

## ARTICOLI 95 E 98

# Le cause di esclusione non automatica

Giuseppe Lo Monaco

*Il legislatore odierno ha "capovolto" l'ordine giuridico precedentemente creato andando a tipizzare le cause di esclusione non automatica ed in particolare i gravi illeciti professionali*

**I**l Codice 2023 disciplina anche le condotte e fattispecie che, diversamente da quelle elencate all'art. 94 Dlgs 36/2023, non conducono all'esclusione diretta dell'operatore economico ma comportano una valutazione discrezionale, caso per caso, da parte della Stazione Appaltante, secondo quanto previsto dal diritto dell'Unione.

L'art. 95 Dlgs 36/2023 tipizza le cause di esclusione c.d. "non automatica", in passato in massima parte disciplinate al comma 5 dell'art. 80 del Dlgs 50/2016 e sino ad oggi comunemente chiamate cause di esclusione "a carattere facoltativo". Come rileva la relazione illustrativa al Codice 2023, tale ultima espressione si prestava ad ingenerare l'equivoco per cui, pur in presenza di un motivo di esclusione rientrante tra quelli facoltativi, la Stazione Appaltante potesse stabilire di non disporre l'esclusione. In verità il potere della Stazione Appaltante risiede nel margine di apprezzamento che possiede quest'ultima nel valutare la gravità dei fatti e l'incidenza delle cause di esclusione facoltativa

sull'affidabilità del contraente ma non le attribuisce la facoltà di ignorarle *tout court*.

La Stazione Appaltante è dunque tenuta a compiere una valutazione delle condotte che depongono per una possibile inaffidabilità dell'operatore economico potendo decidere di escluderlo a fronte di una corretta e ragionevole motivazione frutto di una adeguata istruttoria.

In siffatte situazioni c'è sempre stato storicamente un elevato tasso di contenzioso tra gli operatori economici - e presumibilmente, nonostante gli sforzi del legislatore in chiave semplificazione, vi sarà anche in futuro - giacché ad una maggiore discrezionalità della Stazione Appaltante nel compimento delle proprie determinazioni si accompagna un più alto margine di contestazione e quindi di litigiosità.

L'art. 95 Codice 2023 prevede che la Stazione Appaltante possa escludere l'operatore economico nei seguenti casi: (i) gravi infrazioni alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro;

(ii) conflitto di interesse non altrimenti risolvibile; (iii) distorsione della concorrenza derivante da precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura di gara "che non possa essere risolta con misure meno intrusive"; (iv) rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale e, infine, (v) commissione di "illecito professionale grave" tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità del concorrente, indicati in modo tassativo all'art. 98 del Dlgs 36/2023.

Il Codice 2023 ha soppresso la previsione dell'esclusione in caso di presentazione di documenti/dichiarazioni non veritiere in corso di gara previsto oggi all'art. 80, co. 5, lett. f *bis* Dlgs 50/2016. Pertanto la falsa dichiarazione prodotta in gara non ha più un immediato effetto espulsivo ma deve essere valutata dalla Stazione Appaltante ai sensi dell'art. 98 del Codice. Da segnalare che in caso di falsa dichiarazione la stazione appaltante è anche tenuta a segnalare il fatto all'ANAC (art. 96, comma 15).