

LA PRIMA APPLICAZIONE DELLA CAUSA DI ESCLUSIONE DI CUI ALLA LETTERA M-TER) DELL'ART. 38 DEL CODICE

Note dell'avv. A Bonanni*

1. La legge n. 94 del 15 luglio 2009, recante “*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”, ha arricchito l’elencazione dei requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, inserendo una nuova causa di esclusione. Trattasi, in particolare, della lettera m-ter) dell’art. 38, co 1, del Codice dei Contratti, in base alla quale è stata preclusa la partecipazione alle gare nei confronti dei soggetti: “*di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l’applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 [concussione] e 629 [estorsione] del codice penale aggravati ai sensi dell’ articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 [cioè aggravati dallo stampo mafioso del reato], non risultino aver denunciato i fatti all’autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall’ articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689”¹.*

* Alessandro Bonanni è avvocato amministrativista del Foro di Roma, esperto in contenzioso in materia di affidamento di contratti pubblici. È ideatore e autore del sito web www.contratti-pubblici.it e collaboratore dell’*Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici* nell’ambito del progetto RETE TAR [www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=131].

¹ L’art. 38 del Codice appalti stabilisce che: *sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ... b) nei cui confronti è pendente procedimento per l’applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all’articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall’articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l’esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita*

Lo scopo della disposizione in commento è quello di sanzionare la condotta omertosa delle vittime della concussione o dell'estorsione di stampo mafioso, al fine di incoraggiare la denuncia di tali reati da parte degli operatori economici del mercato dei contratti pubblici.

La stessa disposizione, precisati come sopra i connotati della condotta sanzionata, soggiunge poi che la mancata denuncia all'autorità giudiziaria, cioè la circostanza da cui scaturisce l'applicazione della causa di esclusione, deve *“emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando”* e, su comunicazione della Procura della Repubblica, deve essere annotata sul sito dell'Osservatorio istituito presso l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici. Pertanto, stando alla formulazione della norma, la pubblicazione presso l'Osservatorio sembra assurgere a condizione di applicazione della causa di esclusione in esame, attribuendo all'Autorità di Vigilanza un ruolo centrale nella concreta attuazione della disposizione. Infatti, è solo attraverso la pubblicità assicurata dalla annotazione nel Casellario che le amministrazioni appaltanti possono essere edotte circa l'esistenza delle condizioni di operatività della causa di esclusione *de qua* nei confronti di un dato operatore

semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società; ... m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorranò i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio.

economico, e quindi adottare i provvedimenti conseguenti (esclusione dalla gara ovvero risoluzione del contratto già stipulato).

Nonostante la vigenza sin dal 2009, la norma è però rimasta di fatto inapplicata: nel Casellario non era mai stata annotata una notizia inerente all'omessa denuncia dei fatti rilevanti ai sensi della citata lettera m-ter) da parte di alcun operatore economico.

Solo con comunicazione del 30 marzo 2011 l'Autorità ha reso noto di aver dato una prima applicazione alla disposizione in commento, avendo provveduto, su segnalazione della DDA di Reggio Calabria, ad inserire nel Casellario i nominativi di taluni imprenditori che, per ottenere appalti di pulizie sui treni, avrebbero pagato il pizzo alla 'ndrangheta senza denunciare all'autorità giudiziaria le malversazioni subite. Nei confronti di tali soggetti, pertanto, dovrebbe trovare applicazione la causa ostativa alla partecipazione alle gare per un periodo di tre anni, con decorrenza dalla data di richiesta di rinvio a giudizio (infatti, secondo la stessa Autorità, quello del rinvio a giudizio sarebbe il "*momento in cui si realizza, sul piano sostanziale, la fattispecie ostativa*"; cfr. Determinazione n. 1/2010).

Ci si permette di osservare, sul punto, che la disposizione recata dall'art. 38, comma 1, lett. m-ter) del D.Lgs. 163/2006 solleva qualche profilo di perplessità.

Essa pretende, infatti, di irrogare una grave sanzione interdittiva, che determina pesanti ripercussioni sull'attività professionale dell'operatore economico da essa inciso (impedendo non solo l'instaurazione, ma anche la prosecuzione di qualunque rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione), sulla base di una mera segnalazione della magistratura requirente, e sulla sola scorta "*della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato*".

Non è dunque necessario che intervenga una sentenza di condanna che accerti l'effettiva sussistenza della fattispecie delittuosa contestata.

Non occorre neppure superare il vaglio del Giudice dell'Udienza Preliminare, che deve pronunciarsi sulla richiesta di rinvio a giudizio a carico dell'indagato. Una semplice richiesta di rinvio a giudizio è, invero, sufficiente per soddisfare le condizioni di operatività della causa di esclusione in esame.

In altri termini, la lettera m-ter) dell'art. 38 cit. può spiegare la propria efficacia interdittiva nei confronti del soggetto passivo del reato, che abbia mancato di sporgere la relativa denuncia all'autorità giudiziaria, a prescindere dal fatto che l'autore della condotta illecita sia stato condannato, e addirittura a prescindere da un effettivo rinvio a giudizio di quest'ultimo. Tanto che la stessa Autorità, nella Determinazione n. 1/2010, ha sentito il bisogno di specificare che, laddove il processo penale si concluda, entro il termine di tre anni decorrente dalla richiesta di rinvio a giudizio, con una sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere, debba venire meno il presupposto della causa di esclusione, con conseguente cancellazione dell'annotazione dal Casellario e riammissione dell'operatore economico alla possibilità di contrarre con la Pubblica Amministrazione.

È innegabile, dunque, che la causa di esclusione così conformata assuma connotati di estrema severità, sino a risultare sommaria e draconiana, essendo suscettibile di arrecare un grave pregiudizio nei confronti di un operatore economico ancor prima che sia intervenuto alcun effettivo accertamento della sussistenza dei fatti delittuosi oggetto di contestazione e, dunque, prima ancora che sia possibile sapere se questi abbia effettivamente mancato di denunciare un (ipotetico) reato. In tal senso non si può non guardare con diffidenza ad una norma che pretende di punire irrimediabilmente un soggetto sulla sola base di sospetti o indizi emersi nel corso delle indagini, e prima ancora di qualunque pronuncia sul punto, ancorché non definitiva.

È poi evidente che la concreta applicazione della disposizione *de qua* possa dar luogo a situazioni del tutto paradossali, che manifestano una palese disparità di trattamento. Basti considerare, ad esempio, che mentre la vittima di un'estorsione può subire l'immediata interdizione dalla partecipazione alle gare, il suo estorsore, nel periodo successivo alla richiesta di rinvio a giudizio, e per tutto il tempo del processo, sino a che non intervenga una condanna definitiva, può non incorrere in alcuna sanzione, e continuare ad operare indisturbato nel mercato dei contratti pubblici. Infatti, la lettera m-ter) considera solamente la posizione del soggetto passivo del reato, e non anche l'autore della condotta illecita. Quest'ultimo, inoltre, non può dirsi neppure interessato dalla causa di esclusione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice dei Contratti, la quale potrebbe trovare applicazione solo a seguito di un'eventuale condanna definitiva.

Insomma, in modo del tutto illogico e disparitario, colui che subisce l'estorsione potrebbe incorrere nell'immediato divieto di partecipare alle gare per un periodo di tre anni a seguito della mera richiesta di rinvio a giudizio del presunto estorsore, mentre quest'ultimo, se titolare di un'impresa che opera con la pubblica amministrazione, potrebbe continuare nell'esecuzione dei contratti pubblici, o partecipare alle gare per acquisire nuove commesse, senza alcuna particolare limitazione (salvo che non sussistano, nei suoi confronti, altre cause di esclusione che prescindano da una sentenza di condanna, come, ad esempio, la pendenza di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione, *ex art. 38, comma 1, lett. b) del D.Lgs. 163/2006*). In altri termini, per il presunto 'autore del reato' valgono tutte le (sacrosante) garanzie costituzionali (*in primis*, la presunzione di innocenza), mentre per l'offeso si delinea la possibilità di una ferale punizione preventiva, che precede l'accertamento di qualunque responsabilità.

Lo squilibrio sanzionatorio introdotto dalla norma in commento appare quindi evidente, e palesa caratteri sufficienti perché si possa

dubitare, ad avviso di chi scrive, non solo della sua legittimità costituzionale, ma anche della sua compatibilità con l'ordinamento comunitario, posto che già in altre occasioni si è avuto modo di esprimere perplessità nei confronti di cause di esclusione che si fondano sul presupposto della mera pendenza di un procedimento giurisdizionale.

E ciò senza considerare che, nel caso della disposizione esaminata, non è neppure richiesto che il procedimento giurisdizionale si instauri effettivamente, essendo sufficiente una mera richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti di un soggetto – l'indagato del reato di concussione o estorsione - che non coincide neppure con l'operatore economico inciso dalla sanzione interdittiva. Pertanto, si auspica che tale prima applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-ter) del Codice possa sostanziare anche il *casus belli* per una verifica, in sede giurisdizionale, della sua legittimità.