

Cause da esclusione, illeciti professionali e self cleaning: interviene il Consiglio di Stato

Consiglio di Stato: “L’illecito professionale non può essere mai fonte di esclusione automatica ma soltanto di estromissione disposta a seguito di contraddittorio procedimentale”

di [Redazione tecnica](#) – 30.04.2024

Il tema delle “[cause da esclusione](#)”, soprattutto automatiche, dalle procedure di gara e degli illeciti professionali di cui all’art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 è stato oggetto di numerosi interventi della giustizia amministrativa che hanno ispirato il Consiglio di Stato e il legislatore nella formulazione dei 5 articoli (94-98) presenti all’interno del nuovo Codice dei contratti (il D.Lgs. n. 36/2023).

Cause da esclusione, illeciti professionali e self cleaning: nuova sentenza del Consiglio di Stato

Registriamo un nuovo interessante intervento del Consiglio di Stato che con la sentenza 29 aprile 2024, n. 3858 consente di approfondire l’argomento relativamente ad un provvedimento di esclusione senza che fosse avvenuto il contraddittorio con il partecipante che avrebbe potuto fornire dimostrazione delle misure di self cleaning nel frattempo adottate.

Nel caso di specie, dopo un primo provvedimento di esclusione dovuto a irregolarità dichiarative (provvedimento annullato dal TAR Umbria), veniva adottato un secondo provvedimento di esclusione, questa volta motivato da gravi illeciti professionali non altrimenti comunicati dalla odierna appellata (una risoluzione contrattuale, misure interdittive e indagini in corso nei confronti di alcuni componenti della cooperativa stessa, diverse penali contrattuali per analoga commessa ed esclusione da due ulteriori gare dello stesso genere). Secondo la stazione appaltante il secondo provvedimento di esclusione sarebbe motivato dalla perdita di integrità ed affidabilità professionale in capo al partecipante alla gara.

Il tribunale di primo grado, però, accoglieva il ricorso del partecipante escluso perché “*sarebbe del tutto mancato il contraddittorio tra prefettura e cooperativa esclusa, ai sensi dei commi 7 ed 8 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016, affinché la cooperativa stessa potesse fornire dimostrazione delle misure di self cleaning nel frattempo adottate*”.

Il ricorso al Consiglio di Stato

Il Ministero dell’Interno propone appello avverso la suddetta sentenza per violazione dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016, e ciò dal momento che il giudice di primo grado non avrebbe tenuto conto che, in assenza di qualsivoglia comunicazione da parte dell’impresa concorrente in merito a fatti potenzialmente rilevanti ai fini della sua persistente affidabilità, alcun obbligo di contraddittorio graverebbe sulla stessa stazione appaltante proprio a cagione di tali comportamenti sleali del privato operatore economico.

In risposta al ricorso, il Consiglio di Stato ha ricordato che per principio generale, simili esclusioni debbono essere di regola precedute da un adeguato contraddittorio, tra stazione appaltante e impresa, affinché quest’ultima possa fornire adeguata dimostrazione di eventuali misure di self cleaning nel frattempo adottate sul piano tecnico ed organizzativo.

Come rilevato dalla giurisprudenza, la normativa di cui all’art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (commi 7 ed 8) prevede in estrema sintesi che:

- le Stazioni Appaltanti possono procedere all’esclusione di un concorrente unicamente dopo che le stesse dimostrano, con mezzi adeguati, che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, vietando qualsiasi automatismo all’esclusione dalle procedure di gara;
- il concorrente che si trova in una delle ipotesi di esclusione, deve essere messo nelle condizioni di fornire la prova di aver adottato tutte le misure contestate, dimostrando la sua affidabilità per non essere escluso dalla gara (principio di proporzionalità).

Secondo il Consiglio di Stato:

1. l'onere del contraddittorio - oltre ad esser stato introdotto normativamente - è stato anche ribadito e proceduralizzato dall'ANAC nel paragrafo VI delle Linee Guida n. 6-2017, ove è stato previsto che *"l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c), deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato"*;
2. *la ratio di tali disposizioni è da ricercare nella volontà del legislatore di consentire ad un operatore economico, che ha subito una risoluzione contrattuale ma che ha successivamente posto rimedio, di partecipare ad altre procedure d'appalto, previa valutazione da parte della stazione appaltante.*

Gli operatori economici che si trovano in una delle situazioni di esclusione devono avere la possibilità di chiedere che siano esaminate tutte le misure dagli stessi adottati (quali ad es.: riguardanti la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento) per garantire l'osservanza degli obblighi imposti e ad impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo, al fine di valutare se tali misure offrano garanzie sufficienti e, in caso positivo, la loro ammissione alla procedura d'appalto. Diversamente opinando, detti operatori economici non potrebbero mai più partecipare ad una procedura di gara, anche nel caso in cui avessero rimediato ai loro eventuali errori, con l'ovvia conseguenza che gli stessi sarebbero costretti a chiudere le rispettive attività ed avviare le procedure di liquidazione e/o fallimento".

Gli indirizzi della giurisprudenza

La giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato ha superato l'impostazione per cui le misure di self-cleaning sono irrilevanti se adottate nel corso della gara, in quanto destinate a valere solo per il futuro, in favore di una lettura maggiormente in linea con i principi europei per cui le predette misure vanno sempre valutate dalla stazione appaltante.

Anche la giurisprudenza nazionale più recente, facendo applicazione della sentenza della Corte di Giustizia UE 14 gennaio 2021 (causa C-387/19), ha affermato che le misure di ravvedimento operoso possono essere poste in essere *"in qualunque fase della procedura che proceda l'adozione della decisione di aggiudicazione"*.

Conclusioni

Concludendo, le misure di self cleaning possono essere dimostrate non solo per il futuro ma anche per le gare "in corso".

Il Consiglio di Stato, prima delle sue conclusioni, ha riconosciuto l'esistenza di un orientamento secondo cui la mancanza di leale collaborazione da parte del concorrente escluso (informazioni omesse su fatti rilevanti per la affidabilità professionale) possa esonerare la stazione appaltante dall'obbligo di attivazione dell'invocata misura partecipativa.

Nel caso di specie, però, il provvedimento di esclusione non ha dato conto dell'omissione dichiarativa, né tanto meno esplicita le ragioni della mancata attivazione del prescritto contraddittorio. In altre parole non è stata data evidenza circa la slealtà della cooperativa appellante, sì da far venire meno ogni obbligo partecipativo da parte della stazione appaltante. Nel provvedimento di esclusione, oltre alla assenza di affidabilità, andava comunque evidenziata anche la mancanza di lealtà da parte della cooperativa poi esclusa. Tale mancata valutazione (di slealtà e mancata attivazione del contraddittorio) si rivela dunque idonea a dare luogo ad un difetto di motivazione.

La circostanza che tale causa di esonero dall'obbligo partecipativo sia invocata soltanto nel presente atto di appello – mediante formulazione di specifico motivo di gravame – lascia anzi presupporre che si tratti, nella sostanza, di inammissibile integrazione postuma della motivazione.

Illecito professionale e self cleaning

Riassumendo:

1. l'illecito professionale non può essere mai fonte di esclusione automatica ma soltanto di estromissione disposta a seguito di contraddittorio procedimentale;
2. in occasione di tale contraddittorio, l'impresa accusata di illecito professionale è ammessa a provare di avere adottato efficaci misure di self cleaning;
3. tali misure debbono essere valutate, dalla stazione appaltante, non solo per le gare future ma anche per quelle in corso;
4. l'efficacia o meno di tali misure deve riguardare non solo i comportamenti contrattualmente scorretti ma anche, se del caso, quelli proceduralmente sleali;
5. il contraddittorio procedimentale è diretto a valutare, altresì, se il comportamento sleale nei confronti della stazione appaltante sia da ascrivere soltanto al precedente assetto organizzativo decisionale (dal quale ci si intende poi discostare).

Alla luce di tali considerazioni, nel caso di specie è emerso come la stazione appaltante abbia del tutto omissso la fase del contraddittorio procedimentale, così ponendo in essere un provvedimento di esclusione nel quale non si è tenuto conto delle misure di self cleaning e della loro potenziale capacità di superare le suddette lamentate ipotesi di comportamenti contrattualmente scorretti e proceduralmente sleali. Di qui la conferma della sentenza di primo grado sotto il profilo della violazione del contraddittorio procedimentale di cui al richiamato art. 80, commi 7 ed 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nonché del conseguente difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento stesso.

Articolo tratto da *Lavori Pubblici*