**ARTICOLI 96 E 97**

# La disciplina dell'esclusione e del self cleaning

**Giuseppe Lo Monaco**

*Il Codice del 2023, definendo tempistiche di decorrenza e rilevanza delle cause di esclusione non automatica, contiene una più estesa versione dell'istituto del c.d. self cleaning, più aderente alla normativa europea*

Il Codice 2023 riafferma il principio, già contenuto nel Codice del 2016, che la Stazione Appaltante esclude l'operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che quest'ultimo si trovi in una delle cause di esclusione di cui agli artt. 94 o 95 del Dlgs 36/2023.

Rispetto al Codice del 2016 sono state maggiormente definite le tempistiche di decorrenza e rilevanza delle cause di esclusione non automatica.

Le cause di esclusione non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca, e affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente l'affidamento al custode o amministratore (art. 96, co. 13).

In particolare, i casi di illecito professionale rilevano per la sola gara in questione nel caso in cui in questa vi sia conflitto di interessi o distorsione della concorrenza o offerta riconducibile ad un unico centro decisionale oppure per tre anni (i) dalla data di emissione di uno degli atti di cui all'articolo 407 *bis*, comma 1 c.p.p. (richiesta di rinvio a giudizio) o, se antecedente, dalla data dei provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale nei casi di reati particolarmente gravi elencati al comma 1 dell'art. 94 del Codice 2023 e nei casi di reati elencati all'art. 98, comma 3, lett. h) del Codice 2023; (ii) dalla data del provvedimento sanzionatorio irrogato dall'AGCM o da altra autorità del settore; (iii) dalla commissione del fatto in tutti gli altri casi. Permane qualche dubbio su quale debba essere la decorrenza della rilevanza dell'inadempimento contrattuale, se dalla risoluzione, come pare preferibile, o dai fatti che l'hanno causata.

L'eventuale impugnazione in giudizio di taluno dei provvedimenti che danno luogo ad una fattispecie di illecito professionale non rileva ai fini della decorrenza del triennio (art. 96, comma 11). Tale disposizione recepisce la giurisprudenza della Corte di Giustizia a partire dalla sentenza Meca del 19.06.2019, in causa C-41/18.

Il Codice 2023 contiene poi all'art. 96, commi da 2 a 6, una nuova e più estesa versione dell'istituto del c.d. *self cleaning*, che sembrerebbe più aderente alla normativa europea (art. 57, par. 6, Direttiva 2014/24/UE).

L'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui alle cause di esclusione automatiche e non automatiche (artt. 94 e 95) - ad eccezione delle cause relative alle violazioni tributarie e contributive - può comunque dimostrare la propria affidabilità ed integrità al fine di evitare l'esclusione. In tali casi la Stazione Appaltante valuta le misure adottate dall'impresa e può non escluderla dalla gara. Le misure di *self cleaning*, indicate in modo esemplificativo al comma 6 dell'art. 96, comprendono (i) avere risarcito/essersi impegnato a risarcire il danno causato da reato/illecito; (ii) avere chiarito i fatti collaborando con le autorità investigative ed (iii) avere adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico comunica il fatto alla Stazione Appaltante