

Appalti pubblici e presunzione di (non) colpevolezza

di Patrizio Leozappa

Data di pubblicazione: 2-11-2019

È senz'altro vero che, da qualche anno, il nostro ordinamento giuridico registra una profonda crisi del principio di non colpevolezza, nonostante esso sia uno dei valori fondanti la nostra Costituzione.

Siamo, in effetti, al punto di interrogarci se oggi, nel settore dei contratti pubblici, sia piuttosto vigente una presunzione di colpevolezza. E la risposta temo non possa che essere affermativa, alla luce di alcune norme del nuovo codice dei contratti pubblici e della loro corrente interpretazione da parte della giurisprudenza amministrativa. Pensando, ad esempio, agli effetti dell'applicazione dell'art. 80 del nuovo codice dei contratti pubblici ed in particolare all'incidenza degli "illeciti professionali" sulla partecipazione alle gare pubbliche, ma anche ai temi, attuali e delicatissimi, dei nuovi protocolli di legalità e delle interdittive antimafia, si fa fatica a non riscontrare un significativo affievolimento del principio costituzionale di non colpevolezza e, più in generale, del principio di legalità.

Il diritto della prevenzione, ormai da un certo numero di anni a questa parte, è la scorciatoia che sempre più volentieri il nostro legislatore percorre in campo penale. La novità che mi sembra di poter cogliere è, però, la formazione anche di un diritto amministrativo della prevenzione, di cui costituiscono espressione - oltre ad alcune norme del nuovo codice dei contratti pubblici - le recenti modifiche al codice antimafia che consentono l'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali anche agli indagati di associazione a delinquere finalizzata al compimento di reati contro la pubblica amministrazione e misure quali le interdittive prefettizie antimafia che, di anno in anno in numero sempre più significativo (ben il 370% in più dal 2014 al 2018, fonte ANAC), risultano attingere da nord a sud gli imprenditori del nostro Paese.

Come è noto, una delle ragioni - se non la ragione - del successo del diritto della prevenzione sta nel fatto che le procedure per l'emissione delle misure che lo caratterizzano sono semplificate e che la sanzione, che di norma costituisce l'epilogo del processo, viene qui irrogata anticipatamente, in una fase, cioè, assolutamente prodromica rispetto al processo stesso, in cui non c'è alcun contraddittorio e non c'è possibilità di difesa per il soggetto destinatario delle misure stesse. Si capisce bene, pertanto, come l'applicazione delle misure di prevenzione costituisca il modo più semplice ed immediato per raggiungere un risultato - quello sanzionatorio - al quale il processo potrebbe anche non condurre mai, ben potendo il soggetto attinto da una misura di prevenzione, alla fine del giudizio, essere assolto.

E' stato detto come l'introduzione delle misure di prevenzione ed in particolare delle informazioni antimafia rappresenti, negli ambiti soggetti al diritto amministrativo, la risposta forte dell'ordinamento al pericolo di inquinamento dell'economia sana da parte delle imprese che sono strumentalizzate o corrono il rischio di essere condizionate dalla criminalità

organizzata. Tali misure assolverebbero quindi alla funzione di “frontiera avanzata” nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato, essendo volte a salvaguardare l’ordine pubblico economico, la libera concorrenza tra le imprese e il buon andamento della pubblica amministrazione.

Il che, naturalmente, è un bene e non è oggetto di discussione. E tuttavia, poiché quando si parla di pericolo, anche di infiltrazione mafiosa, si entra nel campo della probabilità di un evento, quello di cui si può e si deve discutere è allora di come la valutazione della probabilità viene condotta e della sua adeguatezza o meno rispetto ai canoni del principio di legalità.

Da questo punto di vista, lascia perplessi che la consolidata giurisprudenza amministrativa ritenga che l’interdittiva antimafia possa essere legittimamente fondata su fatti e vicende aventi un valore sintomatico e meramente indiziario di possibili collegamenti con le organizzazioni malavitose, avvalendosi dell’ausilio di indagini svolte dalla polizia giudiziaria che possono risalire anche ad eventi lontani nel tempo. Così come che si ritenga legittimo che la valutazione del rischio di inquinamento mafioso venga effettuata sulla scorta del criterio del “più probabile che non”, spesso valorizzando elementi che si risolvono nell’allegazione di un mero legame di parentela e che postulano, in buona sostanza, quella presunzione del “non poteva non sapere” che mai dovrebbe trovare credito in uno Stato di diritto.

Se è vero, insomma, che si è al cospetto di una fattispecie di pericolo nella quale, per la stessa scelta del legislatore, ciò che conta è prevenire un evento (il tentativo di infiltrazione mafiosa) che non necessariamente è attuale o si è verificato, potendo essere anche solo potenziale, è altrettanto vero che non è accettabile, se non sacrificando i principi costituzionali di non colpevolezza e di prevedibilità, che, in assenza di condotte obiettivamente percepibili che rivelino quanto meno l’intenzione di influenzare le altrui decisioni strategiche, il giudizio di probabilità possa scadere in un giudizio di mera possibilità, che, come pure è stato rilevato da qualche isolata sentenza, è cosa del tutto diversa, dal momento che non tutto ciò che è possibile è anche probabile.

L’interdittiva, è bene ricordarlo, è un provvedimento amministrativo il cui effetto immediato è quello di qualificare come immeritevole della fiducia delle istituzioni l’imprenditore - persona fisica o giuridica - che ne sia attinto, al quale risulta di conseguenza precluso anche solo aspirare ad avere rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni, essere destinatario di titoli abilitativi da queste rilasciati o di contributi pubblici. Si tratta, quindi, di una misura dirimpante e molto afflittiva, anche sotto il profilo umano, che, sino a che si riterrà che il campo valutativo del potere prefettizio debba arrestarsi solo di fronte ad un fatto inesistente o obiettivamente non sintomatico, pur avendo natura cautelare e preventiva, rischia di assumere i caratteri del marchio indelebile e di segnare in modo irreversibile la fine di un’attività imprenditoriale.

Anche le misure di prevenzione personale e patrimoniali oggi applicabili anche per i reati associativi contro la pubblica amministrazione sono misure estreme e dalla dubbia legittimità costituzionale. Non è davvero un caso che il Parlamento, nel momento stesso in cui ha varato questa riforma, ha impegnato il Governo a verificare e monitorare le prassi applicative della legge per valutare l’impatto e l’efficacia delle nuove norme anche al fine di procedere ad

eventuali modifiche e di garantire che la tutela della legalità e l'efficienza del sistema delle misure di prevenzione, con particolare riferimento proprio al funzionamento dei nuovi istituti, si realizzi nel pieno rispetto delle garanzie dei diritti dei cittadini e delle imprese.

Sconcerta che lo stesso legislatore che ha varato la riforma ne sia a tal punto dubbioso, sotto il profilo della tenuta delle garanzie costituzionali, da introdurre le nuove norme insieme ad un ordine del giorno che già prelude ad una loro modifica.

Altrettanto è a dirsi per i protocolli di legalità, che sono apparentemente degli accordi e formalmente dei negozi giuridici. L'operatore economico che partecipa ad una gara pubblica ne è sempre più spesso soggetto, dal momento che della relativa disciplina speciale fa parte anche il protocollo di legalità, al quale il concorrente dovrà aderire, rendendo in sede di gara una formale dichiarazione di accettazione. Ebbene, il protocollo di legalità prevede una clausola secondo la quale il sopraggiungere di una mera richiesta di rinvio a giudizio o di una misura cautelare a carico di uno dei soggetti di cui all'art. 80, comma 3, del nuovo codice dei contratti pubblici, comporterà, durante la fase di gara, l'esclusione del concorrente dalla procedura, durante l'esecuzione del contratto, la sua risoluzione di diritto ex articolo 1456 c.c., senza possibilità di alcun contraddittorio.

Nella realtà, quello che formalmente è un negozio giuridico, apparentemente formatosi a seguito dell'accettazione richiesta al concorrente, è quindi a tutti gli effetti un atto amministrativo. Ciò nonostante, attraverso il protocollo di legalità - il mancato rispetto delle cui clausole può legittimamente assurgere, in ragione di quanto espressamente prevede l'art. 1, comma 17, della legge n. 190/2012 (recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"), a causa di esclusione dalla procedura mediante l'introduzione di una specifica disposizione in tal senso nei bandi di gara - si finisce per superare, ancora una volta ad onta del principio di non colpevolezza, quanto dispone, in applicazione delle direttive europee ed in termini ben più garantisti, l'articolo 80 del nuovo codice.

È noto, infatti, che ai sensi dell'articolo 80, comma 1, costituisce causa di esclusione di un concorrente la condanna con sentenza definitiva o il decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per uno dei reati previsti dalle lettere da a) a g) e non la semplice richiesta di rinvio a giudizio per uno di detti reati, né l'applicazione di una misura cautelare e neppure la pronuncia di una sentenza non ancora definitiva.

Anche in considerazione della vigenza in materia del divieto di *gold plating*, urge fare al riguardo una seria riflessione, dubbia sembrando altresì la compatibilità di tali previsioni dei protocolli d'intesa con il principio eurounitario e costituzionale di proporzionalità e fermo restando che, laddove dispongono la risoluzione di diritto del contratto d'appalto per effetto della sopravvenienza di una richiesta di rinvio a giudizio o di una misura cautelare, i protocolli di legalità non trovano copertura normativa neppure nel ricordato art. 1, comma 17, della legge n. 190/2012 (che fa esclusivo riferimento alla sanzione dell'esclusione dalla gara) e si pongono in contrasto con il comma 2 dell'art. 108 del nuovo codice, che prevede l'obbligo di risolvere il contratto pubblico solo qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una misura di prevenzione ovvero una

sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'art. 80.

Qualche considerazione finale sulla mutevole figura dell'illecito professionale che, sempre ai sensi dell'art. 80, comma 5, del d. lgs. n. 50/2016, costituisce una delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare. Anche qui, infatti, è abbastanza evidente l'arretramento delle garanzie di legalità e l'affievolimento del principio di non colpevolezza.

Occorre premettere che l'originaria lett. c) della norma in commento è stata di recente modificata e spacchettata in più disposizioni (le odierne lettere "c-bis" e "c-ter") che si affiancano all'attuale lett. c), la quale ultima si configura oggi quale norma a fattispecie aperta e non tipizzata, prevedendo genericamente che la stazione appaltante sia tenuta ad escludere un concorrente se è in grado di dimostrare "con mezzi adeguati" che lo stesso si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. In altri termini, rileva ora, a fini escludenti, qualunque condotta o fattispecie riferibile al concorrente di cui la stazione appaltante sia venuta a conoscenza e che la porti a dubitare, sotto il profilo della correttezza, serietà e capacità imprenditoriale, della idoneità dell'operatore economico a contrarre con la pubblica amministrazione. E si badi che esulano da queste condotte e fattispecie - che ho appunto definito aperte e che quindi sono necessariamente riferite ad altro - gli inadempimenti o inesatti adempimenti contrattuali (che in origine costituivano invece casi esemplificativi di gravi illeciti professionali), ossia le carenze nell'esecuzione di precedenti appalti e le relative sanzioni che siano state comminate dalle stazioni appaltanti, in quanto ora oggetto di specifica previsione, quale autonoma causa di esclusione, da parte della nuova lett. c-ter).

Con riguardo alle fattispecie aperte, è stata attribuita alle stazioni appaltanti una discrezionalità troppo ampia nel valutare la rilevanza quale illecito professionale di fatti incidenti sull'affidabilità o integrità di un operatore economico, con la prevedibile conseguenza che, per gli stessi fatti, ben potrà accadere che alcune stazioni appaltanti escluderanno ed altre ammetteranno alla gara il concorrente, perché dei medesimi fatti potrà essere data una lettura differenziata in chiave sia di attinenza alla "professionalità" dell'operatore economico con riguardo all'oggetto della gara, sia di gravità dell'illecito che, per rilevare ai fini dell'esclusione, deve essere importante al punto da far dubitare della integrità o affidabilità del concorrente.

In ogni caso, la formulazione della disposizione si presta a rilievi critici anche perché pone a carico della stazione appaltante l'onere di dimostrare che il fatto addebitato all'operatore economico quale grave illecito professionale abbia una rilevanza tale da renderlo inidoneo a contrarre. Questa dimostrazione dovrà essere data con "mezzi adeguati", il che - in attesa di capire cosa con ciò si voglia intendere - di sicuro attribuisce alla stazione appaltante uno stringente onere motivazionale, in merito all'assolvimento del quale nei singoli casi di esclusione si aprirà, come è facile prevedere, una stagione di contenzioso giudiziario che si sarebbe potuto evitare con la formulazione di disposizioni più puntuali e tipizzate, le sole che avrebbero semplificato l'attività delle stazioni appaltanti e reso meno incerta la formulazione delle offerte degli operatori economici.

In merito alla lettera c-ter) del comma 5 dell'art. 80, l'attuale disposizione ha reso autonoma

causa di esclusione dalle gare la carenza significativa o persistente nell'esecuzione di un precedente contratto pubblico, anche se non intrattenuto con la stessa stazione appaltante, che abbia causato la risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili. Rispetto all'originaria formulazione della (allora unitaria) lett. c), non è ora dunque più richiesto che la risoluzione del contratto disposta dalla stazione appaltante sia stata o non contestata o confermata all'esito di un giudizio, di modo che un operatore economico può oggi essere escluso da una gara anche quando sia stato vittima, da parte di una determinata stazione appaltante, di una risoluzione contrattuale del tutto infondata e finanche temeraria, restando così esposto al rischio di subire, oltre al danno della perdita di un contratto d'appalto, anche la beffa dell'esclusione da una gara per aggiudicarsene un altro, ad opera di una diversa stazione appaltante magari del tutto ignara dell'ingiustizia perpetrata con la precedente risoluzione contrattuale. Epilogo manifestamente ingiusto, questo, anche perché totalmente irrispettoso dei precetti costituzionali della presunzione di non colpevolezza e dell'inviolabilità del diritto di difesa in giudizio, che l'onere di motivazione, posto dalla norma in commento - con riferimento sia al tempo trascorso dalla violazione che alla gravità della stessa - a carico della stazione appaltante che assuma il provvedimento di esclusione dalla gara, non è certo in grado di mitigare o escludere.

Naturalmente una causa di esclusione dai contorni tanto mobili ed evanescenti come quella dell'illecito professionale genera inevitabili conseguenze, in termini di aggravii procedimentali e di connesso contenzioso, anche per quello che riguarda il corretto assolvimento dell'onere dichiarativo in sede di gara. Cosa deve dichiarare un concorrente alla stazione appaltante quando di fatto qualunque condotta dell'operatore economico potrebbe essere suscettibile di integrare un illecito professionale per non correre il rischio di essere escluso? Prudentemente tutto, come direbbe qualunque avvocato al proprio cliente, perché il rischio del non dichiarato è superiore alle eventuali conseguenze del dichiarato. E così, ad esempio, eventuali contestazioni mosse dal committente pubblico nel corso dell'esecuzione di un appalto vanno dichiarate anche se non sfociate in una risoluzione contrattuale o in una richiesta di risarcimento danni, ben potendo essere valutate rilevanti quali fattispecie di illecito professionale ai sensi della lett. c) del comma 5 dell'art. 80.

C'è poco, poi, da rallegrarsi che la legge n. 55/2019 di conversione del decreto c.d. "sblocca cantieri" abbia recentemente sospeso sino al 31 dicembre 2020, tra le altre cose, anche le verifiche in sede di gara di cui all'art. 80 riferite al subappaltatore: un anno passa in fretta ed i problemi - anche quelli dell'esclusione dell'operatore economico o della risoluzione del contratto d'appalto per illecito professionale del subappaltatore o per effetto dell'applicazione delle clausole dei protocolli d'intesa a causa del rinvio a giudizio o dell'applicazione di misure cautelari nei confronti di quest'ultimo - invece, purtroppo, restano.