

Luigi Giampaolino

Presidente de l'Autorità per la Vigilanza
sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: aspetti sanzionatori¹

1.Premessa. Le Autorità indipendenti.

L'Autorità che ho l'onore di presiedere si inquadra a buon diritto nell'ambito delle Autorità indipendenti, le quali, come è noto, sono chiamate a svolgere funzioni di regolazione, vigilanza e soluzione delle controversie, in ciò derogando al principio, presente nel nostro ordinamento, di separazione delle funzioni e attribuzione delle stesse a distinti apparati.

La presenza ormai decennale delle Autorità indipendenti nel nostro sistema ha consentito di valutarne positivamente il modello istituzionale, originariamente maturato in un diverso contesto giuridico e segnatamente nei paesi di *common law*, e di affinarne caratteristiche e funzioni.

Per quanto in particolare riguarda l'attività *latu sensu* paragiurisdizionale, si può anzi affermare che talune Autorità oggi integrano le tradizionali attività giurisdizionali e giustiziali, per la neutralità che le contraddistingue, non essendo le stesse in alcun modo condizionate nella regolamentazione degli interessi in gioco.

In sostanza, il sistema prevede l'uso di strumenti appropriati, da parte di autorità "terze", in funzione preventiva, quale valida alternativa alla repressione delle patologie; si tratta di un obiettivo ambizioso, ma realistico: un efficace monitoraggio ed una efficace condotta della vigilanza sul rispetto delle norme, nonchè – a monte – una buona regolazione, generano miglioramenti crescenti idonei a far regredire il manifestarsi di patologie e con esse la necessità di intervenire in via repressiva, e di rimuovere gli ostacoli al conseguimento di una concorrenza praticabile.

Nell'attuale fase di recessione dell'economia, l'efficace utilizzo delle risorse pubbliche può contribuire al rilancio degli investimenti, a colmare il gap di competitività, ad affrontare il problema della carenza di infrastrutture, in sintesi a contrastare la debolezza del quadro congiunturale.

¹ Relazione al Convegno "Diritto penale degli appalti pubblici" - Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008

2. Le competenze dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

In quest’ottica va dunque inquadrato il ruolo svolto dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, e le competenze alla stessa attribuite dal decreto legislativo 163/2006, cd. Codice Appalti.

Il Codice ha ampliato l’oggetto della vigilanza, oltre che ai lavori pubblici, a tutti i settori dei contratti pubblici anche di servizi e forniture ed ai contratti nei settori speciali, ha rafforzato o esplicitato alcuni poteri “impliciti” ed attribuito nuove funzioni: la vigilanza riguarda ora anche i contratti esclusi dall’ambito di applicazione del codice, al fine di garantire l’osservanza dei principi di cui all’art. 2 del codice, ad esclusione dei contratti relativi al commercio di armi e quelli stipulati in base ad accordi internazionali.

Inoltre il Codice ha riconosciuto la funzione svolta dall’Autorità fino dalla sua costituzione, di interpretazione della normativa vigente, attraverso il conferimento del potere di dare pareri non vincolanti, su richiesta delle parti, su questioni insorte durante le procedure di affidamento.

Ha attribuito il potere di annullare e sospendere le attestazioni SOA, già riconosciuto dalla giurisprudenza; con il terzo correttivo inoltre è stato demandato al Regolamento di prevedere la possibilità per l’Autorità di graduare le sanzioni pecuniarie o interdittive per le irregolarità, illegittimità e le illegalità commesse dalle SOA, e di applicare le sanzioni nei confronti delle Soa e delle imprese inadempienti, dopo un periodo di *vacatio legis* di quindici giorni dalla pubblicazione del Regolamento, inferiore rispetto a quello previsto per le alte disposizioni.

L’Autorità ha inoltre il potere di formulare proposte, al fine di iniziativa legislativa, in ordine alle modifiche occorrenti alla legislazione in materia di appalti, potere finora svolto nell’ambito dell’attività di segnalazione a Governo e Parlamento; svolge una funzione di verifica ex ante sui profili di compatibilità delle condizioni per l’esecuzione del contratto nei bandi di gara ed è titolare di vari poteri sanzionatori per la verifica a campione dei requisiti, attraverso la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento; il sistema sanzionatorio è poi esteso anche alle dichiarazioni riguardanti l’avvalimento sia in sede di gara che in sede di attestazione.

Sono stati rafforzati i compiti relativi alla pubblicità attraverso lo svolgimento da parte dell’Autorità di un servizio nei confronti delle stazioni appaltanti, consistente nella pubblicazione dei bandi e degli avvisi sul sito informatico (anche sotto soglia) dell’Osservatorio, nonché dei programmi triennali e elenchi annuali per estremi (compresi parte di quelli della difesa) e le lettere di invito per la procedura negoziata nel campo dei BB.CC. E’ previsto, inoltre, un archivio per la pubblicazione di massime tratte da decisioni giurisdizionali e lodi arbitrali.

Dall'esame complessivo delle competenze attribuite, è possibile dunque individuare la sussistenza di funzioni riconducibili all'attività di vigilanza, all'attività sanzionatoria e di denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria e contabile (vigilanza costante e tempestiva segnalazione alle autorità competenti di situazioni di irregolarità o di illiceità, riscontrate nell'ambito della funzione ispettiva, intervenendo eventualmente anche in funzione sanzionatoria di taluni comportamenti); all'attività ausiliaria, propositiva e referente rispetto al Governo ed al Parlamento, nonché una funzione di interpretazione della normativa (attribuzione di un potere precontenzioso in senso lato - regolazione); e ciò anche mediante l'acquisizione delle informazioni ed il continuo monitoraggio dell'affidamento e realizzazione dei contratti pubblici.

3. Illeciti penali e contabili

Così brevemente accennate le funzioni dell'Autorità, le modalità attraverso le quali la stessa può costituire un sistema alternativo alla tutela penale non può prescindere dalla individuazione delle fattispecie penalmente rilevanti in materia di appalti pubblici, e dei correlativi poteri che la stessa può esercitare in funzione preventiva.

Con una precisazione: che le fattispecie penali connesse agli appalti pubblici, ai procedimenti di aggiudicazione o gestione degli appalti, sono per loro natura fattispecie complesse, poiché si articolano, di norma, in una serie coordinata di azioni strumentali, di attività insite nel sistema pubblico di controllo ed erogazione della spesa; tratto comune di tutte le illiceità - che generalmente si inquadrano negli schemi tipici dell'abuso d'ufficio con altrui vantaggio, nella turbativa d'asta, nella corruzione o concussione, nella truffa aggravata e nella malversazione a danno dello Stato - è la sottostante presenza di procedimenti amministrativi autorizzativi, di controllo e di spesa superficiali, viziati o dolosamente volti al raggiungimento di obiettivi criminali di talchè oltre all'illecito penale sussiste spesso, contestualmente o alternativamente, anche quello contabile.

E pertanto, anche ove tali fatti non concretino l'abuso di atti di ufficio, il favoreggiamento o la compartecipazione all'iniziativa criminosa, quando le deviazioni delle regole amministrative siano in rapporto di causalità con il danno, ben possono essere perseguite dalla magistratura contabile.

Le finalità delle due magistrature non sono sovrapponibili, essendo l'una indirizzata verso l'accertamento di responsabilità penali e l'erogazione delle sanzioni previste dal codice penale, l'altra verso il risarcimento del danno pubblico derivante da comportamenti amministrativi illeciti, che non è esclusivamente circoscritto all'ammontare del danno patrimoniale direttamente causato, ma si estende ai costi di procedure amministrative illecitamente deviate verso il conseguimento del

risultato dell'illecito e al danno arrecato all'immagine dello Stato dai funzionari infedeli o gravemente negligenti.

4. Fattispecie a rilevanza penale

4.1. Ex art. 38 del Codice: requisiti di ordine generale.

In materia di contrattualistica pubblica, il Codice appalti presenta profili penali di non lieve interesse; sebbene non sia questa la sede per una trattazione approfondita di tutti gli aspetti penalistici coinvolti dal nuovo regime normativo degli appalti pubblici, è comunque possibile accennare a talune rilevanti ipotesi, in primis quelle relative alle cause di esclusione dalle procedure di gara e, conseguentemente, dalla stipula dei contratti d'appalto.

E', anzitutto, necessario evidenziare le novità di cui all'art. 38 del Codice, "requisiti di ordine generale" che i concorrenti devono possedere per la partecipazione agli appalti pubblici e, più in generale, per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture; requisiti, questi, che devono essere posseduti anche dai subappaltatori; definiti tradizionalmente anche "di ordine pubblico" o di moralità, consistono essenzialmente in condizioni soggettive del concorrente suscettibili, ove sussistenti, di precluderne la partecipazione alla gara e, qualora sopravvenuti a procedura in corso, di giustificare il rifiuto dell'amministrazione a stipulare il contratto.

L'art. 38 nel delinearli, recepisce il contenuto dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE e omogeneizza la disciplina precedentemente dettata, per i lavori, dall'art. 75 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m.i., dall'art. 12 del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157 per i servizi e dall'art. 11 del d.lgs. 24 luglio 1992 n. 358 per le forniture.

In merito, giova osservare che l'Autorità, con le determinazioni n. 16/23 del 5 dicembre 2001, n. 10 del 29 maggio 2002 e n. 13 del 13 luglio 2003 ha effettuato un'approfondita disamina, per larghi aspetti tutt'ora attuale, sulle cause di esclusione dalle gare di appalto, seppur limitatamente al settore dei lavori pubblici, alle quali si rinvia per ulteriore approfondimento.

Limitandosi alle cause ostative di rilievo penale, si ricorda: la pendenza del procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione personale, nascente dall'esigenza di evitare infiltrazioni criminali negli appalti pubblici (comma 1, lettera b); la presenza di una sentenza di condanna passata in giudicato o di applicazione della pena su richiesta, o di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile (comma 1, lett. c) per gravi reati offensivi della collettività, che incidono sulla moralità professionale.

Le novità introdotte dalla norma sono diverse: intanto è stato recepito l'indirizzo giurisprudenziale che riteneva seppur non equiparabile, pienamente assimilabile ad una sentenza di condanna, ai fini dell'esclusione dalle gare, il decreto penale di condanna, sia perché si tratta di una decisione motivata sia perché, in caso contrario, l'incisività delle cause di esclusione risulterebbe notevolmente diminuita in considerazione dell'aumento dei reati punibili con la sola pena pecuniaria e delle fattispecie in cui è ammissibile il ricorso al decreto penale.

In ordine alla natura dei reati ostativi, deve trattarsi di illeciti in grado di ledere gli interessi non solo dello Stato italiano ma della Comunità europea e, al contempo, di reati gravi e incidenti sulla moralità professionale.

In ordine a quest'ultimo concetto, la giurisprudenza amministrativa è pacificamente attestata a ritenere che la violazione del principio di moralità professionale non si esaurisca nella semplice inosservanza delle regole di diligenza tecnica, ma presuppone la realizzazione di un reato pienamente idoneo a manifestare una più radicale e sicura contraddizione con i principi deontologici della professione.

Per la qualificazione di gravità del reato, tenendo fermo il fatto che il legislatore non ha elencato le singole tipologie di reati d'interesse, soccorrono i parametri indicati dalla giurisprudenza amministrativa nel corso del tempo: in particolare la circostanza che l'Amministrazione deve valutare caso per caso ed adeguatamente motivare consiste nel modo in cui la fattispecie di reato incida sul vincolo fiduciario da instaurarsi con la stessa, non applicando criteri astratti ed automatici di meccanica sussunzione del tipo di reato alla tipologia dell'affidamento ma accertando le peculiarità del caso concreto riferite tanto alle caratteristiche dell'appalto, quanto al tipo di condanna ed alle concrete modalità di commissione del reato. In particolare, quest'ultimo parametro rileva in modo decisivo in quanto criterio regolativo della valutazione di gravità del reato, senz'altro tale da orientare la determinazione della rilevanza del reato riscontrato e la sua specifica virulenza in ordine al vincolo fiduciario da instaurarsi, attraverso la stipula del contratto, con l'Amministrazione interessata.

Poiché compete alle stazioni appaltanti la valutazione dell'incidenza del reato sulla moralità professionale dei concorrenti/esecutori di appalti pubblici, stante la scelta operata dal legislatore di non prevedere specificamente le fattispecie, a causa della rapida evoluzione e trasformazione dei fenomeni criminali, dell'esercizio di tale potere discrezionale di valutazione si deve dare contezza con idonea e congrua motivazione; motivazione ancor più puntuale nei casi di decreto penale di condanna ex art. 459 c.p.p., atteso che in tali ipotesi l'applicazione della pena avviene eccezionalmente per reati di particolare tenuità che comportano l'irrogazione di una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di pena detentiva, per cui la condanna inflitta con il rito

del decreto penale non fa emergere elementi particolarmente sintomatici di una scarsa moralità professionale.

Ulteriore profilo innovativo contenuto sempre nel comma 1 lett. c), è l'esplicita individuazione di fattispecie al verificarsi delle quali la stazione appaltante deve escludere il concorrente/esecutore dell'appalto, senza alcun margine di discrezionalità: si tratta dei reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio quali definiti negli atti comunitari indicati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18.

A completare il quadro delle innovazioni che attengono all'individuazione delle cause di esclusione, ai fini che qui interessano, la previsione della sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001, n. 231 (comma 1 lett. m) che viene introdotta quale causa di esclusione accanto all'ipotesi, già prevista nel d.P.R. n. 554/99, in cui il concorrente abbia riportato altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione. Si tratta, come noto, della sanzione interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione posta dalla normativa in materia di illeciti amministrativi dipendenti da reato.

Meritano, infine, particolari riflessioni alcuni aspetti procedurali inerenti la comprova, in sede di gara, dell'insussistenza delle condizioni ostative.

Il Codice, infatti, ha opportunamente precisato che il concorrente, nel predisporre la dichiarazione sostitutiva, dovrà anche indicare "le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione" (comma 2), e ciò al fine di evitare che, dato che il certificato del casellario spedito su richiesta dei privati non riporta l'altro le condanne per le quali sia stato concesso il beneficio della non menzione ai sensi dell'art. 175 c.p., le stesse rimanessero ignorate. A ciò si aggiunge poi la previsione che consente alla stazione appaltante di accedere, in sede di verifica della completezza e regolarità delle dichiarazioni, al competente ufficio del casellario per l'acquisizione dei certificati "completi" (ovvero alle semplici visure).

4.2 Le false dichiarazioni; il sistema di qualificazione.

La lettera h dell'art. 38 generalizza la previsione sull'esclusione delle gare da parte di chi abbia reso false dichiarazioni in merito ai requisiti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio. Tale previsione è da leggere congiuntamente alla trasformazione dell'Osservatorio dei lavori pubblici in Osservatorio sui contratti pubblici ex art. 7 Codice, un meccanismo che consente di estendere a tutti gli appalti il sistema di controlli già previsto per i soli lavori.. La previsione ha rilievo anche ai fini della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici che secondo l'art. 17 del DPR 34/2000

(riprodotto pressoché integralmente nell'emanando Regolamento di attuazione ex art. 5 Codice) può essere rifiutata in presenza della falsità in questione.

Il citato art. 38, comma 1 lett. h) del Codice mantiene il carattere definito dalla giurisprudenza 'onnicomprensivo' poiché la previsione si estende a tutta la fase della qualificazione e quindi anche alla fase certificativa attribuita alla S.O.A. e si estende non solo alle falsità emerse nel corso delle verifiche condotte ex art. 10, comma 1-quater, ma a tutte quelle di cui l'amministrazione sia comunque venuta a conoscenza, con il correlativo obbligo di iscrizione nel casellario informatico.

Come è noto, per il rilascio dell'attestazione da parte di una S.O.A., devono essere assolti, fra l'altro, due tipi di oneri: uno relativo all'impresa richiedente che consiste nel dichiarare l'inesistenza di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione (art. 17, comma 1 lett. m); l'altro consistente nel dovere della S.O.A. di verificare la veridicità e la sostanza delle dichiarazioni, delle certificazioni e delle documentazioni presentate dai soggetti cui rilasciare l'attestazione. In relazione all'attività della S.O.A. va da subito chiarito che per tali Società vige anche il dovere della verifica triennale dell'attestazione rilasciata: in particolare, l'impresa da un lato deve presentare, fra l'altro, la dichiarazione sostitutiva di atto notorio circa l'inesistenza di irregolarità, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana o del paese di provenienza, di inesistenza di irregolarità in materia di contribuzioni sociali, di inesistenza di errore grave nell'esecuzione di lavori pubblici, nonché di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazioni. D'altro lato, la S.O.A. anche ai fini della verifica triennale deve, fra gli altri accertamenti, verificare la veridicità delle dichiarazioni sostitutive di atto notorio rese in ordine alla inesistenza di condanne che incidono sulla moralità professionale dell'impresa, richiedendo il certificato generale del casellario giudiziale di tutti i soggetti che hanno reso le dichiarazioni sostitutive e nel caso che siano esistenti condanne, sempre che siano state indicate nella dichiarazione, esprimere una valutazione inerente alla loro incidenza o meno sulla moralità professionale dell'impresa, traendo elementi di valutazione dai concreti contenuti della fattispecie, dal tempo trascorso dalla condanna e da eventuali recidive. La S.O.A. deve, altresì, verificare la veridicità della dichiarazione sostitutiva di atto notorio resa in ordine alla inesistenza di irregolarità in materia di contribuzioni sociali Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), previsto dall'articolo 2, comma 2, della legge 22, novembre, 2002, n. 266.

Alla luce di quanto sopra espresso, si può trarre una conclusione d'ordine giuridico: sia le dichiarazioni non veritiere da parte dell'impresa, sia l'omessa verifica dolosa da parte delle S.O.A. in relazione all'attestazione richiesta, configurano per i soggetti indicati autonome responsabilità penali,

imputabili a titolo di concorso di persone nel reato all'impresa ed alla S.O.A., quantomeno per i reati di falsità materiale ed ideologica.

La falsità ideologica (art. 479 c.p.), ha come oggetto giuridico quello della tutela della veridicità degli atti pubblici ed è noto che le certificazioni S.O.A. hanno valore pubblicistico; la falsità materiale (art. 476 c.p.) è prevista come reato poiché l'oggetto giuridico da tutelare è la genuinità degli atti pubblici; infatti, la condotta consiste nel formare in tutto o in parte un atto falso ovvero nell'alterare un atto vero. Anche in tale ipotesi il legislatore ha previsto per la punibilità la sussistenza del dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di modificare il vero, indipendentemente dal fine di profitto o di danno.

Sulla natura giuridica delle S.O.A. e della loro attività, va precisato che solo di recente si è delineata la via ermeneutica secondo la quale gli atti di tali società d'attestazione sono atti pubblici e l'operare delle stesse S.O.A. è disciplinato da norme di diritto pubblico (esse, infatti, pur essendo organismi privati, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione, che sfocia in una attestazione con valore di atto pubblico, sicché si verifica un'ipotesi di esercizio privato di funzione pubblica. Ne consegue l'interesse pubblico all'attività di certificazione la quale è circondata di garanzie e controlli pubblici, in quanto volta a ingenerare pubblica fiducia nel contenuto dell'atto). L'attestazione S.O.A. è il risultato finale di un insieme di atti endoprocedimentali di natura istruttoria ed è altrettanto vero che l'attività istruttoria si intende correttamente adempiuta, in particolare, anche quando le certificazioni fidefacenti siano state assunte: la verifica di tali certificazioni è in re ipsa agli stessi atti, considerati veritieri in quanto tali fino a querela di falso (salva l'ipotesi di falso evidente e lapalissiano), cioè sino a che non sia accertata la falsità del documento mediante l'istanza apposita che costituisce il solo strumento per cui può essere contestata l'efficacia probatoria dell'atto pubblico e della scrittura autentica o riconosciuta. Di qui, l'applicabilità per un'impresa e per una S.O.A. delle norme di cui agli artt. 110-119 c.p., circa il concorso di persone nel reato, che come è noto si verifica quando più persone forniscono consapevolmente un contributo obiettivamente rilevante alla realizzazione del reato.

5. (segue) Il subappalto

La disamina dei profili penalistici in materia di contratti pubblici non può prescindere dalle disposizioni relative al subappalto.

La relativa disciplina, infatti, presenta caratteri di stretta contiguità con quella della tutela in via preventiva dalla criminalità organizzata. Il subaffidamento a terzi, infatti, è da sempre apparso il più

efficace strumento cui ricorrere per alterare il sistema di garanzie con cui il legislatore ha inteso preservare, nel tempo, il mondo delle pubbliche commesse dalla capacità invasiva della grandi organizzazioni criminali.

L'art. 118 del Codice riproduce, sostanzialmente, quanto in precedenza previsto dall'art. 18 della l. 19 marzo 1990, n. 55, con la rilevante novità di ricomprendere anche la disciplina del subappalto di servizi e di forniture: ciò in coerenza con lo "spirito" di un testo unitario per tutti i comparti di affidamento, ivi compresi i settori speciali.

In particolare, il comma 11, primo periodo del predetto articolo 118, rileva ai fini dell'esatta delimitazione della fattispecie di reato prevista dall'art. 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646 che sanziona con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto od a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto, il comportamento di chi, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede, anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse.

Sul reato di subappalto non autorizzato si è registrato negli ultimi anni un rilevante mutamento di indirizzo da parte della giurisprudenza di legittimità: la Suprema Corte, in precedenza attestatasi nella posizione di escludere un qualunque collegamento tra le due norme anzidette (ossia, art. 18 della l. 55/90 e 21 della l. 646/82, con la conseguente operatività del precetto penale in presenza di qualunque ipotesi di subappalto di lavori, a prescindere cioè dai limiti dimensionali del subaffidamento previsti dal primo), è poi pervenuta ad affermare che il legislatore, con l'art. 18 citato, ha definito il concetto di subappalto rilevante ai fini della legislazione antimafia, per un verso, estendendolo a qualsiasi contratto avente ad oggetto attività, ovunque espletate, che richiedano l'impiego di mano d'opera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, e, per altro verso, precisando che tale equiparazione riguarda solo i contratti conclusi dall'appaltatore il cui valore sia superiore al 2% dei lavori affidati o d'importo superiore ai 100.000 ECU e sempreché il valore del costo della mano d'opera sia pari o superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare.

In altre parole, la nozione di "subappalto" o di "cottimo" rilevante ai fini dell'art. 21 della l. 646/82, deve ricavarsi proprio da quella contenuta nell'art. 18. La conseguenza è la delimitazione dell'ambito della punibilità a quei subaffidamenti di attività nel contratto di appalto principale per le quali sia necessario impiego di forza lavoro, a condizione che sussista una prevalenza in tale componente rispetto alle altre nella misura di (almeno) il 50% dell'importo dell'intero subcontratto e purché il valore di esso sia comunque superiore al 2% dell'importo complessivo del contratto principale, ovvero sia superiore ai 100.000 euro.

La giurisprudenza penale in definitiva conferma la cd. tesi definitoria del subappalto, per la quale la previsione in parola costituirebbe, per l'appunto, l'esclusiva "definizione" della nozione rilevante di subappalto. Sarebbe tale e risulterebbe, dunque, assoggettato alle prescrizioni antimafia di cui all'art. 18 della legge n. 55/90 e s.m.i. (nonché rilevante ai fini della responsabilità penale per la contravvenzione anzidetta), il contratto che corrisponda alle caratteristiche quantitative evidenziate nella norma (prevalenza della componente lavoristica nella misura di oltre il 50% dell'importo globale del contratto; importo del singolo contratto pari al 2% del complessivo, ovvero a 100.000 euro); non rientrerebbero, per conseguenza, nella nozione di "subappalto" penalmente rilevante, tutti gli altri subcontratti (ivi compresi i subappalti con caratteri quantitativi inferiori a quelli suindicati), per i quali l'attuale art. 118, comma 11 del Codice continua a prevedere una regolamentazione "semplificata" (esclusione dell'autorizzazione e della limitazione della quota subappaltabile della categoria prevalente nel trenta per cento; sussistenza di un mero e generico obbligo di comunicazione "successiva" al committente).

In sostanza, l'attuale comma avrebbe, come in passato, la funzione di dettare, nello specifico comparto dei contratti pubblici, un'autonoma nozione di subappalto "speciale" rispetto a quella civilistica; esso sarebbe però integrato dal comma 8 dell'art. 118 (già comma 9 dell'art. 18) che, introducendo anche l'ipotesi di subappalti di importo inferiore al 2 per cento rispetto all'importo del contratto principale (ovvero, in termini assoluti, a centomila euro), consentirebbe di ritenere implicitamente superato il predetto comma 12, nella parte in cui richiedeva – affinché un determinato contratto fosse qualificabile come subappalto – non solo la prevalente incidenza della mano d'opera, ma anche il riscontro dei valori economici surriportati.

Pertanto, dovrebbe ritenersi qualificato come subappalto qualsiasi sub-contratto in cui la mano d'opera incida per più del cinquanta per cento dell'importo complessivo (essendo, invece, del tutto irrilevante il fatto che un determinato subcontratto sia pari o superiore al 2 per cento del contratto principale, ovvero in assoluto a centomila euro).

6. La disciplina antimafia.

L'art. 12 del Codice in materia di controlli sugli atti delle procedure di affidamento, dispone, all'ultimo comma, che "restano ferme le norme vigenti che contemplano controlli sui contratti pubblici ai fini di prevenzione degli illeciti penali", e a sua volta l'art. 247 tiene ferme le vigenti disposizioni in materia di prevenzione della delinquenza di stampo mafioso.

La previsione è finalizzata a garantire la piena applicabilità del sistema delle fonti legali e regolamentari in materia penale ed, in particolare, antimafia a tutti i rapporti d'appalto e subappalto. Il quadro normativo di riferimento è assai esteso; basti qui ricordare il d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 (Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni ed informazioni antimafia) e, per quanto ancora applicabile, il d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490 (in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia); il d.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187 (Regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche e per il divieto delle intestazioni fiduciarie, previsto dall'art. 17, comma 3 della l. 19 marzo 1990, n. 55, sulla prevenzione della delinquenza di tipo mafioso); ed il d.l. 6 settembre 1982, n. 629, convertito in l. 12 ottobre 1982, n. 726 (Misure urgenti per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa).

Per quanto riguarda la fase della partecipazione alla gara, l'art. 10 della l. 31 maggio 1965, n. 575 e s.m.i. prevede che i soggetti ai quali sia stato applicato con provvedimento definitivo una misura di prevenzione, non possono ottenere tra l'altro, concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la p.a. e concessioni di pubblici servizi né possono ottenere l'iscrizione negli albi degli appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la p.a., né all'albo nazionale dei costruttori. Quest'ultimo, come è noto, è stato sostituito dal sistema di qualificazione, e tra i requisiti generali per ottenere la qualificazione, è previsto che non vi siano in corso procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 legge 1423/1956 o di una delle cause ostative di cui all'art. 10 legge 575/1965.

L'Autorità, nella determinazione n. 47 del 12 ottobre 2000, ha precisato, quanto alla dimostrazione del requisito, che occorre produrre la comunicazione della Prefettura competente, ovvero apposito certificato della Camera di Commercio.

D'altro canto, l'art. 40 del Codice richiede tra i requisiti generali occorrenti per la qualificazione quelli previsti dall'art. 38, tra i quali rientra per l'appunta la circostanza sopra menzionata.

Lo stesso art. 38 impedisce poi la partecipazione alle gare ai soggetti ai quali sia stata applicata una sanzione che implichi il divieto di contrarre con la p.a., e quindi, a coloro che hanno riportato una condanna, definitiva, o confermata in appello, per uno dei delitti di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p., che contempla il reato di associazione di tipo mafioso.

Prima della stipulazione, autorizzazione e approvazione del contratto, l'amministrazione aggiudicatrice deve nuovamente acquisire la prova dell'assenza, in capo all'impresa, di procedimenti o provvedimenti antimafia.

In proposito, il D.P.R. n. 252 del 1998 (cd. Regolamento antimafia) distingue due tipologie di documentazione antimafia da richiedere: da un lato, le comunicazioni, dall'altro, le informazioni

prefettizie. Le prime sono volte a verificare o meno il ricorrere in capo al subappaltatore delle cause di divieto, decadenza o sospensione di cui all'art. 10 della l. 31 maggio 1965, n. 575 e s.m.i.; le seconde, invece, hanno lo scopo di accertare l'eventuale sussistenza di "tentativi di infiltrazione mafiosa", di cui all'art. 4, comma 4 del d.lgs. n. 490/1994 (e specificati nel regolamento antimafia), volti ad influenzare le scelte dei partecipanti agli appalti pubblici.

In entrambi i casi, infatti, vi è il divieto assoluto di contrattare con la pubblica amministrazione, con esclusione, in capo alla stazione appaltante, della facoltà di sindacare il contenuto dell'informativa prefettizia. Nello stesso codice dei contratti, la presenza di una delle cause ostative di cui all'art. 10 della l. 575/65 e s.m.i. (nonché l'eventuale pendenza di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della l. 1423/56) costituisce, poi, causa di esclusione dagli affidamenti (art. 38, comma 1, lett. b).

Posto quanto sopra, non è ultroneo rammentare che la normativa (art. 10 *quinquies*, della l. n. 575/1965 e s.m.i.) sanziona penalmente il pubblico amministratore, il funzionario o dipendente dello Stato o di altro ente pubblico, ovvero il concessionario di opere e di servizi pubblici che consenta alla conclusione di contratti e subcontratti in violazione dei divieti previsti dall'art. 10, con la reclusione da due a quattro anni (da tre mesi ad un anno nella fattispecie colposa del comma 2). Del pari, potrà configurarsi il reato di omissione d'atti d'ufficio di cui all'art. 328 del codice penale in capo al direttore dei lavori, all'ispettore di cantiere e/o al coordinatore per l'esecuzione dei lavori che non denunciino il subappalto non autorizzato, pur essendone a conoscenza.

7. "Partecipazione plurima" consorziato-consorzio stabile.

In caso di inosservanza del divieto di partecipazione alla stessa procedura di affidamento del consorzio stabile (ed ora, in virtù delle modifiche apportate dal terzo correttivo, anche dei consorzi di cooperative) e dei consorziati, si applica l'art. 353 del codice penale (art. 36, comma 5): in tal caso, infatti, si ritiene configurato il reato di turbata libertà degli incanti.

All'evidente scopo di rafforzare la portata del divieto, il legislatore "tipizza" legalmente una condotta penalmente rilevante, identificandola per l'appunto nel fatto che un medesimo soggetto prenda parte alla medesima procedura ad evidenza pubblica come partecipante di un consorzio stabile e quale singolo concorrente. Evidentemente, tale iniziativa finisce in tal modo per integrare quel "mezzo fraudolento" che, a tenore della fattispecie codicistica, concreta uno degli elementi del fatto di reato e costituente in particolare la modalità cui il partecipante alla gara la impedisce o la turba o comunque ne allontana gli offerenti.

L'interpretazione sistematica della norma esclude che l'afflizione penale possa riguardare il caso della simultanea partecipazione alla medesima procedura in due o più consorzi stabili, visto che la sussunzione sotto la fattispecie del codice penale è operata solo con espresso riferimento all'ipotesi anzidetta, mentre il divieto di partecipazione a più di un consorzio stabile (ed a maggior rilievo, il divieto di prendere parte alla gara all'interno di più di una simile compagine) è svincolato da tale equiparazione ed un'estensione a tale assetto configurerebbe senz'altro un'analogia *in malam partem*, certamente vietata.

Eguale vietata sembrerebbe l'estensione della condotta punita dall'art. 353 c.p., in ragione di un'esegesi del testo, all'ipotesi di partecipazione plurima ad una procedura di affidamento non preceduta o comunque caratterizzata da confronto concorrenziale, sia pure esplorativo od irrituale.

Difatti, la fattispecie di turbata libertà degli incanti, non si applica in mancanza di una libera competizione tra più concorrenti, come nel caso in cui i singoli potenziali concorrenti vengano interpellati l'uno all'insaputa dell'altro e, più in generale, nell'ipotesi di contratto concluso a mezzo di trattativa privata del tutto svincolata da qualsiasi schema concorsuale. Del resto, il testo della norma penale fa esplicito riferimento solamente a "pubblici incanti" e "licitazioni private" per conto di pubbliche amministrazioni o privati. Ammettere che, in forza del dettato del nuovo codice dei contratti, il precetto penale scatti anche in presenza di una partecipazione congiunta ad una trattativa privata o ad un affidamento in economia non caratterizzati evidentemente da alcun confronto concorsuale (in considerazione dell'esplicito riferimento alle "procedure di affidamento", da intendersi comprensive ex art. 3, comma 36 di ogni tipologia di affidamento di lavori, servizi e forniture) equivarrebbe ad un ampliamento non consentito della fattispecie penale.

8. Il potere di vigilanza e i provvedimenti a contenuto sanzionatorio dell'Autorità.

Occorre ora verificare come, nel sistema delineato, si innestano le competenze attribuite all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, iniziando dall'esercizio dei poteri di vigilanza: vigilanza sulle procedure di affidamento, mediante una valutazione dei comportamenti secondo i parametri della legalità, vigilanza nella fase di esecuzione dei contratti, affinché, oltre al rispetto delle norme, sia assicurata anche l'economicità della gestione dei contratti e del mancato pregiudizio per l'erario, con lo scopo essenziale di impedire ai vigilati comportamenti o attività non consentite, e quindi in funzione preventiva alla commissione di illeciti.

Peraltro il legislatore non ha inteso dotare l'Autorità, in tali casi, di poteri repressivi volti all'annullamento degli atti, o di poteri interdittivi alla partecipazione alle gare, ma ha connotato

l'esercizio del potere di vigilanza quale funzione di impulso, di *moral suasion*, attraverso la segnalazione alla stazione appaltante della illegittimità riscontrata, affinché la stessa si adegui, ove lo ritenga, mediante l'annullamento in autotutela degli atti illegittimi, e l'eventuale segnalazione del fatto ai competenti organi giurisdizionali.

Più incisivo è invece il contenuto dei poteri esercitati dall'Autorità nel campo della vigilanza sul sistema di qualificazione, sia sulle Soa che sugli attestati dalle stesse rilasciati.

In ordine al primo aspetto, il potere di autorizzare le Soa a svolgere l'attività di qualificazione, e di dichiarare l'eventuale revoca (rectius: decadenza) della predetta autorizzazione, nonché un sistema di sanzioni pecuniarie debitamente graduate sono gli strumenti attraverso i quali l'Autorità garantisce che l'attività delle Soa sia esercitata in modo conforme a legge.

Quanto al secondo aspetto, l'Autorità verifica che le attestazioni rilasciate dalle Soa alle imprese esecutrici di lavori pubblici siano corrispondenti all'effettiva capacità tecnica ed economica ossia riflettano realmente i requisiti posseduti dal soggetto qualificato: lo strumento attribuito all'Autorità, in tal caso, è quello repressivo, potendo la stessa sospendere in via cautelare l'attestazione che si sospetta sia stata rilasciata in carenza dei requisiti, e poi annullare, in caso di inerzia delle Soa di fronte all'invito a provvedere, le attestazioni che risultino in difetto dei presupposti di legge.

E' da notare come il terzo correttivo in procinto di pubblicazione contenga la modifica dell'art. 40 del Codice (con l'inserimento della lettera *g bis*) dando copertura legislativa al sistema sanzionatorio previsto nello schema di Regolamento di attuazione del Codice: lo stesso dovrà infatti prevedere sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive, fino alla decadenza dell'attestazione di qualificazione, nei confronti degli operatori economici che non rispondono a richieste di informazioni e atti formulate dall'Autorità nell'esercizio del potere di vigilanza sul sistema di qualificazione, ovvero forniscono informazioni o atti non veritieri; tra l'altro, per questa specifica disposizione regolamentare, è prevista una *vacatio legis* di soli quindici giorni, in modo da consentire all'Autorità di applicare immediatamente le sanzioni nei confronti delle Soa e delle imprese inadempienti.

Con l'attribuzione di un tale incisivo potere, si è inteso proteggere il mercato non solo dal pregiudizio ma ancor prima dal mero pericolo di pregiudizio, derivante dalla partecipazione alle gare di un soggetto la cui qualificazione è sotto controllo.

In materia di qualificazione, dunque, stante la rilevanza e l'efficacia dissuasiva dei poteri conferiti all'Autorità, la stessa può efficacemente assicurare il rispetto della legge, oltre che la tutela della concorrenza, ed intervenire in funzione moralizzatrice.

In talune fattispecie specifiche i poteri dell’Autorità si estendono sino alla comminatoria di una sanzione: in tema di avvalimento dell’attestazione Soa di altra impresa, gli articoli 49 e 50, prevedono, in caso di omissione o non veritiera comunicazione delle circostanze che fanno venir meno la messa a disposizione delle risorse, l’applicazione di sanzioni pecuniarie oltre alla “sospensione” dell’attestazione Soa sia nei confronti dell’impresa avvalsa che di quella avvalente, per un periodo da sei mesi a tre anni.

Ed ancora è prevista l’applicazione di sanzioni qualora l’impresa non adempia alla richiesta di dimostrare il possesso dei requisiti dichiarati in gara, ovvero fornisca dati o elementi non veritieri; tale fattispecie si inquadra nel generale potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, commisurate al valore del contratto cui le violazioni si riferiscono, a fronte di condotte che impediscono l’esercizio del potere di vigilanza, ossia in presenza del rifiuto o dell’omissione a fornire i documenti o le informazioni richieste, o della falsità delle informazioni rese.

I compiti di segnalazione a Governo e Parlamento di particolari patologie, inosservanze e distorsioni applicative, chiudono in qualche modo il cerchio del sistema di vigilanza e lo completano nell’ottica di cui si parlava all’inizio: se le potenziali violazioni delle norme, e le fattispecie criminose configurabili nel mondo degli appalti pubblici, nelle loro molteplici configurazioni, vengono preventivamente individuati e adeguatamente evidenziati dall’Autorità con gli strumenti di cui dispone, allora la necessità di ricorso alla tutela penale si può ridurre in maniera esponenziale.