

Il Commento | Urbanistica | 07 Aprile 2021

Appalti pubblici, rimuovere la cultura del sospetto per far ripartire gli investimenti

di Edoardo Bianchi*

L'obiettivo per consentire una ripresa economica del Paese e far sì che gli investimenti ripartano dovrà passare necessariamente (anche) dalla rimozione della generalizzata "cultura del sospetto". Negli ultimi 20 anni si è progressivamente affermato un principio, quello della presunzione di colpevolezza, che individua nell'operatore economico che contrae con la Pa un probabile mariuolo che deve dimostrare la sua estraneità ai fatti: quali? tutti !

La indeterminatezza del diritto ha da tempo determinato una ridotta attrattività del nostro Paese per gli investitori esteri ed ha reso sempre più complicato l'avvio di nuove intraprese economiche. Quanto precede, ovviamente, ha afflitto le persone per bene, che sono state ulteriormente subissate da adempimenti, senza alcun pregiudizio per chi veramente non voleva rispettare le regole del gioco.

Se non usciamo da questa imbastardimento colpevolista a prescindere, nessun vaccino economico e monetario potrà mai far ripartire alcunché. Diverse sono le testimonianze dell'attuale stato di patologia ma oggi prendiamo ad esempio la figura delle cause di esclusione di cui all'art. 80 comma lettera c) del Codice 50.

L'articolo 80 ha recepito la disposizione comunitaria prevista dalla direttiva 2014/24 ma non ha previsto alcuna tipizzazione rimanendo una fattispecie a struttura aperta. La previsione in esame non era a "recepimento obbligatorio" (quelle ossia che lo Stato membro deve recepire) ma rientrava tra quelle a "recepimento facoltativo" (rimesse, cioè, al libero apprezzamento del singolo paese).

Ebbene in preda alla hybris punitiva che da tangentopoli in poi caratterizza l'operato del legislatore quando tratta di contratti pubblici, anche a questa previsione è stato dato carattere vincolante. Nella lettera c) rientra il concetto di illecito relativo a tutte quelle fattispecie tali da rendere dubbia la integrità o la affidabilità dei soggetti che concorrono ad aste pubbliche e sono perciò gravati dall'obbligo di dichiarazione.

La promiscuità della norma ha determinato una ondivaga giurisprudenza nazionale e nonostante l'intervenuta adunanza plenaria del Consiglio di Stato, si fronteggiano due diversi orientamenti. Il primo chiede che si dichiarino tutte le fattispecie "astrattamente" idonee ad incidere sul rapporto fiduciario con le stazioni appaltanti. Il secondo, invece, tende a limitare la portata degli obblighi dichiarativi, circoscrivendo l'obbligo, ad esempio, di dichiarare le pregresse risoluzioni contrattuali, limitandole a quelle che risultino iscritte nel casellario Anac.

L'obbligo dichiarativo generalizzato in capo ai concorrenti di qualunque fattispecie astrattamente rilevante, pretende di attribuire alla valutazione discrezionale della singola stazione appaltante l'apprezzamento della portata escludente o meno della vicenda interessante il soggetto partecipante alla procedura. Ipotizzare che ciò non possa portare ad effetti perversi in un paese in cui ci sono oltre 44.000 centri di spesa, nella maggior parte dei casi sprovvisti della necessaria competenza, è pura follia.

In realtà i principi di trasparenza nonché di certezza del diritto richiederebbero che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto fossero chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche; solo norme chiare e puntuali pongono gli interessati nella condizione di avere piena contezza degli obblighi da adempiere e certezza sulle condotte da adottare senza che possano essere gravati da oneri dichiarativi peraltro indefiniti.

In verità, sin da subito, con le Linee Guida n. 6, la stessa Anac aveva significativamente rilevato le differenze esistenti tra le previsioni recate dal comma 1 dell'art. 80 (che importano l'esclusione dell'operatore economico solo in caso di condanna definitiva per particolari reati) e l'ipotesi dell'illecito professionale, soffermandosi sul rischio di una lettura eccessivamente estensiva del comma 5 lett. c)

richiamando la necessità di osservare garanzie minime, da individuarsi quanto meno nella necessità di porre a fondamento del giudizio di inaffidabilità una sentenza di condanna di primo grado, ancorché non definitiva.

L'attuale formulazione dell'art. all'art. 80, comma 5, lett. c), introduce una causa di esclusione atipica e dai contorni estremamente indefiniti, tale da ricomprendere qualsivoglia vicenda che, a giudizio della Stazione appaltante, possa astrattamente porre in dubbio l'integrità o affidabilità dell'operatore economico. La concreta applicazione di tale previsione, pur mirando a garantire la Pa rispetto al rischio di contrarre con operatori da ritenersi inaffidabili, ha tuttavia importato sin da subito non poche criticità.

La norma in parola confligge con altri principi fondamentali dell'ordinamento e dà luogo a prassi sempre più inique ed arbitrarie, conseguenza dell'insindacabile valutazione discrezionale rimessa alle singole Stazioni appaltanti. In due gare che si tengono nello stesso giorno, due diverse stazioni appaltanti possono giudicare in maniera differente la medesima dichiarazione con esiti diametralmente opposti.

Negli ultimi tempi le impugnative sulle aggiudicazioni, proposte davanti alla giustizia amministrativa, hanno riguardato in gran parte questo profilo che presta il fianco ad una scivolosità estrema; concepire una fattispecie come quella dell'illecito professionale nella attuale portata rappresenta davvero una causa produttiva di un contenzioso abnorme tale da alterare il regolare e sollecito svolgimento delle procedure.

Tuttavia, i margini di indeterminatezza della fattispecie permangono con particolare riguardo alle ipotesi di pregiudizi penali a carico dell'operatore economico e dei suoi soggetti apicali. In tal caso, infatti, la norma è stata via via interpretata come diretta a ricondurre all'ambito di valutazione della Pa anche vicende penali in fase embrionale, quali procedimenti per cui è stato richiesto o è intervenuto il solo rinvio a giudizio o, peggio ancora, fattispecie fondate su mere ipotesi investigative e risultanze di indagini penali non ancora sfociate in un procedimento.

Si assiste dunque ad una estrema dilatazione delle maglie dell'illecito professionale che priva l'operatore economico di qualsivoglia garanzia e rende imprevedibile ed iniqua l'applicazione della norma. È innegabile lo stravolgimento del principio di matrice costituzionale della presunzione di innocenza, potendosi ritenere oggi inaffidabile e "non eleggibile a contrarre con la Pa" un operatore economico prima ancora del concreto accertamento degli addebiti allo stesso ascritti sulla scorta di ipotesi investigative.

Evidente è poi l'effetto deleterio di siffatta deriva, non essendo infrequente che imprese ed imprenditori siano messi alla gogna e "banditi" dal modo delle gare pubbliche, pure a fronte di contestazioni non sorrette da adeguato accertamento. Si tratta tuttavia di un meccanismo atto a reintrodurre forme surrettizie di "colpa d'autore", contrario al principio di legalità e non dissimile, quanto ad effetti, dall'inquisizione medievale.

Eppure, un più equilibrato e garantista esempio di approccio alla tematica aveva trovato cittadinanza nel nostro ordinamento, laddove l'art. 38, comma 1, lett c) del D.Lgs. 163/2006, pur riferendosi ad un novero alquanto ampio di fattispecie di reato, ammetteva l'esclusione dell'operatore economico solo a fronte di sentenze di condanna definitive, relegando il concetto di "errore o illecito professionale" alle sole vicende riguardanti vizi in executivis.

Come Ance, non chiediamo sconti per chi si fosse macchiato di comportamenti definitivamente accertati; siamo favorevoli, per costoro, anche alla reintroduzione della pena capitale per fucilazione sulla pubblica piazza. Al contempo, non è accettabile - perché non alla altezza della storia e della tradizione culturale del nostro Paese - condannare alla morte civile, di questo trattasi, un imprenditore sulla base di meri indizi e senza un provvedimento almeno di primo grado. È una battaglia di civiltà che portiamo avanti da anni e deve valere per tutti gli imprenditori dal più grande al più piccolo.

Quanto precede è ancora più odioso perché valevole solo per la categoria degli operatori economici, non comprendiamo perché, se del caso, non debba valere per chiunque entri in contatto con la Pubblica Amministrazione. Speriamo ci siano oggi i presupposti perché la norma, che deve valere per tutti senza distinzioni di dimensioni o di attività o censo, possa essere ricondotta nel giusto alveo di certezza del diritto.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]