

CAUSE OSTATIVE *EXTRAVAGANTES* PER LA PARTECIPAZIONE ALLE GARE AD EVIDENZA PUBBLICA, ALLA LUCE DELLA LEGGE ANTICORRUZIONE

prof. Vittorio Capuzza

*Docente di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata";
Responsabile del settore legale della Conferenza dei Rettori delle Università Italiane - CRUI;
Studio Legale Associato Cancrini-Piselli, Roma*

Il principale obiettivo che si intendeva perseguire con l'emanazione del codice dei contratti pubblici era quello di garantire in un "unico testo" (così lo definisce la legge delega n. 62/2005), l'armonia della variegata disciplina relativa agli appalti e alle concessioni di diritto pubblico.

A ben vedere il risultato non è stato perfettamente raggiunto; operano infatti due forze vettoriali opposte: una corre dall'esterno, l'altra lega il codice a piani legislativi paralleli; la seconda di queste situazioni dinamiche è quella che mostra il mancato raggiungimento dello scopo, di raccogliere cioè nell'unico *corpus* normativo la contrattualistica pubblica.

In altri termini, dal 1° luglio 2006 (data di entrata in vigore del d.lgs n. 163/2006) il codice ha mutato innumerevoli volte le sue forme fino a che ha addirittura mutato il proprio volto; infatti, sono molteplici le modifiche operate alla disciplina contenuta nel decreto da parte di fonti normative spesso anche riguardanti settori non direttamente collegati ai contratti pubblici.

Questa mutazione, tuttavia, ha visto convergere le modifiche provenienti da molteplici punti esterni nell'unico testo: a parte l'incertezza determinata dai continui movimenti tellurici intorno al codice, non si pone la questione della sua funzione omologante della disciplina in materia.

Come detto, quello che più rileva a scapito della raccolta unitaria della legislazione vigente in materia di appalti e concessioni pubbliche è il fatto che alcune prescrizioni restano contenute in diverse fonti normative e stanno, per così dire, in posizione satellitare rispetto al codice dei contratti pubblici; e alcune di tali norme *extravagantes* sono nate da poco tempo.

Vediamone qualche esempio in relazione ai requisiti generali per partecipare legittimamente alle gare e per stipulare lecitamente i contratti d'appalto, di concessione e di subappalto.

Oltre alle lettere indicate nel comma 1 dell'art. 38, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha indicato nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 relativa ai bandi-tipo alcune cause di esclusione previste da altre normative; a tali situazioni ostative si aggiunga anche l'importante verifica che la stazione appaltante deve operare in relazione alle eventuali misure interdittive cautelari previste dall'art. 45 del d.lgs n. 231/2001, specialmente quella che comporta il divieto di stipulare con la PA e che, come ogni altra misura interdittiva prevista dall'ordinamento, passa per l'ampia dizione contenuta nella lett. m) dell'art. 38 codice appalti.

In questo senso, la lett. m) si comporta quasi come "norma in bianco", facendo riferimento ad "altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione"; al contempo, tale dinamica apertura cozza con l'esigenza di avere un "unico testo".

È indubbio che la garanzia di certezza della disciplina applicabile e la conseguente necessaria legittimità dell'azione amministrativa presentano un *vulnus* se si considerano le diverse e spesso imprevedibili prescrizioni dalle quali la legge fa scaturire alle imprese il divieto di contrattare con la PA e quindi di partecipare legittimamente alle gare ad evidenza pubblica.

È il caso, ad esempio, della prescrizione contenuta nell'art. 290, comma 1 c.p.p., secondo la quale, fra le misure interdittive operanti nell'ambito delle misure cautelari (dunque, rilevanti nella fase delle indagini preliminari, in un momento cioè assolutamente distinto rispetto al momento della sentenza e della sua irrevocabilità), il giudice interdica temporaneamente l'imputato con provvedimento che dispone il divieto di esercitare attività imprenditoriali; tale interdizione può scaturire quando si procede per i delitti indicati dall'art. 287

c.p.p. (puniti con l'ergastolo o con la reclusione superiore nel massimo a 3 anni), ovvero per i delitti indicati nel comma 2 dell'art. 290 c.p.p., fra i quali compare anche la turbativa d'asta.

Questo significa che le stazioni appaltanti debbano comunque verificare in capo alle figure rilevanti di un'impresa concorrente anche l'insussistenza di tale divieto, operante come misura cautelare interdittiva nell'ambito di un procedimento penale.

Appare corretto, allora, inserire nel bando l'obbligo di dichiarazione relativo anche a tale divieto, nonostante esso operi passando per la porta della lettera m) comma 1 art. 38. Lo richiede prima di tutto l'esigenza di avere coerentemente unita ed espressa l'intera disciplina che, come s'è detto, il codice appalti ancora non riesce a garantire.

In capo all'aggiudicatario tale verifica può essere svolta mediante la verifica del casellario dei carichi pendenti, nel quale ai sensi dell'art. 6 del d.P.R. n. 313/2002 compaiono i riferimenti ai provvedimenti giudiziari di cui all'art. 60 c.p.p., i quali a loro volta rimandano all'imputazione, che è qualifica rivestita anche prima della richiesta di rinvio a giudizio già nella fase applicativa di eventuali misure cautelari personali coercitive e interdittive.

Pertanto, in fase di accertamento la stazione appaltante non può limitare la propria attività al solo certificato giudiziale valido per la lettera c) dell'art. 38), ma deve estenderla ai carichi pendenti (operanti relativamente all'art. 290 c.p.p.), all'anagrafe di cui al Titoli V d.P.R. n. 313/2002 relativa ai carichi pendenti degli illeciti amministrativi dipendenti da reato con riferimento all'interdizione cautelare di contrarre con la PA (prevista *per relationem* dall'art. 45, comma 1 del d.lgs n. 231/01) e all'anagrafe di cui al Titoli IV d.P.R. n. 313/2002 delle sanzioni amministrative dipendenti da reato (relativa al divieto di contrarre previsto dall'art. 9, comma 2 lett. c), d.lgs n. 231/01).

Altra misura interdittiva *extravagantes* rispetto al codice dei contratti pubblici e tuttavia penetrabile in essa tramite il varco aperto dalla lett. m) comma 1, art. 38 d.lgs n. 163/06, è il divieto previsto dall'art. 53 del d.lgs 165/01 (t.u. pubblico impiego) nel quale la legge n. 190/2012 ha inserito il comma 16-*ter*; in particolare, facendo qui unico riferimento ai soggetti operanti nella contrattualistica pubblica, viene sancito che laddove un'impresa, nel triennio successivo alla cessazione del rapporto di pubblico impiego di un dipendente (il quale negli ultimi tre anni di servizio abbia esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto dell'amministrazione pubblica), concluda contratti o conferisca incarichi a quell'ex dipendente pubblico, per l'impresa medesima sussista il divieto di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni.

Si assiste in questo caso a una misura interdittiva che non consegue ad un provvedimento rilevante nella sfera penale e non è applicabile né da un giudice, né da un'*Authority*, ma che è coerente alla *ratio legis* di prevenzione dell'art. 53 T.U. pubblico impiego, così come riletto dalla legge anticorruzione. Il comma 16-*ter*, però, nulla dice circa la necessaria *conoscibilità* della citata violazione: essa opera eminentemente in un ambito privatistico, coinvolgendo ex dipendenti pubblici e imprese private, pertanto non sono soggette agli obblighi di pubblicità.

In altri termini, l'eventuale non rispetto del divieto sancito dal comma 16-*ter* e l'eventuale conseguente interdizione - seppur scoperte - come possono essere conosciute da tutte le amministrazioni pubbliche ai fini dell'applicazione dell'interdizione triennale dell'impresa? Chi potrebbe segnalare all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ai fini dell'alimentazione del relativo casellario l'interdizione *ope legis* prevista nel comma 16-*ter*? Si consideri, infatti, che nella relativa ipotesi di violazione le pubbliche amministrazioni non sono minimamente coinvolte, atteso che l'eventuale accordo opererebbe fra due soggetti privati e in un contesto esterno all'ambito pubblico.

Fatta salva la bontà della prescrizione operata dalla legge anticorruzione, in questo caso la norma appare di difficile attuazione a causa della presumibile debolezza probatoria, soprattutto considerando che l'interdizione non riguarda l'ambito penale, in cui vige in materia istruttoria una precisa e stringente dialettica.