

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo  
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

**Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo**

Publicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

*Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"*

**Direzione scientifica**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

**Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

**Redazione**

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

**FASCICOLO N. 1/2020**

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



### Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

### Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

### Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

# **L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici tra legalità e discrezionalità (osservazioni a margine di T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 11 aprile 2018, n. 2390)**

**di Aniello Formisano**

(Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope)

## **Sommario**

1. Premessa.
2. Differenza tra nuova e vecchia disciplina: la nuova figura di illecito professionale.
3. Le oscillazioni della giurisprudenza tra orientamento estensivo e restrittivo.
4. La soluzione offerta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.
5. L'adesione all'orientamento estensivo: crisi del principio di legalità?

## **Abstract**

Is it possible exclude a competitor who is not definitively sentenced from a tender? To answer this question, we will start from the comment of a recent sentence, in which the administrative judge takes a position on the jurisprudential dispute concerning the list of art. 80, paragraph 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, giving some interesting ideas to answer this question. Starting from this decision, we will briefly review the evolution of legislation and jurisprudence on the matter, focusing on the recently solution adopted by the Court of Justice of the European Union.

Despite the intervention of the European judge, some questions concerning the general theory of law remain open.

The attribution of a creative role to jurisprudence on the identification of additional situations, is a further expression of the crisis of the principle of legality in Administrative Law? Faced with a clear conflict between the principle of legality and that of administrative discretion, which of the two principles should prevail and what could be the remedies that could be adopted to ensure the best balance?



## 1. Premessa

La sentenza in commento si sofferma sui dubbi legati all'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, relativi alle cause di esclusione per gravi illeciti professionali, aderendo all'orientamento estensivo secondo cui l'elenco previsto dalla norma è meramente esemplificativo<sup>1</sup>.

Sebbene questo orientamento rifletta la posizione prevalente in giurisprudenza, il sistema normativo è stato fonte di incertezze tali da determinare un intervento legislativo, che ha avuto luogo ad opera del c.d. "Decreto Semplificazioni"<sup>2</sup>.

L'adesione ad un orientamento giurisprudenziale piuttosto che ad un altro si intreccia con il problema dei limiti relativi alla discrezionalità amministrativa da parte della stazione appaltante e con la necessità di bilanciare un simile potere con i principi di legalità e legittimo affidamento<sup>3</sup>. Il presente scritto, si pone l'obiettivo di

<sup>1</sup> Precisamente, l'argomentazione seguita dal T.A.R. è stata ricavata dalla scomposizione della fattispecie concreta in risoluzione ed inadempimento contrattuale in base alla quale «*legittimamente la stazione appaltante può basarsi sul solo inadempimento per qualificare il fatto, inteso come comportamento contrattuale del concorrente, quale grave illecito professionale*».

<sup>2</sup> Si fa riferimento al d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con l. 11 febbraio 2019, n. 12. Come si vedrà, il presente decreto ha innovato il comma 5, articolando la causa di esclusione per gravi illeciti professionali, precedentemente contemplata dalla sola lett. c), in tre distinte fattispecie di cui alle nuove lett. c), c-bis) e c-ter).

<sup>3</sup> Per una puntuale analisi sul tema dell'esercizio della discrezionalità amministrativa nell'ambito delle procedure di gara, si v. G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali. Contributo allo studio del potere decisionale degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 2018, pp. 152-153, dove l'A. rileva che le scelte concernenti l'organizzazione delle procedure di gara sono connotate da un'ampia discrezionalità amministrativa al fine di «*garantire la strutturazione di procedura di affidamento calibrate sul servizio da aggiudicare e da eseguire*». Riguardo l'esercizio della discrezionalità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici nella fissazione dei requisiti di natura economico-finanziaria e tecnico-professionale, si v. G. CERRUTTI, *Appalti pubblici e requisiti di ordine generale: tassatività o numerus clausus? Condizioni e limiti per lo Stato e le stazioni appaltanti di aggiungere una causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione dagli appalti pubblici*, in C. FRANCHINI – F. TEDESCHINI (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009, pp. 62 ss. Il tema dell'esercizio della discrezionalità da parte della stazione appaltante si ricollega ad un'altra questione, vale a dire se la valutazione svolta è di tipo discrezionale o vincolata. Al riguardo, si v. Cons. Stato, comm. spec., parere 25 settembre 2017, in cui viene rimesso all'apprezzamento della discrezionalità della stazione appaltante la valutazione in merito alla sussistenza del presupposto previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c). Il contenuto del presente parere viene condiviso dalla giurisprudenza amministrativa. Ex multis, Cons. Stato, sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040, dove rileva che «*la differenza tra le due ipotesi è sostanziale, atteso che, nell'ipotesi di cui al comma 5, lett. c), la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante, mentre nel caso del comma 5, lett. f-bis), l'esclusione dalla gara è atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, che ha la sua fonte nella mera omissione da parte dell'operatore economico*». Sicché, prosegue la stessa giurisprudenza «*fermo restando che, da un punto di vista strutturale, anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera, il discrimen tra le due fattispecie sembra doversi incentrare sull'oggetto della dichiarazione, che assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis), nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione a norma della disciplina in commento, ricadendosi altrimenti — alle condizioni previste dalla corrispondente disposizione normativa — nella previsione di cui alla fattispecie prevista al comma 5 lettera c) »». In linea con la giurisprudenza richiamata, si v. anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 21 febbraio 2018, n. 1146; sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 703; sez. VIII, 18 giugno 2018, n. 4015; Cons. Stato, comm. spec., parere*

individuare i limiti del potere discrezionale dell'amministrazione appaltante, risultante dall'adesione o meno ad uno dei suddetti orientamenti giurisprudenziali.

La sentenza in commento rappresenta un valido spunto per analizzare il dibattito giurisprudenziale sul valore dell'elenco contenuto alla lettera c) dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, in particolare se sia o meno esemplificativo, anche alla luce della recente giurisprudenza europea.

La questione, che coinvolge il giudice amministrativo, riguarda la possibilità di qualificare in termini di grave illecito professionale la risoluzione di un contratto di appalto da parte di una società concorrente, qualora questa sia stata contestata e penda ancora il relativo giudizio, visto che detta circostanza non è inclusa nel suddetto elenco. Aspetto che assume valore dirimente, ai fini della risoluzione della controversia, è rappresentato dall'espressione "dimostrazione con mezzi adeguati" riguardante l'affidabilità del concorrente. Dalla valorizzazione di detta espressione, il giudice attribuisce valore esemplificativo e non tassativo all'elenco contenuto dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti. Da ciò si desume che la pendenza del giudizio non solo non è elemento rilevante ai fini della fattispecie normativa utilizzata, ma non deve esserlo proprio alla luce della *ratio legis*. Nello specifico la legge affida, infatti, alla stazione appaltante la tutela dell'interesse pubblico nel momento in cui prevede che la stessa possa, mediante propria valutazione discrezionale, allontanare dalla procedura operatori che si dimostrino inaffidabili, indipendentemente da una preventiva verifica giudiziale. L'ulteriore riflessione riguarda l'impossibilità di escludere dalla gara di appalto un operatore economico, senza prima attendere la formazione del giudicato definitivo. Seguendo una simile impostazione, la semplice proposizione di una domanda giudiziale diviene condizione necessaria e sufficiente per neutralizzare gli effetti ostativi alla partecipazione ad una gara pubblica. Ne deriva, quindi, che la concreta applicazione della norma diventerebbe quasi impossibile e darebbe luogo a trattamenti diversi per illeciti contrattuali di stessa gravità (in pendenza o meno di una contestazione giudiziale), vanificando la funzione di tutela dell'interesse pubblico che la disposizione affida alla stazione appaltante.

## 2. Differenza tra nuova e vecchia disciplina: la nuova figura di illecito professionale

Per comprendere la sentenza in commento, è opportuno fare un breve *excursus* dell'evoluzione della disciplina contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016. La norma in questione ha visto ricevere, da parte del nuovo Codice degli appalti, una diversa disciplina rispetto al precedente d.lgs. n. 163/2006. Quest'ultimo

---

25 settembre 2017, n. 2042. Sul rapporto tra le due norme in parola, si v. anche T.A.R. Marche, sez. I, 30 luglio 2018, n. 533, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.



all'art. 38, comma 1, lett. f), contemplava quali cause di esclusione<sup>4</sup> la grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante promotrice della gara e l'aver commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante<sup>5</sup>.

Il nuovo Codice degli appalti, invece, all'art. 80, comma 5, lett. c), primo periodo, disciplina in termini generali l'illecito professionale, mentre al secondo individua specifiche ipotesi nelle quali si configura<sup>6</sup>. Quest'ultimo, ha innovato il comma 5, articolando le cause di esclusioni per gravi illeciti professionali precedentemente contemplata dalla sola lett. c), in tre distinte fattispecie di cui alle nuove lett. c), c-bis) e c-ter).

Effettuando un confronto, risulta evidente l'evoluzione tracciata dal legislatore: si passa dal concetto di errore professionale a quello ben più ampio di illecito professionale, determinandosi una modifica della normativa anche sotto il profilo dei rapporti con la stazione appaltante.

Alla nuova lett. c), riproducendo l'*incipit* della previgente norma, è prevista l'esclusione da una procedura pubblica nei casi in cui «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità». Sembra, quindi, che il legislatore abbia formalizzato una interpretazione estensiva allo scopo di considerare rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara, anche condotte non contemplate testualmente e non definitivamente accertate, quali comportamenti anticoncorrenziali o penalmente rilevanti, dai quali la stazione appaltante dimostri un consistente dubbio circa l'affidabilità dell'operatore stesso.

<sup>4</sup> Sull'argomento, M. DIDONNA, *Il "grave errore professionale" tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, in *Urb. app.*, 2016, pp. 61 ss.; F. GIOVANNELLI, *Esclusione dalla gara per grave inadempimento pregresso*, *ivi*, pp. 1117 ss.; A. CANCRINI – V. CAPUZZA, *Manuale di legislazione delle opere pubbliche*, 2015, Roma, pp. 289 ss.; R. GRECO, *Commento all'art. 38*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, 2012, Roma, pp. 638 ss.; V. PALMIERI, *L'inadempimento in precedenti contratti come causa di esclusione dalle gare pubbliche*, in *Foro amm.- C.D.S.*, 2008, pp. 1144 ss.; C. E. GALLO, *La ricostruzione giurisprudenziale dell'errore professionale nelle gare pubbliche*, *ivi*, 2003, pp. 3006 ss.

<sup>5</sup> L'art. 38, del d.lgs. n. 163/2006 disciplina i "Requisiti di ordine generale" e si trova all'interno del Capo II – Titolo I, seconda parte del Codice degli appalti, intitolato "Requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento". I "Requisiti di idoneità professionale" sono invece regolati dall'art. 39. Sul punto si v. R. GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in R. GAROFOLI – M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, pp. 57 ss.

<sup>6</sup> Precisamente le specifiche ipotesi sono: significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata o accertata in giudizio o che hanno dato luogo a una condanna al risarcimento del danno; tentativo di influenzare le decisioni della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate; fornire informazioni false o fuorvianti che influenzino le decisioni dell'ente appaltante sull'esclusione, la selezione e l'aggiudicazione nello svolgimento della gara.



Nella disciplina previgente all'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006, venivano previste due diverse possibili fattispecie di esclusione, attinenti entrambe al grado di professionalità e affidabilità dell'operatore economico.

Una prima in cui l'amministrazione può decidere di escludere il partecipante, qualora quest'ultimo nell'adempimento di prestazioni affidate dalla medesima, si sia reso colpevole di grave negligenza o mala fede in precedenti rapporti contrattuali rispetto a quello da assegnarsi alla conclusione della gara<sup>7</sup>.

Una seconda, separata dalla precedente, sia attraverso il punto e virgola che con l'utilizzo della congiunzione "o", nella quale, invece, viene in modo generico dato rilievo alla circostanza di aver «commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualunque mezzo di prova dalla stazione appaltante». Ne deriva, rispetto alla prima, un'estensione del campo di applicazione, ricomprendendo anche vicende intervenute con soggetti pubblici diversi dalla stazione appaltante che indice la gara di cui quest'ultima non ha avuto conoscenza diretta<sup>8</sup>.

Detta interpretazione ha trovato appoggio in una cospicua giurisprudenza<sup>9</sup> che ha differenziato le ipotesi di "grave errore professionale" dalla "grave negligenza o malafede", delineando il contenuto delle condotte che in astratto possono incidere sulla capacità professionale, come: essere stati soggetti a provvedimenti di revoca, rescissione o risoluzione di contratti pubblici per inadempimento da parte di altre p.a.; non aver più volte rispettato l'esecuzione di contratti pubblici stilati con altre stazioni appaltanti, che abbiamo determinato liti poi transatte<sup>10</sup>.

Il sistema previsto dall'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006 permetteva all'ente pubblico di verificare, in base al tipo di committenza da destinare, l'affidabilità del futuro contraente, facendo riferimento non solo alle esperienze vissute personalmente con il soggetto ma anche a quelle avute con altri committenti<sup>11</sup>. Risultava necessario, però, che riguardassero situazioni patologiche relative ai rapporti contrattuali, essendo la giurisprudenza amministrativa piuttosto uniforme in tal senso<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2016.

<sup>8</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 6 maggio 2016, n. 2334; T.A.R. Sardegna, sez. I, 27 febbraio 2015, n. 376; T.A.R. Liguria, sez. II, 11 gennaio 2016, n. 16; T.A.R. Toscana, sez. I, 30 marzo 2015, n. 545; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 4 gennaio 2016, n. 10; Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5419; 15 dicembre 2016, n. 5290.

<sup>9</sup> *Contra* Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2016, n. 3446. In dottrina si v. M. DIDONNA, *Il "grave errore professionale" tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, cit.

<sup>10</sup> Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2015, n. 2928.

<sup>11</sup> Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4870; T.A.R. Piemonte, sez. I, 10 luglio 2015, n. 1175.

<sup>12</sup> Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2015, n. 3595; sez. V, 25 febbraio 2016, n. 771; sez. V, 15 giugno 2017, n. 2934, secondo cui «l'omessa dichiarazione di precedenti inadempimenti impedisce la verifica spettante alla stazione appaltante circa la capacità professionale dell'operatore economico che concorre a gare d'appalto pubblico ed è di per sé indice di inaffidabilità sotto questo profilo dello stesso soggetto e pertanto causa legittima di esclusione ai sensi della lettera f) più volte citata». Sempre secondo il Consiglio di Stato l'ipotesi prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006



Per l'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016<sup>13</sup>, invece, non assume alcun rilievo la distinzione tra pregressi rapporti contrattuali con la stessa ovvero con altra stazione appaltante, rilevando il più ampio concetto di illecito professionale, comprensivo di una molteplicità di fattispecie e condotte che non attengono strettamente alla sola fase esecutiva del contratto ma che possono riguardare anche la fase delle trattative<sup>14</sup>. Dunque, l'evoluzione normativa è notevole poiché divengono rilevanti quali cause di esclusione dalla procedura anche comportamenti che siano potenzialmente in grado di determinare un'alterazione di una concorrenza trasparente.

Recentemente, il legislatore è intervenuto sul Codice degli appalti e sulla c.d. moralità professionale, con il "Decreto Semplificazioni", d. l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con legge del 11 febbraio 2019, n. 12, riguardante "Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione", proprio nel tentativo di chiarire le problematiche connesse alla applicazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. Precisamente, all'art. 5, comma 1, recante rubrica "Norme in materia di semplificazione e accelerazione delle procedure negli appalti pubblici sotto soglia comunitaria", il predetto decreto ha modificato la disciplina degli illeciti professionali, articolando la previsione del previgente art. 80, comma 5, lett. c), in ben tre nuove fattispecie corrispondenti alle lettere c), c-bis) e c-ter)<sup>15</sup>.

---

*«ha origine con riferimento alla fase di esecuzione delle prestazioni negoziali, dal momento che l'amministrazione, da vicende pregresse che hanno testimoniato un deficit di diligenza o di professionalità in capo al concorrente, desume il venir meno ab imis di quell'elemento fiduciario che deve connotare il successivo rapporto negoziale. Pertanto, stante il principio di tassatività che permea la disciplina delle cause di esclusione, l'ambito applicativo della norma in questione non può essere dilatato sino ad accogliere un'interpretazione che comprenda anche fattispecie nelle quali il comportamento scorretto del concorrente si sia manifestato, come nella fattispecie, in fase di trattative».*

<sup>13</sup> «L'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – nella parte in cui include nei "gravi illeciti professionali" anche "il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio", come pure il fornire "informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" – ha carattere innovativo rispetto alla previsione dettata dall'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con la conseguenza che non è estensibile in via retroattiva a procedure di affidamento soggette all'abrogato Codice degli appalti pubblici». Così si è espresso il Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704.

<sup>14</sup> Dette condotte, ad esempio, possono riguardare le comunicazioni di informazioni false o fuorvianti che siano idonee ad influenzare le decisioni dell'ente appaltante in sede di gara o anche nel tentativo di influenzare indebitamente la stazione appaltante nel processo decisionale o anche nel riuscire ad ottenere e, dunque avvalersi, avvantaggiandosi, di informazioni riservate. Al riguardo si v. Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2015, n. 3595 «stante il principio di tassatività che permea la disciplina delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, l'ambito applicativo della norma di cui all'art. 38, c. 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, riferita ai soggetti che hanno commesso grave negligenza, malafede nell'esecuzione delle prestazioni o che hanno commesso un errore grave, non può essere dilatato sino ad accogliere un'interpretazione che comprenda anche fattispecie nelle quali il comportamento scorretto del concorrente si sia manifestato in fase di trattative».

<sup>15</sup> La nuova lettera c) riproduce la prima parte della vecchia norma, prevedendo che l'operatore economico possa essere escluso dalla partecipazione alla procedura d'appalto qualora «la stazione appaltante dimostri con mezzi

In questo modo, analogamente a quanto era previsto dalla previgente normativa, le stazioni appaltanti hanno ampia discrezionalità nel valutare l'integrità, la correttezza professionale, l'affidabilità degli operatori economici e delle imprese che prendono parte alla procedura, gravando su queste l'onere di dimostrare la gravità degli illeciti ritenuti rilevanti ai fini dell'esclusione della gara con "mezzi adeguati".

Innovativamente, nella nuova lettera c), non vi è più traccia della precedente elencazione di illeciti professionali ed anzi, le fattispecie che prima venivano contemplate in senso meramente esemplificativo, nella nuova disciplina assurgono ad autonome cause di esclusione come sancito dalle lett. *c-bis*)<sup>16</sup> e *c-ter*)<sup>17</sup>.

L'ANAC<sup>18</sup> è intervenuta sul punto mediante l'approvazione delle linee guida n. 6 "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice". In un secondo momento, precisamente con l'entrata in vigore del d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56, "Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", si è nuovamente espressa, fornendo un aggiornamento, necessario sia per ragioni di coerenza in merito alle modifiche introdotte dal decreto correttivo del Codice degli appalti, sia per rispondere ad osservazioni e richieste di chiarimenti formulate dalle amministrazioni appaltanti.

### 3. Le oscillazioni della giurisprudenza tra orientamento estensivo e restrittivo

---

adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità».

<sup>16</sup> La seconda fattispecie, quella di cui alla nuova lettera *c-bis*), prevede l'esclusione dalla gara quando «l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

<sup>17</sup> La terza fattispecie, quella di cui alla lettera *c-ter*), prevede l'esclusione anche nell'ulteriore ipotesi ove «l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa».

<sup>18</sup> Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al d.lgs. n. 56, del 19 aprile 2017, con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017. Con le linee guida, l'ANAC ha cercato di fornire un chiarimento sulle condotte contenute nella lettera *c-bis*), contenute nell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, enucleando una serie di condotte dirette al perseguimento di un interesse strettamente personale dell'operatore economico e potenzialmente idonee ad alterare la *par condicio* tra tutti i concorrenti, comportando un evidente danno non soltanto a questi ultimi ma anche alla stazione appaltante. Sul punto si v. L. MAZZEO – L. DE PAULI, *Le linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. app.*, 2018, pp. 155 ss.

Come accennato, la sentenza aderisce all'orientamento giurisprudenziale prevalente<sup>19</sup>, secondo cui, la norma disegna una fattispecie aperta in cui possono essere ricompresi casi non espressamente previsti dalla stessa o dalle linee guida ANAC<sup>20</sup>, a condizione che siano oggettivamente riferibili a ipotesi astratte di grave illecito professionale<sup>21</sup>.

In effetti, l'elencazione introdotta dall'espressione "tra questi rientrano", induce a ritenere che non sia assolutamente esaustiva del novero di tutti i gravi illeciti professionali.

La stazione appaltante gode, quindi, di una significativa discrezionalità in ordine alla valutazione di comportamenti e circostanze che, sebbene non configurino esattamente nessuna delle fattispecie specificatamente elencate dalla norma, integrino comunque un grave illecito professionale. Naturalmente, l'amministrazione che intenda procedere all'esclusione di un operatore economico dovrà fornire adeguata ed idonea motivazione in ordine al comportamento che abbia compromesso l'affidabilità e l'integrità al concorrente, tanto da portarne l'allontanamento dalla gara<sup>22</sup>. La circostanza che fosse stato emesso un

<sup>19</sup> Per il riconoscimento della natura esemplificativa delle ipotesi di "grave errore professionale" indicate dall'art. 80, comma 5, lett. c), si v. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142; 2 marzo 2018, n. 1299, che esamina la disposizione anche alla luce dell'art. 57, par. 4, della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014; 27 aprile 2017, n. 1955, in *Riv. giur. edil.*, 2017, I, p. 699.

<sup>20</sup> Diversi dubbi in dottrina sono stati sollevati sulla natura delle linee guida ANAC n. 6 – approvate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 e aggiornate, a seguito dell'approvazione del d.lgs. n. 56/2017 (c.d. "correttivo") con la determinazione n. 1008/2017 – che valgono quali elementi ermeneutici per la corretta interpretazione del citato articolo. Con queste l'ANAC ha fornito non solo in via esemplificativa un'elencazione di ipotesi idonee a concretare il "grave illecito professionale", ma ha, altresì, ampliato l'elenco e la casistica degli illeciti professionali, individuando ulteriori ipotesi rispetto a quelle fissate dalla normativa. In particolare, secondo S. VINTI, *I "garbugli" della nuova disciplina delle esclusioni nel nuovo codice appalti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 2/2017, si tratterebbero di ipotesi eccessivamente generiche, che lasciano una discrezionalità amplissima alle stazioni appaltanti con conseguente grave rischio che quest'ultime possano facilmente "abusare" del potere attribuitogli. Si v. anche A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D. Lgs., n. 50/2016 tra Linee Guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. app.*, n. 6/2017, p. 763 e A. PRESTI, *Esclusione per grave illecito professionale in caso di risoluzioni e penali contrattuali sub iudice ex. 80, c. 5, lett. c) c.c.p.*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), 2018, segnala ad es. che i paragrafi 2.1. e 2.2 delle linee guida ANAC n. 6, prevedono la possibilità di elevare talune condanne penali non esecutive (diverse da quelle di per sé escludenti di cui al comma 1 dell'art. 80 e non contemplate nella lett. c), del comma 5), a grave illecito professionale. Queste secondo l'A. sembrerebbero travalicare lo spirito del considerando 101 della Direttiva 24/2014/UE, il quale afferma che le amministrazioni dovrebbero mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali «qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi».

<sup>21</sup> La norma all'art. 80, comma 5, lett. c), annovera tra gli illeciti professionali «le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che hanno comportato la risoluzione anticipata dello stesso non contestata in giudizio o confermata all'esito di un giudizio o che hanno dato luogo a una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; o ancora il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o il fornire informazioni false o fuorvianti in sede di gara».

<sup>22</sup> Coerentemente con il passaggio richiamato di detta sentenza, le linee guida ANAC n. 6/2016 ribadiscono, ai fini della valutazione dei gravi illeciti professionali a portata escludente da parte delle stazioni appaltanti, la necessità



provvedimento di risoluzione per grave inadempimento, benché privo del carattere di definitività, in quanto contestato e ancora pendente in giudizio, è stata considerata dal T.A.R. come idonea a configurare un grave illecito professionale.

Seguendo l'iter logico del giudicante, ai fini dell'esclusione per gravi illeciti professionali, non appare necessario che al termine del procedimento sia intervenuta una sentenza di condanna, anche non definitiva, essendo sufficiente che, in via presuntiva, siano individuati elementi in base ai quali si possa configurare una condotta incompatibile con la gara stessa<sup>23</sup>.

Accanto all'orientamento richiamato, nella giurisprudenza sussiste anche un orientamento restrittivo, che attribuisce carattere tassativo alle gravi carenze poste in essere in sede di esecuzione del contratto. Sul tema il T.A.R. Lazio<sup>24</sup> ha recentemente fornito un'interpretazione restrittiva della norma, affermando che «è da rilevare che l'elencazione contenuta nel ridetto comma 5 lettera c) è da ritenersi tassativa e non integrabile», ritenendo così che la risoluzione in danno di un precedente rapporto contrattuale, impugnata e ancora pendente in giudizio, non rientrasse nell'elencazione delle fattispecie che comportino l'esclusione per gravi illeciti professionali. Il giudice amministrativo afferma che le cause di esclusioni ex art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, non possano essere integrate da fattispecie ulteriori non previste. La stazione appaltante, quindi, fuori dai casi espressamente previsti dalla norma, non può in alcun modo individuare e dimostrare l'inaffidabilità dell'impresa che ne legittimi l'esclusione dalla procedura pubblica<sup>25</sup>.

Aderire ad un'interpretazione "restrittiva", significa dare rilevanza ai soli gravi illeciti professionali che siano individuati dall'art. 80, comma 5, lett. c)<sup>26</sup>.

---

del rispetto del principio del contraddittorio e di proporzionalità oltre all'obbligo di motivazione adeguata e completa del provvedimento di esclusione.

<sup>23</sup> Si v. Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, sez. giur., 30 aprile 2018, n. 252, in *www.lamministrativista.it*, 2018, dove si afferma che «anche in presenza di una risoluzione per inadempimento che si trovi sub iudice, la stazione appaltante può applicare ugualmente la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, valorizzando la clausola normativa di chiusura sulla possibilità di dimostrare comunque "con mezzi adeguati" che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, con la precisazione, tuttavia, che è necessario che la stazione appaltante dimostri con elementi probatori e motivi adeguatamente l'effettività, la gravità e l'inescusabilità degli inadempimenti dell'impresa».

<sup>24</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. III - quater, 2 maggio 2018, n. 4793, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018.

<sup>25</sup> Nello stesso senso T.A.R. Sardegna, sez. I, 23 febbraio 2017, n. 124, il quale ritiene che «la causa di esclusione da una gara per gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non può essere oggetto di interpretazioni estensive» e la sentenza del T.A.R. Campania, Salerno, 28 marzo 2018, n. 466. A queste si aggiungano per adesione Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955, in *Guida dir.*, 2017, fasc. 21, 94, con nota di PONTE; T.A.R. Palermo, sez. II, 3 novembre 2017, n. 2511; T.A.R. Bari, sez. III, 18 luglio 2017, n. 828, in *www.lamministrativista.it*, 2017; T.A.R. Bari, sez. I, 30 dicembre 2016, n. 1480; T.A.R. Lecce, sez. III, 22 dicembre 2016, n. 1935, in *Foro amm.*, 2016, 12, p. 3096 (s.m.); T.A.R. Catanzaro, sez. I, 19 dicembre 2016, n. 2522, in *Guida dir.*, 2017, 4, p. 54.

<sup>26</sup> L'art. 80, comma 5, lett. c.), prevedeva che «le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad

Pertanto, nel caso in cui non ci si trovi innanzi ad alcuna delle ipotesi contemplate dalla norma, non è prevista alcuna facoltà della pubblica amministrazione di dimostrare che l'impresa sia inaffidabile e che la gravità dei comportamenti assunti determini l'opportunità di escluderla dalla gara.

Seguendo, invece, un orientamento estensivo, sarebbe possibile considerare rilevanti quali gravi illeciti professionali anche ipotesi ulteriori. In particolare, sarebbe possibile superare l'inconveniente dei lunghissimi tempi che occorrono per un eventuale giudizio di impugnazione<sup>27</sup>.

#### 4. La soluzione offerta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

La soluzione offerta dal giudice nella sentenza in commento appare confermata anche dal contenuto delle direttive comunitarie, che sembra in contrasto con la normativa di recepimento interna prevista dall'articolo 80, comma 5, lett. c). I dubbi sulla conformità tra il Codice degli appalti e la disciplina dettata dalle direttive comunitarie, hanno portato il T.A.R. Campania, Napoli, a rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una serie di questioni riguardanti l'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016<sup>28</sup>. Dette questioni sono state risolte dalla Corte di Giustizia con sentenza del 19 giugno 2019, la quale, come si avrà modo di vedere, è riuscita a dirimere una serie di dubbi che hanno attanagliato per anni la giurisprudenza e dottrina sul contenuto di detto articolo<sup>29</sup>.

La disposizione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici presenta, in effetti, una serie di dubbi interpretativi. Se da un lato attribuisce all'amministrazione la possibilità di condurre una valutazione in ordine alla rilevanza delle condotte tenute dall'impresa, dall'altro svuota di consistenza questa facoltà quando prevede «*un ineludibile obbligo legale di ammissione*», qualora nei

---

altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

<sup>27</sup> Sul punto si v. Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, sez. giur., 30 aprile 2018, n. 252, il quale ha affermato che «*a un'impresa non basta aver contestato in giudizio la risoluzione contrattuale subita per porsi completamente al riparo, per tutta la durata – per giunta, prevedibilmente cospicua – del processo, dal rischio di esclusioni da gare d'appalto indotte dalla relativa vicenda risolutoria*».

<sup>28</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 5893/2017, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale, oltre a dubitare sulla compatibilità della Direttiva europea con l'obbligo di accertamento definitivo di un pregresso grave illecito professionale per escludere un operatore della gara, aveva richiesto alla Corte di Giustizia «*se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di self cleaning volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione*».

<sup>29</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. IV, 19 giugno 2019, causa C-41/18, in <https://eur-lex.europa.eu>.

confronti dell'operatore economico emerge una risoluzione contrattuale *sub iudice* ovvero che difetti della definitività richiesta. In questo modo, la previsione normativa rimane ineffettiva e sterile dal momento che, fino a quando pendano i giudizi di risoluzione anticipata di appalti o concessioni, non potrà considerarsi rilevante ai fini dell'affidabilità dell'operatore economico in questione.

Infatti, alla stazione appaltante è preclusa la possibilità di valutare l'affidabilità del concorrente che, invece, è determinata in base all'esito di un giudizio civile il quale «nella maggior parte dei casi interverrà – per la necessaria durata di quella lite – in un momento in cui si sono prodotti effetti irreversibili, qualora la gara sia stata in ipotesi aggiudicata proprio al concorrente che il giudice civile accerti doveva essere escluso»<sup>30</sup>.

La norma deriva dalla fusione di due delle ipotesi disciplinate dall'art. 57, comma 4, della Direttiva 2014/24/UE precisamente alle lettere c) e g)<sup>31</sup>.

Peraltro, il considerando 101 evidenzia che tra i principali obiettivi della Direttiva vi è quello dell'affidabilità<sup>32</sup>.

A differenza dell'art. 80, comma 5 del Codice dei contratti pubblici, le ipotesi di grave illecito professionale disciplinate dall'art. 57, lett. c) e g) della Direttiva hanno una configurazione diversa:

<sup>30</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 5893/2017.

<sup>31</sup> In ordine alle cause di esclusione facoltativa, la Direttiva dispone che «le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici, di escludere dalla partecipazione alla procedura di appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...)

- lett. c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità; (...)

- lett. g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore, o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili (...).

<sup>32</sup> Al riguardo, infatti, si legge che «le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. (...). Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi (...). Dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico». Ancora «il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni. Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione».



- la prima, si riferisce a quei gravi illeciti professionali che l'amministrazione appaltante individua in determinati comportamenti tenuti dall'impresa concorrente che siano, secondo una valutazione dell'amministrazione stessa adeguatamente motivata, idonei a comprometterne l'affidabilità, dal momento che «una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto»<sup>33</sup>;
- la seconda, invece, riguarda significativi inadempimenti contrattuali, evidenziati dall'operatore concorrente («sempre refluenti sulla affidabilità dell'operatore economico e si richiede che siano evidenziate»<sup>34</sup>), a fronte dei quali, l'amministrazione appaltante che proceda all'esclusione, sarà tenuta a fornire una prova di entità minore circa l'incidenza degli stessi sull'integrità dell'operatore economico.

Il Diritto dell'Unione Europea, come è possibile desumere dalla giurisprudenza europea<sup>35</sup> relativa all'art. 45, comma 2 della Direttiva 2004/18/ CE, rifiuta nettamente qualsiasi automatismo in ordine all'esclusione facoltativa per grave errore professionale, in base al principio di proporzionalità. La normativa italiana prevede, invece, un automatismo di senso opposto precludendo l'esclusione dell'operatore economico quando abbia impugnato la risoluzione di un precedente contratto e il giudizio sia ancora pendente. E' questo meccanismo che ha condotto il T.A.R. Campania, Napoli, a rimettere per primo la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ritenendolo incompatibile con il Diritto dell'Unione Europea, il quale rifiuta un automatismo anche «di meccanismi che abbiano il contrario effetto, di precludere l'esclusione con comparabile grave deficit di proporzionalità ed efficacia della misura»<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE.

<sup>34</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 5893/2017.

<sup>35</sup> Sulla giurisprudenza comunitaria formatasi sull'art. 45, par. 2 della Direttiva 2004/18/UE, recante la previgente disciplina delle cause facoltative di esclusione, si vedano: Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. IV, 14 dicembre 2016, causa C-171/15, in *Foro amm.*, 2016, p. 2890 e oggetto della *News US* in data 9 gennaio 2017; sez. X, 18 dicembre 2014, causa C-470/13, in *Foro amm.*, 2014, p. 3034; sez. III, 13 dicembre 2012, causa C-465/11, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, p. 713, con nota di PASSARELLI, in *Foro amm.-C.D.S.*, 2012, p. 3085, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2013, p. 147 e in *Giurisdiz. amm.*, 2012, III, p. 1055; sez. II, 30 gennaio 2020, causa C-395/18, in <https://eur-lex.europa.eu>; la richiamata giurisprudenza rifiuta ogni automatismo in materia di cause di esclusione facoltativa in caso di grave errore professionale, dovendo la relativa determinazione ispirarsi a criteri di proporzionalità. Ne discende che analogo principio, contrario ad ogni automatismo, dovrebbe valere in ipotesi di meccanismi che abbiano il contrario effetto di precludere l'esclusione.

<sup>36</sup> La precedente disciplina nazionale, ravvisabile nell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, rimetteva alla "motivata valutazione della stazione appaltante" l'accertamento e la gravità delle condotte rivelanti «grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara» ovvero «un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale» (quest'ultimo accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante) che non paralizzava la discrezionalità amministrativa né richiedeva un definitivo

Dello stesso avviso si è dimostrato il Consiglio di Stato, il quale nel rimettere, successivamente, l'interpretazione della norma comunitaria alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ha evidenziato come sia inequivocabilmente chiaro l'intento del legislatore europeo di permettere all'amministrazione di escludere un operatore quando sia possibile dimostrare che a questo sia ascrivibile a un grave illecito professionale anche «*prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori*»<sup>37</sup>; da ciò deriva, appunto, la responsabilità della pubblica amministrazione che emette una decisione erronea<sup>38</sup>.

La normativa italiana, invece, subordina l'esclusione dell'operatore all'esito di un giudizio civile, e benché ciò risulti astrattamente corretto, è concretamente incompatibile con l'azione amministrativa ed i tempi ristretti perseguiti dall'amministrazione nella realizzazione degli interessi generali. Pertanto, ciò comporta che ad un concorrente nei confronti del quale sia stata pronunciata la risoluzione anticipata di un precedente contratto basterà aver impugnato la predetta risoluzione per poter prendere parte ad una nuova procedura di gara. L'operatore economico potrà, addirittura, conseguire l'aggiudicazione, posto che l'amministrazione che l'ha bandita non potrebbe in alcun modo procedere alla sua esclusione prima della definizione del relativo giudizio. In questo modo si crea una connessione indissolubile tra «*il giudizio interno e quello esterno, impedendo alla stazione appaltante ogni motivata valutazione sulla gravità dell'errore professionale che ha dato luogo alla pregressa risoluzione contrattuale, in violazione dei principi di proporzionalità ed effettività*»<sup>39</sup>.

Il Consiglio di Stato ha rimesso la disciplina nazionale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea anche con l'ordinanza 5033/2018<sup>40</sup>, nella quale osserva che tale meccanismo risulta evidentemente contrario «*a ragionevolezza, proporzionalità, efficacia ed efficienza*», poiché obbliga l'amministrazione appaltante «*a dover valutare in maniera imparziale un operatore economico che pure aveva già giudicato inaffidabile*» non

---

accertamento della responsabilità contrattuale: in armonia con il diritto sovranazionale era sufficiente «*la valutazione fatta dalla stessa Amministrazione con il richiamo per relationem all'atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, aveva provveduto alla risoluzione per inadempimenti contrattuali*». (Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5818; 25 febbraio 2012, n. 3078; 21 gennaio 2011, n. 409).

<sup>37</sup> Considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE.

<sup>38</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, ord. n. 2639/2018, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale ha richiesto alla Corte di Giustizia «*se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il "grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio*».

<sup>39</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 5893/2017.

<sup>40</sup> Il contenuto della richiesta della presente ordinanza è uguale a quella n. 2639/18. In merito al contenuto si rinvia, pertanto, alla nota 38.



consentendo di assumere «una propria responsabilità nella decisione di escludere l'operatore», essendo tenuta ad aspettare la decisione del giudice civile.

Tra l'altro, a ben vedere, questo meccanismo, oltre ad essere contrario al principio di proporzionalità, viola anche quello di parità di trattamento, in quanto, a fronte di illeciti professionali simili commessi da due diversi operatori economici, l'esclusione dalla procedura potrebbe intervenire immediatamente per quello che non abbia impugnato la risoluzione, non riguardando, invece, l'altro che si sia premurato di farlo.

Nell'ordinanza di remissione del T.A.R. Campania, Napoli, viene messa in evidenza che l'art. 57, comma 4 della Direttiva 2014/24/UE configura un inadempimento contrattuale ai sensi della lett. g) in quanto ipotesi esemplificativa del grave illecito professionale previsto dalla precedente lett. c), neutralizzandone l'applicazione «dal momento che disinnesca l'idoneità della stessa a fondare motivo di esclusione, con una sostanziale disapplicazione in parte qua delle previsioni della direttiva». Nell'impedire alla stazione appaltante di condurre valutazioni circa l'integrità dei concorrenti, la normativa italiana riduce a zero «gli effetti di negligenza, malafede ed errore grave, cause di esclusione pertinenti all'elemento fiduciario»<sup>41</sup>.

Proprio con riguardo all'elemento fiduciario, ed in relazione alla previgente normativa, nelle sentenze della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, n. 2312/2012 e 2313/2012 si legge che, nel condurre la sua propria valutazione discrezionale, l'amministrazione può pervenire all'esclusione quando rintracci un deficit di fiducia nell'operatore economico: all'amministrazione «il legislatore riserva la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente». Si tratta della medesima ratio che guida l'attuale disciplina per la quale «elemento centrale è l'affidabilità del concorrente, predicata sotto vari profili»<sup>42</sup>.

Pertanto, è fondamentale che il pregresso comportamento dell'operatore economico abbia pregiudicato *ex ante* la fiducia dell'amministrazione appaltante.

Nel risolvere la questione, la Corte di giustizia ha condiviso i dubbi manifestati dal T.A.R., osservando che il considerando 101 della Direttiva prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli "operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili" mentre al secondo comma prende in considerazione i "comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi di affidabilità dell'operatore economico". Pertanto, l'esclusione in questione è di tipo facoltativo e si fonda sul prudente apprezzamento degli Stati membri. Tuttavia, una volta che i motivi facoltativi vengono recepiti dallo Stato, non possono essere più ignorati dagli Stati gli

<sup>41</sup> Il Codice rinvia poi all'ANAC «il compito di precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considera[ti] adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c), dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016».

<sup>42</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 5893/2017.



obiettivi o i principi che hanno ispirato ciascuna di dette ipotesi facoltative. Nel caso di specie, il legislatore italiano ha attribuito all'amministrazione aggiudicatrice il compito di procedere alla selezione degli offerenti. Tale opzione, una volta introdotta, non poteva più vincolare la stazione appaltante ai tempi della decisione dell'autorità giudiziaria in quanto, in caso contrario, il potere dell'amministrazione sarebbe risultato paralizzato dalla semplice proposizione di un ricorso da parte di un candidato o offerente. In particolare, la Corte ha osservato che l'art 80 del Codice dei contratti non incoraggia manifestamente un aggiudicatario, verso cui sia stata emanata una decisione di risoluzione di un precedente contratto, a prevedere misure di tipo riparatorio. Il meccanismo del *self-cleaning* tende ad incoraggiare un operatore economico ad adottare misure in grado di dimostrare la sua affidabilità nonostante la sussistenza di un motivo facoltativo di esclusione. Osserva la Corte che il meccanismo del *self-cleaning* si applica nel caso di operatore non escluso da sentenza definitiva ed è diretto a incoraggiarlo a fornire le prove di aver adottato misure riparatorie. Solo nel caso in cui tali prove risultassero insufficienti, allora, l'operatore sarà escluso dalla gara di appalto.

La Corte di Giustizia ha concluso che la normativa europea deve essere interpretata in modo da consentire all'amministrazione aggiudicatrice di escludere da una gara di appalto un operatore economico per pregressi gravi illeciti professionali, nonostante questi siano stati contestati o non vi sia stato ancora un provvedimento giurisdizionale definitivo<sup>43</sup>.

La sentenza della Corte di Giustizia aderisce al filone della giurisprudenza europea che individua quale causa di esclusione soltanto un illecito professionale che sia oggettivamente grave, poiché la normativa nazionale opera in un modo diverso, optando per la «sospensione della valutazione amministrativa, rimessa per intero ad un sindacato giurisdizionale, peraltro incentrato su aspetti non perfettamente coincidenti, ovvero sulla correttezza della azione risolutoria e non sulla affidabilità dell'operatore economico»<sup>44</sup>. Di conseguenza, la gravità dell'inadempimento ed i conseguenti danni cagionati alla pubblica amministrazione o a terzi non rilevano come elementi oggettivi di valutazione e così facendo «si è reso ancor meno prevedibile l'esito della partecipazione alla gara, rimettendolo ad un evento di natura potestativa e peraltro di esclusivo dominio dell'operatore economico della cui affidabilità si tratta»<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Dello stesso avviso è l'ANAC dove nella relazione illustrativa all'aggiornamento delle linee guida n. 6, osservava che erano «noti i casi in cui, a seguito della risoluzione contrattuale per grave inadempimento dell'aggiudicatario, la stazione appaltante ha indetto una nuova gara cui lo stesso soggetto colpito dalla risoluzione che abbia impugnato il provvedimento adottato nei suoi confronti chiede di partecipare. In questo caso, se si aderisse all'idea che l'accertamento della violazione debba essere definitivo, la stazione appaltante non potrebbe escludere il concorrente inadempiente e rischierebbe di dovergli aggiudicare il contratto che in precedenza aveva risolto».

<sup>44</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. III, 13 dicembre 2012, C-465/11.

<sup>45</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ord. n. 5893/2017, secondo cui «l'esclusione in tali ipotesi non è sanzione per la commissione di un illecito, ma ha carattere puramente preventivo, mirando a garantire l'esistenza di un rapporto di fiducia

### 5. L'adesione all'orientamento estensivo: crisi del principio di legalità?

Dall'analisi del dibattito giurisprudenziale intorno al contenuto dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, si pongono una serie di problemi di teoria generale del diritto. In primo luogo, in merito al linguaggio giuridico impiegato dal legislatore, il quale, a fronte di una volontà diretta a realizzare e attuare il principio di legalità attraverso una elencazione, fallisce nel suo intento a causa di un lessico giuridico generico. Detta genericità deriva, in particolare, dalla sostituzione delle nozioni negligenza, malafede ed errore professionale con quelle di integrità, affidabilità e gravi carenza, ingenerando una serie di problemi interpretativi<sup>46</sup>. L'impiego di un lessico generico esprime gravi preoccupazioni in ordine al rispetto del principio di legalità, il quale appare sempre più in crisi<sup>47</sup>. Seppure il legislatore non possa tipizzare tutti i casi possibili, avrebbe potuto, al fine di garantire e fornire una certezza giuridica agli operatori economici, chiarire meglio detti concetti, evitando quel clima di incertezza che induce ad interpretazioni giurisprudenziali di natura creativa<sup>48</sup>. L'incertezza e crisi di legalità si scontrano con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, in quanto ciascuna stazione appaltante potrebbe fornire una interpretazione diversa dall'altra in ordine alle cause di esclusioni<sup>49</sup>. Incertezza che si riverbera, altresì, sul piano dell'obbligo di dichiarazione da parte del concorrente il quale, a fronte dell'interpretazione estensiva fornita dalla giurisprudenza<sup>50</sup>, si troverebbe in una situazione di incertezza in merito al contenuto della dichiarazione di assenza di gravi illeciti professionali. Nonostante i problemi

---

*tra la SA e la sua controparte, per cui non dovrebbe essere legata ad un controllo giurisdizionale interno dei suoi presupposti, ma ad un controllo esterno, quale quello del giudice amministrativo, il cui sindacato è diretto ad accertare il ricorrere di seri indizi di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non è mai sostitutivo».*

<sup>46</sup> Al riguardo si v. G. MANFREDI, *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, in *Urb. app.*, 2010, 5, p. 508.

<sup>47</sup> R. DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 5, p. 1107, secondo cui «la chiarezza delle regole è la declinazione del principio di lealtà dei governanti verso i governati». In giurisprudenza, sul dovere del legislatore *declare loqui*, seppur con riferimento alla diversa materia elettorale, cfr. Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, sez. giur., 29 giugno 2018, n. 376 (ord.), in *www.giustizia-amministrativa.it*, per il quale «grava sul legislatore un dovere primario *declare loqui*». Aggiungasi inoltre che, nella specie, la stessa Direttiva 2014/24/UE aveva espresso, al considerando 2, la necessità di «chiarire alcuni concetti e nozioni di base».

<sup>48</sup> Sul ruolo del giudice diretto a riempire il significato delle norme e colmare le lacune nell'ordinamento, si v. A. PUNZI, *Prefazione*, in G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, XVI; P. GROSSI, *Pagina introduttiva (a sessanta anni dalle leggi razziali del 1938)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVII, Milano, 1998, p. 1, che a sua volta richiama P. BORGNA – M. CASSANO, *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, 1997.

<sup>49</sup> Sul punto si v. F. G. SCOCA, *Sul trattamento giuridico della moralità professionale degli imprenditori di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 1999, p. 531, con riferimento alla moralità professionale degli imprenditori.

<sup>50</sup> In tal senso si v. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2018 n. 4532, per il quale «l'operatore economico è tenuto a dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure di valutazione comparativa concorsuale, non essendo configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza»

derivanti da una interpretazione estensiva dell'art. 80, comma 5, lett. c), sembra ragionevole ritenere che vada privilegiata comunque detta interpretazione. Oltre che per motivi illustrati già in precedenza dalla giurisprudenza italiana e europea, ritengo che sia opportuno valorizzare la discrezionalità dell'amministrazione, essendo il soggetto più idoneo a garantire il buon andamento e i principi di imparzialità previsti dall'art. 97 Cost. In particolare, seguendo la nozione di discrezionalità amministrativa, così come elaborata dal Giannini, spetta proprio all'amministrazione valutare caso per caso la sussistenza di cause di esclusioni dalla gara, non potendo essere determinate in modo aprioristico<sup>51</sup>.

Ma come fare per impedire che questo principio non confligga o meglio non prevalga totalmente su quello di legalità e affidamento dell'operatore economico? Gli accorgimenti possono essere sostanzialmente due.

Il primo riguarda l'onere motivazionale a carico della stazione appaltante di indicare in modo specifico e adeguato la mancanza di integrità e affidabilità del concorrente ai fini espulsivi. Si fornisce, in tal modo, un valido ausilio probatorio allo stesso ricorrente per la dimostrazione della gravità dell'illecito anche in vista di una eventuale impugnativa da parte del concorrente escluso<sup>52</sup>.

Il secondo riguarda gli obblighi dichiarativi a carico del concorrente che non possono essere estesi fino a portarlo a dichiarare circostanze ulteriori rispetto all'elenco di cui all'art. 80, comma 5, lett. c)<sup>53</sup>. Ciò in quanto, nonostante la continua tendenza del

---

<sup>51</sup> Si v. F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1070, dove si legge che «l'interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire in ciascuna occasione non è uno tra gli interessi pubblici dati dalle leggi (né l'interesse primario, né uno degli interessi secondari), ma è un interesse (composto, misto, frutto di confronto o compromesso) diverso, scolpito (o costruito) dalla stessa amministrazione attraverso le operazioni di valutazione comparativa» che «si può convenire di denominare interesse pubblico concreto». Si v. V. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, 1993, pp. 47-48, dove sostiene che la scelta discrezionale «spazia in un ambito circoscritto da norme: quando l'amministrazione agisce, deve curare l'interesse pubblico proprio della sua attribuzione o della sua competenza; la sua scelta è perciò finalizzata». Occorre osservare che l'espressione "interesse pubblico concreto" non è utilizzata da Giannini, ma è logicamente implicita nella sua costruzione teorica ed è stata poi esplicitata da D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, p. 27. Per una analisi della discrezionalità amministrativa nonché per una convincente rivisitazione di tale concetto si v. G. TAGLIANETTI, op. cit., pp. 41 ss.

<sup>52</sup> T.A.R. Toscana, sez. I, 1 agosto 2017, n. 1011, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui sussiste a carico della stazione appaltante un obbligo di motivazione sulla mancanza di integrità/affidabilità del concorrente ai fini espulsivi (nella specie si è negata la possibilità di desumere la sussistenza del grave illecito professionale — e per questo disporre un'esclusione automatica — solo dal mancato promovimento di iniziative giurisdizionali, o in sede arbitrale, contro l'anticipata risoluzione dell'appalto). Secondo un certo indirizzo, la motivazione non sembrerebbe, invece, necessaria ove la stazione appaltante voglia ammettere il concorrente il cui presunto illecito professionale sia ritenuto irrilevante (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 9 marzo 2017, n. 216, in *www.giustizia-amministrativa.it*)

<sup>53</sup> In tal senso si v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 6 aprile 2018, n. 2248, secondo cui è «maggiormente aderente al principio di tassatività delle cause di esclusione nonché alla natura di norma di stretta interpretazione che va annessa all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, una lettura che escluda dal novero delle vicende soggette all'obbligo di dichiarazione, gli episodi di esclusione del concorrente da precedenti gare d'appalto, non intravedendosi in un provvedimento di esclusione indizi di grave illecito professionale ascrivibile al partecipante alla selezione, a meno che ovviamente non emerga

nostro ordinamento a valorizzare l'importanza delle sentenze dei magistrati nella costruzione del diritto, risulta evidente che queste non possano rivestire il ruolo di fonte del diritto in quanto i giudici possono soltanto applicarlo<sup>54</sup>. Si spera, quindi, in un intervento risolutivo dell'Adunanza plenaria tale da ingenerare un clima di certezza e sicurezza maggiore negli operatori economici, anche a seguito delle recenti

---

*la causa di esclusione prevista dal punto f-ter) concernente l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti; il che non risulta nella specie. Ne consegue che le suindicate esclusioni non dovevano essere dichiarate ...»; in un senso per certi versi analogo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2018, n. 5337; 21 agosto 2017, n. 4051; 3 aprile 2018, n. 2063, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), le quali (seppur con riferimento alla precedente disciplina) hanno escluso che dall' art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006 potesse evincersi «un principio di "onnicomprendività" della dichiarazione, tale per cui il concorrente a una pubblica gara sarebbe tenuto a dichiarare qualunque circostanza che sia potenziale sintomo di inesatti adempimenti contrattuali» sicché «se si accedesse a una così lata e insicura nozione di onere dichiarativo come quella ... della "onnicomprendività" della dichiarazione, e se si accedesse alla sua tesi per cui la violazione di tali oneri dichiarativi giustificerebbe ex se l'esclusione dalle gare, si verrebbe a una situazione di inaccettabile incertezza e imprevedibilità del diritto, fonte di potenziale aporia di sistema e di danno all'economia del settore, per aver connesso la seria misura dell'esclusione a un novero di violazioni inammissibilmente ampio e potenzialmente indeterminato».*

A favore di una interpretazione estensiva, si vedano le linee guida dell'ANAC n. 6, paragrafo 4.2, nelle quali si legge che l'onere dichiarativo in termini "onnicomprendivi" calibrandolo (non su "qualunque circostanza" che sia sintomatica di un inadempimento contrattuale, o su «tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente» ma su «tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico» e in relazione ai quali è rimesso «in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione».

Si legge anche che «la falsa attestazione dell'insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione in argomento e l'omissione della dichiarazione di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante comportano l'applicazione dell'art. 80, comma 1, lett. f-bis), del codice»; «fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 81, comma 2, del codice: a) la verifica della sussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) è condotta dalle stazioni appaltanti mediante accesso al casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del codice; b) la verifica della sussistenza di provvedimenti di condanna non definitivi per i reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. è effettuata mediante acquisizione del certificato dei carichi pendenti riferito ai soggetti indicati dall'art. 80, comma 3, del codice, presso la Procura della Repubblica del luogo di residenza»; «la verifica della sussistenza dei carichi pendenti è effettuata dalle stazioni appaltanti soltanto nel caso in cui venga dichiarata la presenza di condanne non definitive per i reati di cui agli artt. artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. oppure nel caso in cui sia acquisita in qualsiasi modo notizia della presenza di detti provvedimenti di condanna o vi siano indizi in tal senso»; «la stazione appaltante che venga a conoscenza della sussistenza di una causa ostativa non inserita nel casellario informatico ne tiene conto ai fini delle valutazioni di competenza, previe idonee verifiche in ordine all'accertamento della veridicità dei fatti»; «le verifiche riguardanti gli operatori economici di uno Stato membro sono effettuate mediante accesso alle banche dati o richiesta dei certificati equivalenti, contemplati dal sistema. Gli operatori non appartenenti a Stati membri devono produrre, su richiesta della stazione appaltante, la certificazione corrispondente o, in assenza, una dichiarazione giurata in cui si attesta che i documenti comprovanti il possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice non sono rilasciati o non menzionano tutti i casi previsti».

<sup>54</sup> Si veda F. PATRONI GRIFFI, *Usi e consuetudini giudiziari e diritto giurisprudenziale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017; D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Questione giustizia*, 2016, 4, p. 174.

riforme del processo amministrativo<sup>55</sup> o, meglio ancora, un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

---

<sup>55</sup> Sul valore del precedente nel sistema di giustizia amministrativa e sull'applicazione dell'art. 99 c.p.a. si v. E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1237 ss. Si vedano anche S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011, pp. 180 ss.; G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012; R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2017. In senso contrario all'esistenza di un vincolo, si v. C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2013, IV, pp. 976 ss.; G. CORSO, *L'Adunanza plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rass. for.*, 2014, pp. 633 ss.; A. MALTONI, *Il "Vincolo" al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 2015, pp. 137 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente e nomofilachia*, (intervento alla tavola rotonda nell'ambito del Convegno organizzato dal Consiglio Nazionale Forense, "Il valore del precedente nel sistema ordinamentale", Roma, 13 ottobre 2017), in *www.giustizia-amministrativa.it*.