

**Le cause di esclusione nel “nuovo” Codice:
qualcosa non torna¹**

di Massimo Gentile

L'articolo 80 del D.lgs. n. 50/2016 reca la nuova disciplina dei “motivi di esclusione” dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici e dall'assunzione dei subappalti.

La norma recepisce l'articolo 57 della dir. 2014/24/ UE (nonché le analoghe disposizioni delle direttive utilities e concessioni) e riguarda l'ambito in precedenza disciplinato dall'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 in tema di individuazione dei cc. requisiti di ordine generale (o di moralità) che i concorrenti devono possedere ai fini della partecipazione alle pubbliche gare.

Da una lettura della previsione sembrano emergere novità circa i soggetti interessati da alcune cause di esclusione che, tuttavia, potrebbero essere frutto, più che di un effettivo intendimento innovativo del legislatore, di una non chiara formulazione della norma.

Vediamo nel dettaglio di cosa si tratta.

Il comma 1 dell'articolo 80 – che sostituisce, con importanti modifiche ed integrazioni, il vecchio articolo 38 comma 1 lett. c) del D.lgs. n. 163/2006 – sancisce l'esclusione dell'operatore economico in caso di “*sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale*”, per uno dei reati ivi indicati.

Il successivo comma 2 – che sostituisce il vecchio articolo 38 comma 1 lett. b) del D.lgs. n. 163/2006 – dispone che è altresì motivo di esclusione “*la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto*”.

Il medesimo articolo precisa che “*Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia*”.

¹ Pubblicato su www.appaltiecontratti.it

Al comma 3 è infine chiarito che *“l’esclusione di cui al comma 1”* va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti dei soggetti ivi indicati (titolare o direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; socio o direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo, ecc.) tra i quali figurano anche i *“soggetti cessati dalla carica nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara”*.

Alla luce di quanto sopra può affermarsi che, in relazione ai soggetti <<cessati dalla carica>> assume rilevanza esclusivamente la causa di esclusione di cui all’articolo 80 comma 1, mentre quella di cui al comma 2 non rileva in quanto non espressamente richiamata al comma 3.

Tale impostazione è, peraltro, pienamente congruente con quanto già previsto nel vecchio Codice, laddove la causa di esclusione di cui all’articolo 38 comma 1 lett. b) non era riferita ai soggetti cessati dalla carica.

Maggiori perplessità desta invece il mancato richiamo alla causa di esclusione di cui al comma 2 dell’articolo 80 in esame, per gli altri soggetti contemplati al comma 3.

Ciò costituisce una novità rispetto alla disciplina dettata dall’abrogato articolo 38 comma 1 del D.lgs. n. 163/2006, sulla scorta della quale sia la causa di esclusione di cui alla lettera b) – oggi trasposta nel comma 2 dell’articolo 80 – sia quella di cui alla lettera c) – oggi trasposta nel comma 1 dell’articolo 80 – facevano espresso riferimento ai soggetti che oggi sono indicati (con integrazioni) al comma 3 dell’articolo 80.

In buona sostanza, applicando alla lettera il disposto di cui al comma 3 dell’articolo 80, non solo resterebbero fuori dalla causa di esclusione contemplata al comma 2 i “cessati dalla carica”, ma, a stretto rigore, anche i restanti soggetti indicati al predetto comma 3.

Non mi sento di escludere che ciò potrebbe anche essere conseguenza del tentativo di allineare, sotto il profilo dei soggetti da sottoporre a verifica, la causa di esclusione di cui al comma 2 dell’articolo 80 alla normativa antimafia.

In ogni caso, sul punto la norma è poco chiara.

Analoga questione si pone anche per la causa di esclusione di cui all’articolo 80, comma 5, lett. l), nel quale è trasposta, con modifiche, la causa di

esclusione sancita dall'articolo 38 comma 1 lettera m-ter del D.lgs. n. 163/2006.

Si osserva, infatti, che a differenza della previsione contenuta al menzionato articolo 38 comma 1 lettera m-ter del D.lgs. n. 163/2006 – la quale richiamava in modo esplicito la lettera b) del medesimo comma 1 e, dunque, i soggetti ivi indicati - all'articolo 80 comma 5 lett. l) non c'è alcun richiamo al comma 3, bensì un mero riferimento all'operatore economico.

Tale omissione potrebbe anche essere conseguenza della circostanza che la lettera l) del comma 5 è stata inserita all'ultimo istante, a seguito del parere del Consiglio di Stato.

Dunque, sulla scorta di un'interpretazione letterale della richiamata previsione del nuovo Codice, anche in questo caso, la causa di esclusione non andrebbe riferita a nessuno dei soggetti indicati al comma 3, attesa l'assenza di un espresso richiamo.

Fermo quanto sopra - ed in attesa di eventuali indicazioni che potrebbero provenire dal legislatore o dall'Autorità – una soluzione pratica, ancorché non pienamente aderente al dato letterale della norma, potrebbe, a mio avviso, essere quella di operare in continuità con il passato e dunque riferire:

- la causa di esclusione di cui al primo comma dell'articolo 80 a tutti i soggetti indicati al comma 3, come del resto oggi espressamente previsto;
- la causa di esclusione di cui al secondo comma dell'articolo 80 a tutti i soggetti indicati al comma 3, fatta eccezione per i cessati dalla carica;
- la causa di esclusione di cui al quinto comma, lettera l) dell'articolo 80 a tutti i soggetti indicati al comma 3, fatta eccezione, anche in questo caso, per i cessati dalla carica.

Ciò detto, non posso sottacere che, su un argomento così delicato come quello concernente le cause di esclusione, era auspicabile una maggiore chiarezza “espositiva” da parte del legislatore.

Ci sono sempre i decreti correttivi per correre ai ripari.