

Il grave illecito professionale tipizzato dal Codice dei contratti pubblici

Inquadramento generale, le novità introdotte dal Codice e l'illecito extra-codice

Di **Angela Turi**
Avvocato

Publicato il 4 dicembre 2024

Pubblichiamo l'articolo degli autori sul grave illecito professionali disciplinato dal Codice dei contratti pubblici.

Sommario:

Inquadramento generale

Principali novità introdotte dal nuovo Codice

Nuove fattispecie di illecito professionale cd "extra-codice"

Considerazioni finali

1. Inquadramento generale

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, emanato con il **D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36**, ha introdotto significative novità nella disciplina riguardante le cause di esclusione degli operatori economici. Tale tema, tra i più sensibili nella regolamentazione degli appalti pubblici, riveste un ruolo cruciale in quanto garantisce che la pubblica amministrazione stipuli contratti con soggetti affidabili.

Nella vigenza del precedente Codice (**D.lgs. 16 aprile 2016 n. 50**), la disciplina in tema di cause di esclusione lasciava ampi margini di discrezionalità alle stazioni appaltanti attribuendo loro il compito di valutare, caso per caso, se un determinato comportamento dovesse rientrare nel novero della fattispecie; tuttavia, questo approccio, pur motivato dall'intento di garantire flessibilità, ha prodotto alcuni effetti collaterali: incertezza applicativa, disomogeneità delle decisioni e un clima di generale sfiducia nei confronti degli operatori economici.

Nel tentativo di superare tali criticità, il nuovo Codice ha previsto un sistema di esclusione fondato sul principio della **tassatività delle clausole escludenti** (art. 10 del Codice) rafforzato dalla sanzione della nullità delle ulteriori cause di esclusione eventualmente inserite nei bandi di gara. Il Legislatore ha voluto introdurre – ispirandosi alla giurisprudenza – un **sistema tipizzato di fattispecie rilevanti** precisando il perimetro soggettivo e oggettivo di applicazione, il contesto temporale e i mezzi di prova adeguati.

La disciplina è contenuta negli **artt. 94 e 95** del Codice che le distinguono rispettivamente in cause di esclusione **automatica e non automatica** sulla base del grado di discrezionalità attribuito alla stazione appaltante (assente nel primo caso e presente in qualche misura nel secondo) nel valutare la gravità, la rilevanza e l'incidenza delle irregolarità riscontrate sullo svolgimento della procedura di gara.

L'**art. 95 comma 1 lett. e) del Codice** precisa che costituisce causa di esclusione non automatica dalla gara la circostanza del concorrente che *"abbia commesso un **illecito professionale grave**, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98, sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi"*.

Il successivo art. 98 racchiude **la descrizione tassativa delle fattispecie che configurano il grave illecito professionale** con la specificazione che **ciascuna di esse deve essere dimostrata dalla stazione appaltante con "mezzi adeguati", anch'essi tassativamente indicati**.

Nello specifico, l'art. 98, secondo comma, dispone che l'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono **tutte** le seguenti condizioni:

- elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.

Ferma la natura "non automatica" dell'esclusione nel caso di illecito professionale grave, si evidenzia che l'accertamento, da parte della stazione appaltante, di una delle condotte indicate al comma 3 dell'**art. 98** e del corrispondente mezzo di prova **non può condurre automaticamente all'esclusione del concorrente** in quanto lo stesso art. 98 precisa che la stazione appaltante, nella valutazione sulla gravità dell'illecito, debba tenere in considerazione **il bene giuridico, l'entità della lesione e il tempo trascorso dalla violazione.**

2. Principali novità introdotte dal nuovo Codice

Una delle principali novità nel nuovo Codice concerne il **superamento (o meglio, il riordino) della c.d. "teoria del contagio"**, ai sensi della quale *"la presenza stessa, in determinate cariche, di una persona fisica non dotata in sé della necessaria affidabilità/integrità, trasmetterebbe tale caratteristica all'operatore economico "per contagio", ossia de facto"* (ex multis **Consiglio di Stato, Sez. V, 22.4.2022 n. 3107**).

Nella vigenza del **D.lgs. n. 50/2016** si ipotizzava l'ipotesi di grave illecito professionale non solo quando la condotta fosse imputabile direttamente all'operatore economico, ma anche quando fosse tenuta da persone fisiche indicati all'articolo 80, comma 3, in quanto soggetti che rivestono un ruolo rilevante capace di influenzare le decisioni della persona giuridica.

Diversamente, la nuova disciplina **esclude l'estensione della fattispecie di illecito professionale alle ipotesi di "contagio" dell'operatore economico per condotte ascrivibili a persone fisiche**, salvo alcune eccezioni circoscritte ai reati di particolare gravità, individuati alle lettere g) e h) del comma 3 dello stesso articolo.

Si segnala inoltre novità in ordine **ai mezzi di prova in riferimento alle ipotesi di reato previste dall'art. 98 comma 3 lett. g) e h) del Codice.**

Il sesto comma dell'art. 98 dispone che costituiscono mezzi di prova adeguati – in relazione al terzo comma lett. g) – gli atti di cui all'**art. 407 bis** primo comma c.p.p., il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'**art. 429 c.p.p.** o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza 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.**

Nell'ambito di tale elencazione non rientra la mera iscrizione nel registro degli indagati ex **art. 335 c.p.p.** che quindi **non rappresenta più un mezzo di prova adeguato** rispetto alle fattispecie descritte: è precluso alla stazione appaltante di valutare ai fini della sussistenza di un illecito professionale grave e, dunque, di escludere dalle gare d'appalto i soggetti meramente iscritti nel registro degli indagati di cui all'art. 335 c.p.p. Tale nuova disciplina è altresì coerente con la riforma della giustizia penale attuata con il **D.Lgs. n. 150/2022 (cd. Riforma Cartabia)** che ha introdotto nel codice di procedura penale la nuova disposizione dell'art. 335-bis c.p.p. ai sensi del quale *"La mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito"*.

La **tipizzazione dei mezzi di prova** è stata introdotta nel Codice anche in relazione ai reati consumati di cui all'**art. 98 comma 3 lett. h)**, per i quali il Codice richiede la **contestata o accertata** commissione, da parte dell'operatore economico o dei soggetti persone fisiche indicati dall'**art. 94, comma 3**. Il sesto comma dell'art. 98 (lett.h) elenca i mezzi di prova adeguati: la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali ove emessi dal giudice penale.

Il fatto che sia la norma a richiedere, quale elemento costitutivo della fattispecie di illecito professionale grave, la contestata o accertata commissione di un reato ed elenca i provvedimenti rilevanti in tal senso conduce necessariamente ad escludere tutte quelle ipotesi che non siano espressamente previste dalla citata disposizione.

Terzo elemento di rilievo è **il tempo trascorso dalla violazione**.

L'**art. 96, comma 10, lett. c)** del Codice stabilisce **in tre anni** l'ambito temporale di riferimento.

Con la diretta conseguenza stabilita dalla stessa giurisprudenza che "*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. **T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione IV, 15 luglio 2024 n. 2189; 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, 11 giugno 2024, n. 1764; IV, 27 febbraio 2023, n. 494**).

La riforma del codice degli appalti, di Buonanno Antiniska, Cosmai Paola, Wolters Kluwer Italia.
Guida teorico-pratica al D.Lgs. n. 36/2023 per professionisti, operatori e stazioni appaltanti.

[Scopri il volume](#)

3. Nuove fattispecie di illecito professionale cd "extra-codice"

Nonostante uno degli obiettivi del nuovo Codice fosse la cristallizzazione del principio di tassatività delle cause di esclusione attraverso la tipizzazione degli illeciti professionali, da qualche mese a questa parte ci troviamo ad analizzare fattispecie nuove e atipiche.

La prima riguarda il **decreto-legge 2 marzo 2024 n. 19** convertito con modificazione dalla **Legge 29 aprile 2024 n. 56** che ha modificato l'**art. 27** del **D.lgs 81/2008** introducendo (al comma 11) **l'esclusione automatica dalla partecipazione alle gare** per un periodo di sei mesi per le imprese che operano **senza possesso della patente a crediti** o documento equipollente.

La seconda è stata introdotta dall'art. 3, comma 6, del **decreto-legge 7 giugno 2024 n. 73** convertito con modificazioni dalla **Legge 7 giugno 2024 n. 107**, la quale prevede che costituisce grave illecito professionale **qualsiasi inadempimento contrattuale dei soggetti affidatari** dello sviluppo del Centro Unico di Prenotazione regionale (sistema che consente di prenotare, revocare o disdire le prestazioni sanitarie) definitivamente accertata. In tal caso, l'esclusione è disposta dalle gare avviate in qualsiasi Regione e l'operatore economico non può avvalersi della possibilità di utilizzare le misure di *self cleaning* di cui all'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, del Codice.

4. Considerazioni finali

La *ratio* seguita dal Legislatore nel disciplinare l'illecito professionale – come spiegato nella Relazione illustrativa – è stata quella di tipizzare gli elementi valutabili da parte della Stazione Appaltante ai fini dell'adozione di una deliberazione motivata di "esclusione" dell'operatore economico con l'obiettivo espresso di eliminare i margini di incertezza contenuti nella precedente disciplina.

Ad una prima lettura del **Codice**, infatti, la struttura della disciplina del grave illecito professionale appariva "chiusa" e limitativa della discrezionalità valutativa della **Stazione Appaltante**.

Si pone, a distanza di un anno, l'interrogativo se la tendenza ad introdurre cause di esclusione extra-codicistiche rappresenti "un cambio di rotta" del Legislatore e se ciò possa essere accompagnato da un incremento della discrezionalità della Stazione Appaltante nella valutazione della condotta dell'operatore economico.

Tale dubbio sorge proprio con riferimento alla formulazione di queste nuove fattispecie extra-codicistiche, poiché gli elementi costitutivi risultano essere piuttosto ampi e, pertanto, necessariamente rimessi ad una valutazione discrezionale della Stazione Appaltante.

Le conseguenze applicative di tale *revirement* non sarebbero di poco conto poiché aprirebbero all'interpretazione estensiva di fattispecie già tipizzate con un ritorno ad un sistema simile alla disciplina precedente.



Copyright 2000-2020 Tutti i diritti riservati.
Partita Iva 10209790152