

## Appalti

# Cinque articoli sull'esclusione dalle gare: qui il nuovo codice fallisce l'obiettivo di semplificare

di Roberto Mangani

19 Aprile 2023

Il Dlgs 36/2023 affronta il tema in modo più sistematico, ma entrando più nel dettaglio si apre al rischio di maggiore conflittualità soprattutto nel primo periodo di applicazione

La disciplina delle cause di esclusione viene rivista in maniera significativa dal Dlgs 36/23. È molto più articolata e complessa rispetto al Dlgs 50/2016, come risulta evidente anche dal semplice raffronto del numero degli articoli che la contengono: il solo articolo 80 nel vecchio regime, a fronte di ben cinque articoli - dal 94 al 98 - nel nuovo Codice.

L'intento del legislatore appare evidente: intervenire in maniera circostanziata su una materia che ha dato luogo a molti problemi interpretativi e a continui contenziosi per cercare di chiarire i profili dubbi e le principali questioni aperte, tenendo conto anche degli orientamenti giurisprudenziali maturati nella vigenza del vecchio Codice. Il tutto nell'ottica di diminuire il più possibile le occasioni di contestazione, anche in sede giurisdizionale.

In questa logica, la nuova disciplina ha senza dubbio il pregio di una maggiore sistematicità, che aiuta l'interprete a meglio orientarsi nella complessità della materia. Non si riscontra invece una semplificazione del quadro complessivo. Anzi, la volontà di circostanziare nel dettaglio una serie di aspetti che precedentemente erano disciplinati in maniera più generica, aumenta il grado di complicazione della normativa, con il rischio di far sorgere notevoli problemi applicativi, almeno nella prima fase di vigenza della stessa.

### Il quadro generale

Gli articoli sono dedicati alle cause di esclusione automatica (94) e non automatica (95), alla disciplina dell'esclusione (96), all'esclusione in caso di raggruppamenti (97), all'illecito professionale grave (98). In questo articolo si esamineranno i prime tre aspetti, mentre dell'esclusione nei raggruppamenti e dell'illecito professionale grave ci occuperemo in un successivo articolo.

La prima notazione riguarda la distinzione tra cause di esclusione automatica e non automatica. La diversità deriva dal fatto che nella prima categoria rientrano le esclusioni correlate a fatti ed eventi certi, in quanto hanno trovato definizione in sentenze o altri provvedimenti giudiziari o che sono comunque incontrovertibili (mancata presentazione di un certificato, sottoposizione a procedure concorsuali, iscrizione nel casellario Anac). Le cause di esclusione non automatiche sono invece

quelle che presuppongono una discrezionalità dell'ente appaltante nella valutazione dei relativi fatti che ne sono a fondamento.

Fondamentale rilievo assume l'articolo 96, che detta una disciplina puntuale delle misure di c.d. self cleaning, che possono cioè essere adottate da un operatore che, pur essendo astrattamente soggetto ad una causa di esclusione, attraverso tali misure può dimostrare una sorta di "ravvedimento operoso" idoneo a consentirgli di evitare l'esclusione. L'articolo 97 contiene invece disposizioni dirette a regolamentare con puntualità cosa succede quando le cause di esclusione colpiscono uno dei componenti del raggruppamento temporaneo che partecipa alla gara.

Infine, una novità particolarmente significativa. L'articolo 98 si occupa esclusivamente dell'illecito professionale grave, una delle cause di esclusione più controverse e che ha dato adito a grandi problematiche – con inevitabili riflessi in sede di contenzioso – nel regime previgente. Il legislatore del nuovo Codice ha scelto la strada di una regolamentazione dettagliata dei casi che possono configurare un illecito professionale grave, con l'espressa indicazione che gli stessi vanno considerati tassativi.

### **L'esclusione automatica**

Questa parte è quella che riprende in misura maggiore la disciplina del Dlgs 50. L'articolo 94 infatti riproduce sostanzialmente le disposizioni relative alle cause di esclusione collegate alla commissione di determinati reati, all'emanazione di provvedimenti antimafia, alle sanzioni interdittive ex Dlgs 231/2001, alla mancanza della certificazione relativa al diritto al lavoro ai disabili. Sotto questo profilo, vanno segnalate tuttavia alcune novità. La prima riguarda il fatto che il comma 1 prevede che la condanna per i reati indicati debba essere emessa con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, non citando più la sentenza di applicazione della pena su richiesta ex articolo 444 c.p.p. (il così detto patteggiamento). La conseguenza di questa omissione dovrebbe essere che l'operatore che ha patteggiato la sua pena per il reato commesso – evidentemente nel ricorso delle condizioni che lo consentono – non è più soggetto all'esclusione.

La seconda novità riguarda le persone fisiche che devono essere destinatarie della sentenza di condanna o del provvedimento antimafia, con specifico riferimento all'ipotesi in cui gli stessi colpiscano un socio persona giuridica dell'operatore economico. In questo caso l'esclusione opera se la sentenza o il provvedimento siano stati emessi nei confronti degli amministratori del socio persona giuridica. È stata invece eliminata la previsione che faceva riferimento al socio di maggioranza in caso di società con numero di soci pari o inferiore a quattro, che aveva peraltro dato luogo a numerose questioni interpretative. Va poi segnalata l'introduzione (comma 5, lettera c) di una specifica causa di esclusione legata alla mancata presentazione da parte dell'operatore economico del rapporto sul personale relativo alla parità di genere, che peraltro opera solo alle procedure di gara finanziate con fondi comunitari.

Infine, non una vera e propria novità ma un opportuno coordinamento normativo riguarda l'esclusione correlata alla sottoposizione dell'operatore economico a una procedura concorsuale.

Viene infatti precisato che l'esclusione non opera se entro la data dell'aggiudicazione l'operatore sia stato ammesso al concordato con continuità aziendale o, in caso di concordato preventivo, abbia ottenuto l'autorizzazione a partecipare alle gare (comma 5, lettera d).

### **L'esclusione non automatica**

L'articolo 95, sotto il titolo Cause di esclusione non automatica, riproduce con qualche variazione ipotesi già previste nel precedente ordinamento. Si segnalano i pochi elementi differenziali. Con riferimento alle infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, vengono aggiunte quelle agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalle norme nazionali e comunitarie e dai contratti collettivi (comma 1, lettera a). Vi è poi una modifica relativa alla presenza in gara di più offerte riconducibili a un unico centro decisionale (lettera d). Viene infatti eliminato il riferimento al fatto che i concorrenti che presentano offerta debbano essere legati da una situazione di controllo ex articolo 2359 del codice civile o da altra relazione. Si prevede in termini più generali – e generici – che per determinare l'esclusione devono emergere rilevanti indizi, tali appunto da far ritenere che le offerte siano imputabili a un unico centro decisionale in virtù di accordi collusivi precedentemente intervenuti.

Va infine segnalato che tra le cause di esclusione non automatica viene riprodotto l'illecito professionale grave, tale da rendere dubbia l'integrità e affidabilità del concorrente, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati (lettera e). Come detto in precedenza, la novità sostanziale è che a tale causa di esclusione viene dedicata una specifica disciplina, contenuta all'articolo 98, dove sono elencati in maniera tassativa i casi di grave illecito professionale e i mezzi adeguati per dimostrarli.

Il successivo comma 10 dell'articolo 96 definisce anche i periodi temporali entro cui operano le cause di esclusione non automatica:

- a) tre anni dalla commissione del fatto nel caso di gravi infrazioni in materia di salute e sicurezza del lavoro;
- b) per la sola gara cui la condotta si riferisce, nei casi di conflitto di interessi, distorsione della concorrenza, unico centro decisionale.

### **La disciplina dell'esclusione**

L'articolo 96 riprende e amplia la disciplina delle così dette esimenti o misure di self cleaning. Si tratta di quelle misure che l'operatore che si trova in una condizione che in astratto determinerebbe la sua esclusione può porre in essere per evitarla, dimostrando che tali misure sono idonee a "rimediare" le situazioni che hanno generato la causa di esclusione. Come detto non si tratta di una novità in termini assoluti, poiché già il Dlgs 50 conteneva disposizioni in tal senso. Ma il Dlgs 36 offre una disciplina più organica e dettagliata.

La possibilità di ricorrere a misure di self cleaning per evitare l'esclusione opera in relazione a tutte le cause di esclusione, ad eccezione di quella conseguente al mancato pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali (comma 2). Vi sono delle precondizioni affinché tali misure possano operare.

Se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, il concorrente deve comunicarlo all'ente appaltante all'atto dell'offerta e deve dare prova delle misure adottate o dell'impossibilità di adottarle, con l'impegno a farlo in un momento successivo (comma 3). Se invece la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure in un momento successivo (comma 4).

Il comma 6 si occupa in concreto della natura e del contenuto delle misure. Il principio generale è che le misure devono essere sufficienti a dimostrare la sua affidabilità, cioè a ricostituire quel patrimonio di credibilità professionale e prima ancora reputazionale che era stato inciso dalla commissione dei fatti all'origine della causa di esclusione.

Nello specifico, le misure devono articolarsi lungo una triplice linea di intervento:

- a) risarcimento del (o impegno a risarcire il) danno causato dal reato o dall'illecito;
- b) collaborazione attiva con le autorità investigative al fine di chiarire i fatti e le circostanze;
- c) adozione di provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

L'idoneità di queste misure è soggetta alla valutazione discrezionale dell'ente appaltante, che nell'operarla tiene in considerazione la gravità e le circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività nella loro assunzione. Se a valle di tale valutazione l'ente appaltante ritiene le misure sufficienti, l'operatore è ammesso alla gara. In caso contrario, viene escluso e l'ente appaltante comunica allo stesso le ragioni alla base di questa decisione.


È evidente che la valutazione rimessa all'ente appaltante presenta significativi margini di discrezionalità, specie sotto il profilo dei provvedimenti tecnici e organizzativi adottati dal concorrente, che implicano peraltro il possesso di adeguate competenze nella materia dell'organizzazione aziendale. Così come si deve rilevare che la valutazione può essere diversa a seconda dei diversi enti appaltanti che si esprimono, cosicché l'esclusione può essere confermata in alcuni casi – quando le misure non sono ritenute idonee allo scopo – e invece neutralizzata in altri. Ed è altrettanto probabile che sotto questo profilo possano sorgere numerose controversie in sede contenziosa.

Vi è poi un'importante eccezione alla possibilità di adottare misure di self-cleaning. È quella in cui la sentenza definitiva di condanna abbia espressamente sancito l'impossibilità di partecipare a procedure di appalto, cioè contenga la pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione (comma 7). La durata della pena accessoria è normalmente definita nella stessa sentenza di condanna. Tuttavia nell'ipotesi in cui ciò non sia, l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione determina l'esclusione dalle gare per i seguenti periodi di durata:

- a) in perpetuo, nei casi di reati contro la pubblica amministrazione che comportino tale pena accessoria;
- b) per un periodo di sette anni, se la pena della reclusione viene inflitta per un tempo non superiore a

due anni, sempre in relazione ai suddetti reati;  
c) per un periodo di cinque anni, negli altri casi.

---

Il Sole 24 ORE aderisce a  **The Trust Project**

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole  
**24 ORE**