231 del 2001, derivante da reati corruttivi (artt. 318, 319-321 c.p.) commessi, in danno della stessa (...), da persona individuata nel capo d'imputazione come amministratore di fatto della società;

- la fattispecie integra l'ipotesi escludente di cui al combinato disposto degli artt. 95, comma 1, lett. e), e 98, comma 3, lett. g) e h), del Codice dei contratti pubblici (commissione di illeciti professionali gravi, consistenti in particolare nella commissione dei predetti reati);

- rilevano i fatti contestati in quanto commessi nell'ambito di procedure di

affidamento di (...);

- l'illecito, *“oltre che grave, è altresì corroborato da adeguati mezzi di prova”*, essendo stata esercitata l'azione penale, con conseguente celebrazione dell'udienza preliminare il 12 novembre 2024;

- inoltre, il silenzio della società su tali circostanze avrebbe influito sulla possibilità per il RUP di valutare con completezza l'affidabilità e l'integrità del concorrente (art. 98, comma 3 lett. b) del Codice, che sanziona con l'esclusione la condotta dell'operatore economico che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione);

- quest'ultima condotta, anche se non assistita da dolo, rileva nel complessivo giudizio di gravità delle altre ipotesi di illecito professionale;

- infatti, l'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale;

- le condotte contestate costituiscono violazione dell'art. 169 del d. lgs. n. 36 del 2023: in base all'atto adottato da (...) ai sensi dell'art. 169 del d. lgs. n. 36 del 2023 *“(...) si riserva – mediante inserimento di apposita clausola nella disciplina di gara – la facoltà di escludere motivatamente i concorrenti, candidati o offerenti per i quali ritenga non sussistere adeguata affidabilità professionale in quanto (...) risultino intercorsi (...) nella violazione, nel corso dell'esecuzione di precedenti contratti ovvero in occasione della partecipazione a precedenti procedure, di una qualsiasi delle norme contenute nel Codice Etico e nella policy Anticorruzione del Gruppo”*;

- le misure di self cleaning *“non sono idonee a determinare la necessaria rottura dei rapporti, richiesta dalla norma di matrice comunitaria, fra la società e il soggetto imputato”*;

- in conclusione, *“non può ritenersi ricostituito il rapporto fiduciario con l'Impresa, necessario alla corretta e regolare prosecuzione dell'affidamento in oggetto, anche alla luce dei principi del*

risultato e della fiducia”.

12. Considerando il contenuto del provvedimento escludente, possono essere scrutinati i motivi di appello.

13. Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto il provvedimento plurimotivato, così ritenendo lo stesso giustificato dalla sussistenza di una delle ragioni espulsive, individuata nell'omessa comunicazione della pendenza del procedimento penale, e assorbendo gli ulteriori profili:

Secondo l'appellante il Tar avrebbe dovuto esaminare tutte le doglianze in quanto il provvedimento non è basata su plurime motivazioni, autonome l'una dall'altra, ma su una situazione articolata in plurimi aspetti.

13.1. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto l'omissione dichiarativa idonea a supportare la decisione di esclusione, non rilevando che (...) fosse a conoscenza del procedimento penale, per avere adottato il provvedimento di sospensione dal sistema di qualificazione e perché destinataria di comunicazioni dell'operatore economico in merito alle misure di *self cleaning*.

13.2. Con il terzo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto integrata la causa escludente del grave illecito professionale, senza considerare che, in base alla disciplina contenuta nell'art. 98 del d. lgs. n. 36 del 2023, la fattispecie richiede la ricorrenza di specifici presupposti.

Secondo l'appellante non sono state adeguatamente considerate le seguenti circostanze:

- il procedimento penale non ha coinvolto la società E ma un amministratore di fatto;
- il suddetto soggetto, “qualificato in sede di indagine penale “amministratore di fatto” - in realtà dipendente della società E - è stato licenziato nell'anno 2022,

subito dopo l'avvio della indagine penale”;

- nel 2022 la società E ha adottato misure di *self cleaning*, dandone notizia a (...);
- dopo il 2022 la società E ha effettuato una riorganizzazione, ricevendo sia la certificazione di qualità e il rating di legalità;
- il procedimento penale non si è concluso;
- la società E ha ritenuto che (...) abbia considerato positivamente le misure di *self cleaning* in quanto (...) non ha comunicato rilevi dopo essere stata messa a conoscenza, avendo per tale motivo omesso di dichiarare il procedimento penale nella gara qui controversa.

13.3. Con il quinto motivo l'appellante ha dedotto la violazione degli artt. 95,96 e 98 del d. lgs. n. 36 del 2023 in quanto mancano i presupposti per l'applicazione della causa escludente.

Infatti:

- il procedimento penale vede coinvolto un soggetto in quanto ritenuto l'“Amministratore di fatto” nel procedimento penale, pur non essendo comprovato in quella sede, né nell'ambito da (...);
- nello stesso procedimento penale la società E è indagata, ai sensi degli artt. 5 e 25 del d. lgs. n. 231 del 2001, per illecito amministrativo, quale persona giuridica responsabile dei reati commessi nel suo interesse dal presunto “Amministratore di fatto”;
- la società E non è stata interessata da alcun provvedimento cautelare;
- il GUP non ha ammesso la costituzione di parte civile di (...) nei confronti della società E;
- (...) è a conoscenza dell'indagine penale avviata dalla Procura della Repubblica di Roma almeno a far data dal 2021/2022 essendo coinvolti nell'indagine alcuni funzionari di (...) e per aver adottato nei confronti degli operatori economici coinvolti provvedimenti di sospensione dal sistema di qualificazione;
- sin dal maggio 2022 la società E ha adottato misure di *self cleaning*, dandone

comunicazione a (...);

- (...) non ha comunicato alla società E che le misure adottate fossero insufficienti e intempestive, “*radicando in capo all’O.E. il convincimento della idoneità delle medesime*”.

13.4. Con il sesto motivo l’appellante ha censurato la valutazione di gravità dell’illecito professionale, fondata sulla gravità dell’illecito penale e sull’omissione dichiarativa. Infatti, la gravità dell’illecito penale non troverebbe riscontro nell’indagine penale e sconta il fatto che la società E risulta coinvolta nel procedimento penale, ai sensi degli artt. 5 e 25 del d. lgs. n. 231 del 2001 per illecito amministrativo, solo in quanto persona giuridica responsabile dei reati commessi nel suo interesse dal presunto “Amministratore di fatto”. Né il GUP ha ammesso la costituzione di parte civile.

Non sarebbe stato considerato il tempo trascorso dalla violazione, così violando i commi 4 e 5 del d. lgs. n. 36 del 2023.

Né sussistono i presupposti dell’indebita influenza dell’omissione dichiarativa sul processo decisionale di (...), considerato che quest’ultima è a conoscenza del procedimento penale e che nel 2025 la società E ha partecipato alla gara.

Né sussistono, e sono illustrati in motivazione, i presupposti di cui all’art. 98 del d. lgs. n. 36 del 2023 (elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale, idoneità del grave illecito professionale a incidere sulla affidabilità ed integrità dell’operatore e adeguati mezzi di prova).

13.5. Con il settimo motivo l’appellante ha censurato il riferimento, contenuto nel provvedimento di esclusione, all’atto adottato da (...) ai sensi dell’art. 169 del d. lgs. n. 36 del 2023, in quanto l’atto non contiene le ipotesi escludenti applicate da (...) e il provvedimento escludente non reca un riferimento preciso alla disposizione violate e comunque l’atto limita la rilevanza delle condotte per tre anni.

13.6. Con l’ottavo motivo l’appellante ha sottolineato che l’esclusione della società E ha comportato che all’aggiudicazione abbia potuto concorrere un solo

operatore, posto che dei tre operatori invitati a presentare il preventivo solo due hanno risposto. E ciò in spregio al *favor participationis*, specie in relazione alle piccole e medie imprese.

13.7. Il Collegio osserva quanto segue.

13.8. Il grave illecito professionale costituisce una causa di esclusione non automatica (così la rubrica dell'art. 95 del d. lgs. n. 36 del 2023).

Secondo la Corte di giustizia gli Stati membri dispongono di un “*sicuro margine di discrezionalità*” nella determinazione delle condizioni di applicazione dei motivi di esclusione facoltativi previsti all'art. 57 par. 4 della direttiva n. 2014/24/UE. In particolare gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare i motivi facoltativi di esclusione ivi indicati o di integrarli nella normativa nazionale con un grado di rigore che può variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale (Cgue, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/20).

Una volta che uno Stato membro decide di recepire uno dei motivi facoltativi di esclusione previsti dalla direttiva n. 2014/24/UE come l'illecito professionale grave, deve rispettarne gli elementi essenziali.

Nondimeno, l'applicazione concreta della fattispecie escludente non automatica sconta quanto previsto dall'art. 57 par. 4 della direttiva, in base al quale “*il legislatore dell'Unione ha inteso affidare all'amministrazione aggiudicatrice, e a essa soltanto, nella fase della selezione degli offerenti, il compito di valutare se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto*”.

La facoltà di cui dispone l'amministrazione di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione è destinata in modo particolare a consentirle di valutare, con riferimento al grave illecito professionale, l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti, come dimostrano l'art. 57 par. 4, nonché il considerando 101 della direttiva n. 2014/24/CE, in base al quale che le amministrazioni possono escludere gli “operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili”. Ciò

comporta che è riservata all'amministrazione la valutazione discrezionale dell'affidabilità dell'operatore economico, sicché lo Stato membro non può rigidamente ancorarla alla sussistenza di presupposti specifici, che non possano essere oggetto di uno scrutinio della stazione appaltante (Cgue, sez. IV, 19 giugno 2019, C41/18).

La stazione appaltante, di fronte a una causa di esclusione facoltativa prevista dall'ordinamento nazionale, ha quindi un margine di apprezzamento, intriso di discrezionalità tecnica, in merito alla sussistenza dei presupposti stabiliti dalla fattispecie legislativa, cioè dall'art. 95 comma 1 lett. e) e art. 98 del d. lgs. n. 36 del 2023.

11.2. E' nel rispetto di detta prospettiva che viene scrutinata la valutazione effettuata da (...) con il provvedimento escludente impugnato.

La fattispecie normativa del grave illecito professionale richiede l'integrazione di tre condizioni, *“elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale”*, *“idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore”* e *“adeguati mezzi di prova”* (art. 98 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023).

13.9. Il provvedimento qui gravato dà conto innanzitutto della sussistenza di un procedimento penale a carico della società E, incardinato presso il Tribunale di Roma, per l'illecito amministrativo di cui agli artt. 5, 6 e 25 del d. lgs. n. 231 del 2001, derivante da reati corruttivi (artt. 318, 319-321 c.p.) commessi, in danno della stessa (...), da persona individuata nel capo d'imputazione come amministratore di fatto della società.

La tipologia di reato rientra fra le ipotesi previste dall'art. 94 comma 1 lett. b) del d. lgs. n. 36 del 2023 in caso di sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, così integrando una causa di esclusione “automatica”.

Nel caso in cui, come quello di specie, l'accertamento penale è a uno stadio che assicura un minor grado di certezza, la condotta può assumere rilevanza ai sensi degli artt. 95 comma 1 lett. e) e 98 comma 3 lett. g) ed h) del d. lgs. n. 36 del 2023,

purché risultino integrati i presupposti di fattispecie del grave illecito professionale (causa di esclusione non automatica).

Dal punto di vista oggettivo, il fatto di reato che viene in evidenza rientra nella previsione di cui all'art. 98 comma 3 lett. g), che fa riferimento alle fattispecie illecite di cui all'art. 94 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023.

Da tale punto di vista risulta quindi integrato l'elemento che integra il grave illecito professionale.

Né rileva la circostanza che il procedimento penale non sia concluso, essendo ancora in essere l'ipotesi formulata con capo di imputazione (non avendo trovato una smentita processuale).

13.10. Quanto al tempo di commissione dell'illecito professionale la censura di avvenuto decorso del triennio di rilevanza è infondata.

Ai sensi dell'art. 96 comma 10 lett. c) n. 1 del d.lgs. 36/2023 il triennio decorre dal momento in cui viene esercitata l'azione penale (quanto ai mezzi di prova *infra*), che nel caso di specie è stata esercitata, *ex art.* 407-bis comma 1 c.p.p., in data 21 marzo 2024.

Detta previsione risulta rispettata nel caso di specie, posto che l'azione penale è stata esercitata, con celebrazione dell'udienza preliminare il 12 novembre 2024, mentre la domanda è stata presentata dalla società E nel gennaio 2025.

Né si può invece ritenere che il *dies a quo* del triennio debba coincidere con la commissione del fatto, neppure richiamando la disciplina eurounitaria.

La direttiva n. 2014/24/UE dispone, all'art. 57 par. 7, che il periodo di rilevanza della causa escludente derivante da illecito penale (se non stabilita dalla pronuncia giurisdizionale) non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al par. 1 (disciplinati dall'art. 94 comma 1) e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al par. 4 (disciplinati dall'art. 95).

La prima regola, termine quinquennale decorrente dalla sentenza definitiva, non si applica, per espressa precisazione della direttiva, che si riferisce alla causa di

esclusione automatica derivante da sentenza penale definitiva, alla causa di esclusione non automatica dell'illecito professionale. Così non è rilevante sul punto l'orientamento della Corte di giustizia in merito al fatto che, *“per i motivi di esclusione obbligatori di cui al paragrafo 1 di tale articolo e quando il periodo di esclusione non sia stato fissato con sentenza definitiva”*, il periodo di cinque anni *“deve essere calcolato dalla data della condanna con sentenza definitiva, senza tener conto della data dei fatti che hanno dato luogo a tale sentenza di condanna”* (CGUE, sez. IV, 24 ottobre 2018, C124/17).

Viene qui in evidenza la seconda regola posta dall'art. 5 par. 7 della direttiva n. 2014/24/UE, che stabilisce il termine triennale decorrente dalla commissione del fatto.

Essa è stata applicata dal legislatore nazionale nel senso di individuare il termine *a quo* in uno degli atti di cui all'art. 407 *bis* comma 1 c.p.p. oppure in eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all'esercizio dell'azione penale.

Per le ipotesi di grave illecito professionale discendenti dalla (asserita) commissione di un fatto penalmente rilevante, l'inizio della decorrenza del periodo triennale coincide quindi con il provvedimento del pubblico ministero di esercizio dell'azione penale (art. 407 *bis* comma 1 c.p.p.) ovvero, ove a questo cronologicamente antecedente, con la data della emissione di una misura cautelare di natura personale (artt. -OMISSIS--286 c.p.p. e artt. 288-290 c.p.p.) o reale (art. 321 c.p.p.).

Tale scelta è giustificata sulla base delle seguenti considerazioni.

L'attuazione della regola posta dal legislatore europeo, volta a enucleare un periodo di durata massima della portata escludente delle situazioni ostative, ha reso necessario ancorare la decorrenza del triennio ad un momento preciso: la *“data del fatto”* non assicura tale esigenza (Cons. St., parere 10 ottobre 2017 n. 2122).

Il fatto non è infatti sempre immediatamente valutabile in termini di disvalore penale, richiedendo spesso un previo vaglio dell'organo della giurisdizione.

Peraltro, in mancanza di un rilievo derivante dall'avvio del procedimento penale, il fatto, benché penalmente rilevante (in base ad un accertamento successivo), potrebbe rimanere privo di alcun rilievo penale, con conseguenza anche di disparità di trattamento nel caso di identiche violazioni compiute da due imprese lo stesso giorno che, per fattori del tutto casuali, potrebbero anche venire alla luce (dell'organo penale) in momenti differenti, il che conseguentemente finirebbe per limitare ingiustificatamente il triennio, per alcuni e non per altri, per tutto il periodo che va dalla commissione del fatto alla sua rilevanza nell'ambito del medesimo procedimento (Cons. St., parere 10 ottobre 2017 n. 2122).

Far decorrere il termine triennale dalla commissione del fatto penalmente rilevante (senza attendere l'atto dell'organo giudiziale) implica anche che l'operatore economico sia tenuto a confessare il fatto e ciò contrasta con la regola generale in base alla quale non incombe sui cittadini un obbligo giuridico di denuncia dei reati, che grava, invece solo su determinate categorie di soggetti, i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio in relazione ai fatti appresi nell'esercizio o causa delle loro funzioni, senza conoscere il perimetro della rilevanza penale e comunque determinando l'avvio del procedimento penale a suo sfavore, con possibile lesione del principio in base al quale *nemo tenetur se detegere* (Corte cost. primo agosto 1984 n. 236 e 5 giugno 2023 n. 111).

Più recentemente, la Corte ha declinato il diritto al silenzio nell'ambito di un procedimento amministrativo, il procedimento sanzionatorio davanti alla Consob, definendolo come il “*diritto della persona a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretta a rendere dichiarazioni di natura confessoria (nemo tenetur se ipsum accusare)*” (Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117), evidenziando il “*rischio che, per effetto dell'obbligo di cooperazione con l'autorità di vigilanza attualmente sancito dal diritto derivato dell'Unione europea, il sospetto autore di un illecito amministrativo avente natura “punitiva” possa altresì contribuire, di fatto, alla formulazione di un'accusa in sede penale nei propri confronti?*” (Corte cost., 10 maggio 2019 n. 117).

Si aggiunge, in una prospettiva concreta, connotante specificamente l'ordinamento italiano, ma di estremo rilievo al fine di assicurare l'effettiva attuazione della causa escludente del grave illecito professionale prevista dal diritto eurounitario, che, se la rilevanza temporale dei fatti illeciti, pari a tre anni, venisse fatta decorrere dalla data del fatto, anziché dalla data del provvedimento giudiziale, si rischia, avuto riguardo ai tempi per un accertamento giudiziario, di vanificare del tutto la rilevanza del fatto illecito.

Prevedere che il *dies a quo* della causa escludente decorra dalla commissione del fatto condurrebbe quindi ad una irrilevanza *de facto* di condotte gravi. Ciò emerge in particolare nei casi di grave illecito professionale derivante da fatti corrispondenti a quelli contemplati dal comma 1 dell'art. 94, che sono considerati ai fini dell'art. 98 allorquando non è ancora intervenuta la sentenza penale definitiva (che altrimenti rientrano appunto nell'ambito di applicazione della causa di esclusione automatica di cui all'art. 94 comma 1), e che comprendono le fattispecie giudicate più gravi dalla stessa direttiva n. 2014/24/UE, che sarebbero destinate a un'irrilevanza *de facto*.

Nondimeno l'indicazione, ricavabile dalla direttiva, di far decorrere il termine triennale dal primo momento in cui emerge il disvalore penale del fatto spiega il motivo per cui il legislatore italiano ha ritenuto di non attendere la definitività della sentenza penale per attribuire rilievo al fatto che integra la causa escludente non automatica del grave illecito professionale.

Il *minimum* ontologico valutabile dalla stazione appaltante (al fine di verificare la sussistenza del grave illecito professionale) consiste quindi in un atto giudiziale che abbia ritenuto che la *notitia criminis* sia insuscettibile di immediata archiviazione o che, anche in un momento precedente rispetto a tale valutazione, ricorra una consistenza indiziaria grave precisa e concordante (art. 273 c.p.p.) tale da aver condotto all'emissione di una misura cautelare personale, restrittiva o interdittiva, ovvero, quantomeno, sussista un consistente *fumus* tale da aver condotto alla

emissione della misura cautelare reale *ex art. 321 c.p.p.* (Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 2017 n. 18183).

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 (*ex art. 291 comma 1 c.p.p.*, su cui Cass. pen., sez. I, 14 settembre 2016 n. 46228) - fa sì che il soggetto destinatario del provvedimento venga reso edotto del materiale probatorio sul quale detti atti si fondano: ciò implica che detto materiale probatorio non è più coperto da segreto e che quindi l'operatore economico è nelle condizioni di comunicare il fatto e l'amministrazione lo possa valutare nell'ambito della propria discrezionalità.

La previsione sembra coerente anche con il disposto dell'art. 129 disp. att. c.p.p., che, nell'ultima parte del comma terzo aggiuntovi dall' art. 7 della l. 27 maggio 2015 n. 69, così dispone *“Quando esercita l'azione penale per i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis del codice penale, il pubblico ministero informa il presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione, dando notizia dell'imputazione”*.

Infine, l'opzione prescelta si pone nel solco tracciato dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. St., sez. IV, 7 ottobre 2022, n. 8611).

Pertanto, le censure riguardanti il decorso del triennio sono infondate.

13.11. Rileva, sempre al fine di verificare la ricorrenza di elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale (nei termini richiesti dall'art. 98 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023), anche il profilo soggettivo.

Al riguardo, il comma 1 dell'art. 98 rende dirimente la commissione dell'illecito professionale grave da parte dell'operatore economico offerente.

Ragioni di contenenza perimetrativa di questa causa di esclusione non automatica spiegano la scelta di non prevedere ipotesi di contagio.

Dalla perimetrazione esulano tuttavia i fatti rilevanti ai sensi della lett. g) e h) del comma 4.

Quando ci si trovi al cospetto di reati, o quelli contemplati dal comma 1 dell'art. 94, ma aventi un minor grado di certezza dell'accertamento, come desumibile dal comma 3 lett. g), o quelli (diversi) elencato nella lett. h del comma 3, rileva il contagio, laddove dette fattispecie di reato siano riferibili (non soltanto direttamente all'operatore economico, ma anche) alle figure soggettive contemplate dall'art. 94 comma 3.

Tale scelta trova *ratio*, quanto alle fattispecie di cui alla lett. g del comma 4, nella rilevante gravità delle condotte ivi contemplate e nella considerazione che opinare diversamente avrebbe comportato l'incomprensibile aporia di impedire la valutazione di una possibile causa non automatica di esclusione unicamente a cagione della non definitività della condanna, pur con riferimento a figure professionali per le quali la stessa fattispecie, ove sfociata in una sentenza definitiva di condanna, avrebbe comportato la obbligatoria esclusione dell'operatore economico (ai sensi dell'art. 94 comma 1).

Analoghe considerazioni attengono alle fattispecie di cui alla lett. h del comma 4, riconducibili a fatti di reato la cui gravità si apprezza in funzione della tutela dell'interesse alla legalità sotteso alla contrattualistica pubblica.

L'illecito professionale oggetto del provvedimento escludente qui gravato si appunta su un procedimento penale che interessa l'operatore economico in quanto tale, ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001, e l'amministratore di fatto dello stesso.

La posizione dell'amministratore di fatto rileva, per i reati di cui agli artt. 318, 319-321 c.p., ai sensi dell'art. 98 comma 3 lett. g) del d. lgs. n. 36 del 2023, in base al quale l'illecito professionale grave può desumersi, fra l'altro, dalla “*contestata commissione*” da parte dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94, fra i quali i suddetti reati.

Il comma 3 dell'art. 94 elenca i soggetti che, allorquando diventano destinatari di una delle cause escludenti indicate nei commi 1 e 2, determinano

l'esclusione dell'operatore economico partecipante alla gara.

Nell'elenco è espressamente nominato lo stesso operatore economico “*ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*” (lett. a).

La previsione è innovativa rispetto all'art. 80 comma 3 del d. lgs. n. 50 del 2016, che non contempla detta ipotesi escludente.

Il d. lgs. n. 231 del 2001 disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

In forza della lettera a) del comma 3 dell'art. 94 del d. lgs. n. 36 del 2023 è escluso l'operatore economico oggetto dei provvedimenti di cui al d. lgs. n. 231 del 2001.

Sicché l'operatore economico, per essere escluso ai sensi dell'art. 94, deve essere destinatario di un provvedimento definitivo di irrogazione di una delle sanzioni (amministrative) indicate dal d. lgs. n. 231 del 2001, che trovano causa nella commissione di un reato della tipologia indicata nel comma 1 dell'art. 94 da parte dei soggetti che partecipano all'attività dell'ente nei termini ivi indicati.

La lettera a) del comma 3 dell'art. 94 presuppone quindi la ricorrenza dei requisiti integrativi delle cause di esclusione automatica indicate nei commi precedenti (comprensivi della definitività del provvedimento e della tipologia di reato), con la differenza che l'ente è escluso non in quanto destinatario diretto di una sanzione penale ma in quanto destinatario di una sanzione amministrativa.

Del resto la formulazione del comma 1 dell'art. 94 non contiene riferimenti alla pena ma alla sentenza penale definitiva (o decreto penale di condanna irrevocabile) e al tipo di reato.

Il contagio è altresì esteso all'amministratore di fatto della lett. h dell'art. 94 comma 3 del d. lgs. n. 36 del 2023.

Il riferimento all'amministratore di fatto intercetta la finalità del precedente riferimento al socio di maggioranza, in vista della quale è ostativo alla partecipazione alla gara «*il mancato possesso dei requisiti morali da parte di soci idonei a influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie*» (Ad. plen. 6 novembre

2013 n. 24).

L'art. 98 consente all'amministrazione di attribuire portata escludente, nei confronti dei soggetti indicati nel comma 3 dell'art. 94 del d. lgs. n. 36 del 2023, nel caso in cui l'accertamento penale abbia raggiunto un grado di certezza inferiore alla sentenza definitiva.

Pertanto è rilevante, per quanto di interesse in questa sede ai fini dell'integrazione dell'elemento di fatto del grave illecito professionale, la posizione dell'amministratore di fatto in quanto tale e dell'operatore economico ai sensi del d. lgs. n. 231 del 20021.

Né può desumersi il contrario, così ritenendo non compreso l'operatore economico in quanto tale nell'ambito soggettivo dell'art. 98 comma 3 lett. g del d. lgs. n. 36 del 2023, dal fatto che la lett. g) dell'art. 98 comma 3 del d. lgs. n. 36 del 2023 fa riferimento alla commissione di *“taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94”*. Infatti, da un lato, l'art. 98 ha inteso ridurre i casi di contagio nell'ambito dell'illecito professionale, risultando, per la restante parte, coincidente l'ambito soggettivo dell'art. 94 commi 1 e 3 con l'ambito soggettivo dell'illecito professionale e, dall'altro lato, la stessa lett. g) dell'art. 98 comma 3 fa riferimento ai *“soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94”*.

Pertanto è rilevante la posizione dell'amministratore di fatto in quanto tale e dell'operatore economico, ai sensi del d. lgs. n. 231 del 20021, in forza del quale la responsabilità della società può derivare, fra l'altro, dai reati commessi dall'amministratore di fatto. Infatti, nel procedimento penale la società E è indagata, ai sensi degli artt. 5 e 25 del d. lgs. n. 231 del 2001 quale persona giuridica responsabile dei reati commessi nel suo interesse dal presunto amministratore di fatto (così l'appellante).

Sul punto parte appellante ha contestato l'accertamento della posizione di amministratore di fatto in capo al soggetto così definito.

In particolare, parte appellante ha, fra l'altro, dedotto che il soggetto ritenuto, in

sede penale, amministratore di fatto non vede detta qualificazione adeguatamente supportata sul piano probatorio.

In particolare la circostanza non sarebbe comprovata in quella sede, né da (...) nel procedimento amministrativo.

L'appellante ha altresì censurato la valutazione di gravità dell'illecito professionale, in quanto la società E risulta coinvolta nel procedimento penale, ai sensi degli artt. 5 e 25 del d. lgs. n. 231 del 2001 per illecito amministrativo, solo in quanto persona giuridica responsabile dei reati commessi nel suo interesse dal presunto "Amministratore di fatto". Né il gup avrebbe ammesso la costituzione di parte civile.

Le suddette censure non sono conducenti in quanto:

- l'art. 98 comma 3 del d. lgs. n. 36 del 2023, in combinato disposto con il precedente art. 94 comma 3, attribuisce rilevanza, ai fini di delineare l'ambito soggetto dell'illecito professionale, alla persona giuridica nei termini indicati dal d. lgs. n. 231 del 2001, non risultando quindi ostativo il fatto che la società E risulti coinvolta nel procedimento penale per illecito amministrativo (che, anzi, ne costituisce il presupposto);
- la circostanza che la qualifica di amministratore di fatto derivi dagli accertamenti svolti in ambito penale non risulta di per sé censurabile, atteso che l'amministrazione può ritenere gli stessi idonei in tal senso;
- l'asserita censura di non adeguata prova, in sede penale (oltre che amministrativa), della qualifica di amministratore di fatto risulta generica, considerato anche che la richiesta di rinvio a giudizio fa riferimento ad atti di indagine che non risultano specificamente contestati, né tutti depositati in giudizio e dagli atti depositati si evince piuttosto il ruolo centrale svolto dal suddetto soggetto;
- l'accertamento del fatto in sede amministrativa risponde a un criterio di verosimiglianza basato, sul piano probatorio, sul criterio del "più probabile che

non”, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio (Cons. St., sez. III, 21 luglio 2023 n. 7163);

- non può dubitarsi della rilevanza indiziaria ascrivibile, nell’ambito della valutazione di affidabilità del concorrente, alla richiesta di rinvio a giudizio, rilevanza oggi tipizzata dall’art. 98 comma 6 lett. g) del d. lgs. n. 36 del 2023) (Cons. St., Sez. III, 9 aprile 2026 n. 2856.

13.12. Ne deriva che le censure non sono idonee a superare l’accertamento della ricorrenza, nel caso di specie, di “elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale” (art. 98 comma 2 lett. a) del d. lgs. n. 36 del 2023).

13.13. Quanto ai mezzi di prova dell’illecito professionale il provvedimento 7 aprile 2025, qui gravato, dà conto che l’illecito è “*corroborato da adeguati mezzi di prova*”.

Il comma 6 dell’art. 98 del d. lgs. n. 36 del 2023 indica i mezzi di prova, dai quali la stazione appaltante può far discendere la valutazione di sussistenza del grave illecito professionale (il comma 13 dell’art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 rinviava alle Linee guida dell’Anac).

La lett. g) del comma 6 stabilisce, con specifico riferimento all’ipotesi di cui al precedente comma 3 lett. g) dell’art. 98, che il mezzo di prova è costituito da uno degli atti di cui all’art. 407 *bis* comma 1 c.p.p. oppure da eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all’esercizio dell’azione penale ove la situazione escludente, la sentenza penale di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’art. 444 c.p.p.

Nel caso di specie il provvedimento escludente 7 aprile 2025 contiene il riferimento alla formulazione del capo di imputazione da parte del pubblico ministero, con richiesta di rinvio a giudizio del 21 marzo 2024 (il decreto di fissazione dell’udienza preliminare è del 24 giugno 2024): si tratta dell’esercizio dell’azione penale di cui u uno degli atti di cui all’art. 407 *bis* comma 1 c.p.p., in

base al quale *“Il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV, V e V- bis del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio”*.

Non risulta quindi fondata la censura relativa alla mancanza di una prova adeguata, risultando integrato quanto previsto dall'art. 98 comma 6 lett. g) del d. lgs. n. 36 del 2023.

13.14. Quanto alla valutazione di gravità, il comma 4 dell'art. 98 del d. lgs. n. 36 del 2023 ne stabilisce i criteri, cioè i parametri dell'esercizio del potere da parte della stazione appaltante: *“La valutazione di gravità 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”*.

Essi sono indicati nel bene giuridico e nell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al precedente comma 3.

Il bene giuridico leso indica che l'amministrazione è tenuta a considerare il valore sotteso alla condotta illecita tenuta dall'operatore economico.

La lesione inferta comporta che la stazione appaltante valuti il grado di offensività della condotta tenuta dall'operatore economico.

Ne deriva che il requisito della gravità del fatto illecito deve essere valutato con riferimento all'idoneità dell'azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale e, quindi, sull'interesse della stazione appaltante a contrattare con l'operatore economico interessato.

La rilevanza delle situazioni accertate ai fini dell'esclusione deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando che l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare (Cgue, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/20).

La valutazione dell'idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, di cui al precedente comma 2 lett. b), segue la valutazione della gravità della condotta.

Nel caso di specie la rilevanza del bene giuridico leso deriva, in primo luogo, dall'esistenza di una fattispecie penale di reato, che il legislatore ha considerato avente una portata escludente automatica nel caso di accertamento penale definitivo, così evidenziando la rilevanza del bene giuridico offeso.

L'interesse della stazione appaltante è dimostrato dal fatto che i fatti di reato che hanno determinato la formulazione del capo di imputazione hanno visto interessata la stessa (...), la quale ha anche proceduto a sospendere l'operatore dai sistemi di qualificazione.

Il provvedimento impugnato contiene riferimenti alla rilevanza dei fatti contestati in quanto commessi nell'ambito di procedure di affidamento di (...).

Tanto è stato ritenuto sufficiente da parte della stazione appaltante ai fini della valutazione di gravità.

Né detto giudizio può essere censurato, considerato il margine di apprezzamento riconosciuto alla stazione appaltante (nei termini già sopra visti), il bene giuridico leso e l'interesse dell'amministrazione.

Inoltre l'atto gravato dà conto della violazione, da parte delle condotte contestate, dell'art. 169 del d. lgs. n. 36 del 2023.

Il punto VI della richiesta di preventivo, rubricato “*Requisiti di partecipazione*”, e nello specifico, il sotto punto VI.1, denominato “*Requisiti di ordine generale*”, dispone che “*Sono esclusi dalla procedura di gara, previa valutazione della Stazione appaltante, gli operatori economici: xiii. che si sono resi colpevoli – secondo motivata valutazione della Società procedente in ordine alla permanenza o meno del necessario rapporto fiduciario tra committente e appaltatore – di gravi illeciti professionali di cui all'art. 98, comma 3 e 169 del Codice, tali da renderne dubbia l'integrità o l'affidabilità*”.

In base all'atto adottato da (...) ai sensi dell'art. 169 del d. lgs. n. 36 del 2023 “(...)

si riserva – mediante inserimento di apposita clausola nella disciplina di gara – la facoltà di escludere motivatamente i concorrenti, candidati o offerenti per i quali ritenga non sussistere adeguata affidabilità professionale in quanto (...) risultino intercorsi (...) nella violazione, nel corso dell'esecuzione di precedenti contratti ovvero in occasione della partecipazione a precedenti procedure, di una qualsiasi delle norme contenute nel Codice Etico e nella policy Anticorruzione del Gruppo”.

Nel codice etico si legge che sono valori fondanti della società la “Integrità e onestà”, “nelle grandi scelte ma anche nelle azioni quotidiane”, che hanno riguardo, in primo luogo, al “rispetto delle norme”.

Peraltro, il codice etico è rivolto espressamente “*tutti coloro che, direttamente o indirettamente, stabilmente o temporaneamente, instaurino con le Società del Gruppo rapporti e relazioni*”, con la precisazione che “*Il rispetto dei valori e dei contenuti del Codice Etico è il presupposto essenziale per instaurare o proseguire ogni rapporto con il Gruppo*”.

La stazione appaltante ha ritenuto integrato il requisito della gravità dell'illecito in base alle predette circostanze, così da ritenerlo idoneo a incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore.

Né, a fronte di quanto sopra, della rilevanza del bene giuridico leso e del coinvolgimento della stessa (...), risulta determinante in senso contrario il tempo trascorso dalla violazione, nei termini indicati nel sopra richiamato art. 98 comma 4 (sulle “*modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa*” *infra*).

Pertanto non è fondata la censura volta a evidenziare la mancanza di riferimenti, nell'atto adottato da (...) ai sensi dell'art. 169 del d. lgs. n. 36 del 2023, alle condotte contestate, né sono fondate le doglianze volte più in generale ad attestare la mancanza di gravità della condotta e di una motivazione in tal senso.

13.15. L'omissione dichiarativa è stata richiamata in aggiunta, ai sensi del comma 5 dell'art. 98 del d. lgs. n. 36 del 2023, in base al quale “*Le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 3 possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità*”.

Pertanto, non rileva, nell'ambito del presente scrutinio l'integrazione, o meno, della fattispecie di illecito professionale richiamata dall'art. 98 comma 3 lett. b del d. lgs. n. 36 del 2023, in base alla quale integra la fattispecie la *“condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione”*.

Non sono quindi conducenti le censure volte a evidenziare la mancata integrazione di detta autonoma fattispecie di illecito professionale (sul contenuto dell'omissione dichiarativa *infra*).

L'omissione dichiarativa di parte appellante è infatti richiamata solo a supporto della gravità, e comunque in aggiunta a una già completa verifica di gravità, sicché le relative censure non sono comunque conducenti.

13.16. Pertanto il provvedimento di esclusione reca, in motivazione, l'illustrazione delle ragioni che supportano la ricorrenza dei requisiti del grave illecito professionale ai sensi dell'art. 98 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023 (*“elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale”*, *“idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore”* e *“adeguati mezzi di prova”*).

Sono quindi infondate le censure volte a evidenziare la mancanza dei presupposti di integrazione dell'illecito professionale.

13.17. Residua da valutare, alla luce delle censure presentate, quanto deciso con il provvedimento escludente rispetto alle iniziative intraprese da parte appellante in vista del riconoscimento del *self cleaning*, al fine di superare l'effetto escludente della fattispecie di illecito professionale.

Nel caso di specie parte appellante ha dedotto di avere posto in essere, prima della gara alcune iniziative, fra le quali il licenziamento del soggetto qualificato in sede di indagine penale come amministratore di fatto nell'anno 2022, la cessione delle quote societarie del medesimo, l'adozione, nel 2022 di *“un modello di gestione ed*

organizzazione in conformità al D.lvo 231/2001” e la nomina di un nuovo organismo di vigilanza.

La società E ha dato comunicazione a (...) delle iniziative intraprese nell’ambito del procedimento relativo alla irrogazione del provvedimento di sospensione dal sistema di qualificazioni in data 26 aprile 2022, 25 maggio 2022 e 3 agosto 2022.

Successivamente sarebbero state intraprese ulteriori iniziative (certificazione ISO 37001:2026 dal Bureau Veritas in data 25 settembre 2023, adozione di tali sistemi organizzativi gestionali, con conseguimento del rating di legalità con due “stelle” dalla AGCM il 20 febbraio 2024).

Le iniziative rimediali sono state intraprese dalla società E prima della partecipazione alla procedura qui controversa, con termine ultimo per la presentazione dei preventivi l’8 gennaio 2025 (così dal preambolo del provvedimento escludente), così come la causa di esclusione si è verificata prima di tale data.

Il dato risulta rilevante.

L’istituto del *self cleaning* è disciplinato dai commi da 2 a 6 dell’art. 96 del d. lgs. n. 36 del 2023.

L’istituto è volto a superare l’esclusione derivate dalla ricorrenza di una delle situazioni di cui all’articolo 94, a eccezione del comma 6, e all’articolo 95, a eccezione del comma 2. Infatti, ai sensi dell’art. 96 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023, “*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*”.

Il *self cleaning* può riguardare eventi che integrano una causa escludente verificatisi prima della presentazione delle offerte o nel corso della procedura.

Nel primo caso, che ricorre nella presente controversia, l’operatore economico è tenuto, in sede di offerta, alla comunicazione della sussistenza della causa di esclusione e delle misure adottate o dell’impossibilità di adottarle prima della

presentazione dell'offerta, sempre che le poga in essere nel corso della procedura (comma 3).

Pertanto, diversamente da quanto dedotto da parte appellante, non è sufficiente, nella ipotesi in cui la causa di esclusione si sia verificata prima della presentazione dell'offerta, che *“l'operatore economico può alternativamente comunicarlo alla stazione appaltante o provare di aver adottato le necessarie misure di self cleaning – come accaduto nel caso in oggetto”*.

Infatti il concorrente è piuttosto tenuto a comunicare, in sede di offerta, la sussistenza della causa di esclusione e delle misure adottate o l'impossibilità di adottarle prima della presentazione dell'offerta, sempre che le poga in essere nel corso della procedura.

La previsione è conforme all'interpretazione resa dalla Corte di giustizia, allorquando ha ritenuto che l'obbligo di comunicare spontaneamente, al momento della presentazione della sua domanda di partecipazione o della sua offerta, la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati per dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza, nei suoi confronti, di un motivo di esclusione deve previsto in modo chiaro, preciso e univoco nella normativa nazionale applicabile (CGUE, sez. IV, 14 gennaio 2021, C-387/19).

Pertanto, le cause di esclusione verificatesi prona della procedura producono effetti escludenti se il concorrente non effettua le dovute comunicazioni in sede di offerta.

La tempistica di comunicazione è volta a superare la regola generale dell'esclusione del concorrente, altrimenti operante.

Inoltre la tempistica di comunicazione alla stazione appaltante in sede di presentazione dell'offerta assume rilevanza in quanto ogni causa di esclusione, specie non automatica, è soggetta all'apprezzamento della stazione appaltante nell'ambito della specifica procedura e gli stessi rimedi adottati dall'offerente possono essere diversamente valutati in ragione della specifica commessa.

In tale contesto la società E non può fare valere il fatto di avere comunicato nel 2022 la causa di esclusione e le iniziative rimediali a (...) nell'ambito di altro procedimento.

Non è quindi censurabile la valorizzazione, da parte di (...), dell'omissione dichiarativa (ai fini della valutazione di gravità dell'illecito professionale).

Né parte appellante può valorizzare, a fronte dell'onere comunicativo gravante sulla medesima, il fatto che (...) non ha comunicato alla società E che le misure adottate fossero insufficienti e intempestive, *“radicando in capo all'O.E. il convincimento della idoneità delle medesime”*.

Quanto alle specifiche misure rimediali, che la società E ha avuto modo di comunicare alla stazione appaltante in seguito alla richiesta di chiarimenti di quest'ultima in data 26 febbraio 2025, la stazione appaltante le ha considerate nel provvedimento di esclusione.

(...) ha infatti ritenuto che le misure di *self cleaning* *“non sono idonee a determinare la necessaria rottura dei rapporti, richiesta dalla norma di matrice comunitaria, fra la società e il soggetto imputato”* e quindi *“non può ritenersi ricostituito il rapporto fiduciario con l'Impresa, necessario alla corretta e regolare prosecuzione dell'affidamento in oggetto, anche alla luce dei principi del risultato e della fiducia”*.

Pertanto esse sono state considerate e ritenute inidonee in ragione del fatto che non sono atte a determinare la rottura dei rapporti fra la società e il soggetto imputato.

Pertanto la stazione appaltante ha motivato l'inidoneità delle misure a superare la causa escludente, individuandone la ragione nel fatto che esse non determinano la rottura dei rapporti. E ciò anche considerando il principio della *“fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta”* degli operatori economici (art. 2 del d. lgs. n. 36 del 2023), così richiamando il principio che (...) ritiene non assicurato, in base a un margine di apprezzamento riconosciuto alla stazione appaltante nei termini già sopra illustrati.

A fronte di detta motivazione risulta generica la censura di parte appellante, laddove si limita a richiamare le iniziative già ritenute insufficienti da (...) (quanto agli altri profili di censura sono stati già esaminati).

Piuttosto parte appellante avrebbe dovuto indicare le specifiche ragioni in base alle quali deve essere ritenuta interrotta ogni relazione fra la società e il soggetto indicato, così censurando specificamente la decisione della stazione appaltante (valorizzando, ad esempio, l'eventuale assenza di legami con gli attuali soci e organi di vertice o altri specifici profili). Non è a tal fine sufficiente affermare che il predetto *“non ha allo stato, né al momento della presentazione della MDI alcun rapporto”* con la società E.

E ciò specie se si considera che la circostanza rilevante è la qualifica di amministratore di fatto dello stesso e non il possesso di quote societarie e il rapporto di lavoro subordinato, sicché non risulta, di per sé solo, determinante il licenziamento e la cessione del capitale.

13.18. Infine, l'infondatezza delle doglianze volte a censurare la legittimità del provvedimento di esclusione rende inconferente la deduzione relativa al fatto che, a seguito dell'esclusione della società E dalla procedura, è rimasto un solo concorrente.

Infatti la concorrenzialità non costituisce una prerogativa che supera il principio di legalità, dovendo piuttosto essere perseguita nel rispetto di quest'ultimo.

Il principio di trasparenza assicura che le regole di gara siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'onori, così da assicurare parità di trattamento.

L'obbligo di trasparenza *“implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'onori”* (Cgue, sez. VIII, 26 settembre 2024, C-403/23).

La trasparenza delle regole di gara è strumentale a tutelare l'interesse alla partecipazione dei singoli operatori economici, in modo da consentire agli stessi di

presentare un'offerta ammissibile e competitiva (Cgue, sez. IX, 2 giugno 2016, C-27/15).

Il principio di legalità e il rispetto delle regole che ne discendono costituiscono quindi un criterio informatore delle procedure a evidenza pubblica e quindi dell'implementazione della concorrenza per il mercato. Ne deriva che non può essere superata l'esclusione dalla gara in ragione della necessità di assicurare la competenza fra più operatori. Piuttosto la concorrenza fra essi presuppone il rispetto delle regole di gara, che, altrimenti, la competizione non assicura una adeguata parità di trattamento e il raggiungimento del miglior risultato possibile.

Infatti, il principio del risultato ha come obiettivo la tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, a condizione che vengano rispettati i principi di legalità, trasparenza e concorrenza (art. 1 del d. lgs. n. 36 del 2023).

14. Tanto basta per ritenere infondato l'appello, posto che il provvedimento di esclusione reca, in motivazione, l'illustrazione delle ragioni che supportano la ricorrenza dei requisiti del grave illecito professionale, nei termini visti sopra, risultando assorbito ogni altro profilo ed eccezione.

Risulta altresì superato il primo motivo di appello, teso a censurare la sentenza per non avere considerato che il provvedimento reca una motivazione articolata e non è invece plurimotivato, non potendo quindi supportare un assorbimento dei motivi in ragione di tale ultima caratteristica: le considerazioni sopra esposte consentono infatti di ritenere infondate le censure in ragione della ricorrenza dei presupposti di fattispecie.

15. In conclusione, l'appello è infondato.

16. La novità delle questioni giuridiche sottese alla presente controversia giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando,

per l'effetto, la sentenza impugnata.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante -OMISSIS- s.r.l.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2026 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

L'ESTENSORE

Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.