

Gravi illeciti professionali: l'esclusione è legittima?

L'esclusione per gravi illeciti professionali è consentita solo dopo il contraddittorio attivato dalla Stazione appaltante, che permette di avere elementi sufficienti per prendere una decisione

di [Redazione tecnica](#) – 19.02.2025

L'esistenza di **cause di esclusione non automatica** come l'esistenza di **gravi illeciti professionali** impone alla SA l'instaurazione di un contraddittorio con l'OE interessato, in assenza del quale l'eventuale provvedimento di esclusione è illegittimo.

Esclusione per gravi illeciti professionali: illegittima senza contraddittorio

Sulla base di questi presupposti, il **TAR Piemonte** con la **sentenza del 12 febbraio 2025, n. 340**, ha accolto il ricorso di un OE nell'ambito di una procedura aperta per l'affidamento di servizi.

La commissione aveva estromesso l'offerta della ricorrente sostenendo che il ribasso presentato fosse "irregolare", atteso che questo doveva essere applicato alla base d'asta con sottrazione dei costi della manodopera. *Al contrario, la ricorrente aveva indicato un ribasso da applicare all'intera base d'asta.* L'esclusione è stata motivata dall'impossibilità per i commissari di poter interpretare la reale volontà della concorrente, con la conseguente necessità di pervenirne all'esclusione.

Non solo: sempre nei confronti della ricorrente, è stata disposta la risoluzione, per gravi e ripetuti inadempimenti contrattuali, di un contratto in essere e già in regime di proroga, ai sensi dell'art. 122, comma 3, e dell'art. 10, comma 3, dell'Allegato II.14 del D.lgs. 36/2023. A seguito di questa risoluzione il RUP ha disposto l'esclusione dalla procedura di gara per l'accertata sussistenza di un **grave illecito professionale**, ai sensi del combinato disposto degli artt. 95, comma 1, lett. e) e 98, comma 3, lett. c).

In particolare, l'esclusione si fonda sulla rilevanza del grave illecito professionale contestato dalla stazione appaltante alla ricorrente come gestore uscente del contratto, in virtù della risoluzione del contratto in corso di esecuzione ai sensi dell'art. 122, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, che ne avrebbe **compromesso l'affidabilità**, ai sensi dell'art. 95 comma 1 lett. e) e dell'art. 98, comma 3, lett. c) del d.lgs. n. 36/2023.

Per l'OE ricorrente sarebbe mancato il contraddittorio procedimentale, ex art. 96 comma 6, del d.lgs. 36/2023, che avrebbe dovuto essere esperito dalla stazione appaltante prima dell'esclusione, essendo l'illecito professionale alla stessa contestato una **causa di esclusione non automatica** per la quale all'impresa deve essere consentito di dimostrare eventuali misure di self cleaning, nel frattempo adottate, sul piano tecnico ed organizzativo.

Gravi illeciti professionali: la procedura per le cause di esclusione non automatica

Tesi accolta dal TAR: il grave illecito professionale costituisce causa di esclusione non automatica ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. n. 36/2023. È, infatti, rimessa alla **discrezionalità della stazione appaltante** la valutazione di un determinato fatto in termini di gravità e, quindi, di idoneità a compromettere il giudizio di integrità o affidabilità dell'operatore economico stante il legame fiduciario che intercorre tra le parti contraenti.

In particolare, secondo quanto previsto dal Codice Appalti:

- l'art. 98 del d.lgs. n. 36/2023 elenca le condizioni al ricorrere delle quali può essere disposta l'esclusione dell'operatore economico per grave illecito professionale tipizzando i presupposti costitutivi dell'illecito e, di conseguenza, l'accertamento rimesso alla stazione appaltante;
- l'art. 96, comma 6, del d.lgs. n. 36/2023, nel disciplinare l'esclusione, prevede come necessario il contraddittorio tra la stazione appaltante e l'escludendo operatore economico in quanto quest'ultimo deve poter fornire la prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrarne l'affidabilità; inoltre, secondo la norma in discorso, sulla stazione appaltante grava un preciso onere motivazionale sulla valutazione di insufficienza o intempestività delle misure assunte dall'impresa.

Sull'omesso contraddittorio in materia di grave illecito professionale si è di recente espresso il Consiglio di Stato con una pronuncia che, anche se riferita all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, enuncia principi di diritto confermati dal nuovo Codice dei contratti pubblici. ritenendo illegittimo il provvedimento di esclusione intervenuto in assenza di un precedente confronto con l'operatore e, dunque, senza che questi abbia avuto la possibilità di dimostrare di aver adottato misure idonee a prevenire la commissione di nuovi illeciti.

Il contraddittorio instaurato con la ricorrente è quello previsto dall'art. 10, comma 2, dell'Allegato II.14 al d.lgs. n. 36/2023, **prodromico alla risoluzione del contratto** e, perciò, finalizzato all'introduzione di argomenti difensivi diretti a impedire la cessazione del rapporto contrattuale; diversamente, il contraddittorio di cui all'art. 96, comma 6, del d.lgs. 36/2023 - che è mancato - è funzionalmente orientato a consentire di preservare la fiducia della stazione appaltante nell'operatore economico al quale non può essere denegata la possibilità di dimostrare l'adozione di misure di self cleaning.

Può pertanto affermarsi che i due strumenti partecipativi, previsti rispettivamente dall'art. 10, comma 2, dell'Allegato II.14 e dall'art. 96, comma 6 del D.lgs. n. 36/2023, non sono sovrapponibili, anche se riguardanti i medesimi soggetti e temporalmente coincidenti, in quanto finalisticamente distinti.

Costi della manodopera: possono essere inclusi nell'importo complessivo

Inoltre il TAR ha confermato l'errata applicazione dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36/2023, affermando come il costo della manodopera, ancorché indicato separatamente nell'offerta economica, possa essere incluso nell'importo complessivo a base di gara su cui applicare il ribasso offerto dal concorrente.

Il costo della manodopera, che il concorrente ha l'onere di indicare separatamente all'interno dell'offerta economica, è passibile di essere incluso nell'ambito del ribasso complessivamente offerto.

Sebbene il criterio di delega di cui all'art. 1, secondo comma 2, lett. t) della l. n. 78 del 2022, abbia previsto che: *"i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso"*, tuttavia il legislatore delegato ha fatto salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una **più efficiente organizzazione aziendale**.

Anche l'ANAC, ha fornito una lettura sistematica dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36/2023, ritenendo che *"il costo della manodopera, seppur quantificato e indicato separatamente negli atti di gara, rientri nell'importo complessivo a base di gara su cui applicare il ribasso offerto dal concorrente per definire l'importo"*.

Del resto, una diversa interpretazione determinerebbe un appiattimento delle offerte economiche, che escludendo gli oneri per la sicurezza così come i costi della manodopera dal possibile ribasso, finirebbero, nella sostanza, col coincidere con la base d'asta individuata dalla stazione appaltante.

Nel caso sottoposto all'esame del Collegio il disciplinare di gara rispecchia l'art. 41, comma 14, del Codice dei contratti pubblici, atteso che prevede sia che *"I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso"* sia *"la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo, comprensivo dei costi della manodopera, deriva da una più efficiente organizzazione aziendale"*, risultando, quindi, contraria alla norma in discorso esclusivamente l'applicazione fattane dalla stazione appaltante.

Al cospetto di un'offerta economica che distingue la percentuale di ribasso sull'intero importo a base d'asta, il costo della manodopera offerto e l'importo totale offerto, la SA **avrebbe potuto determinare il ribasso offerto** sulla base d'asta depurata dai costi della manodopera:

- svolgendo l'operazione aritmetica;
- ricorrendo all'istituto del soccorso istruttorio procedimentale, diretto a chiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta economica.

Il **soccorso procedimentale**, di cui all'art. 101, comma 3, d.lgs. n. 36/2023, in linea con il principio del *favor participationis* che deve orientare le scelte della commissione giudicatrice, nonché con il principio della fiducia (art. 2 d.lgs. n. 36/2023) che intercorre tra funzionari pubblici e operatori economici, impone, in

circostanze come quelle di cui al caso di specie, la richiesta di chiarimenti all'operatore economico prima di procedere alla relativa esclusione, sempre nel limite dell'immodificabilità dell'offerta. Attraverso la richiesta di chiarimenti la ricorrente avrebbe potuto agevolmente eseguire l'operazione aritmetica di cui al ricorso in oggetto, ricostruendo la volontà contrattuale dell'operatore economico.

Il ricorso è stato quindi accolto con annullamento:

- del provvedimento di esclusione dalla gara, con conseguente obbligo per la stazione appaltante di attivare il contraddittorio di cui all'art. 96, comma 6 del d.lgs. n. 36/2023, con salvezza delle successive determinazioni;
- del provvedimento di esclusione dell'offerta economica;
- del provvedimento di aggiudicazione della gara in favore della controinteressata.

Articolo tratto da *Lavori Pubblici*