

Simone Zancani

avvocato del Foro di Venezia

Tutele in materia di appalti pubblici e sanzioni punitive amministrative*

Nel frastagliato sistema di tutele di natura punitiva delle autorità pubbliche di vigilanza, l'analisi dell'apparato sanzionatorio che presidia l'attività della autorità di vigilanza sui contratti pubblici offre all'interprete ed allo studioso diversi spunti di riflessione.

L'economia del presente intervento non consente di tracciare, neppure riassuntivamente, i profili di tensione che la diversificata disciplina sanzionatoria afferente alle cosiddette autorità amministrative indipendenti presenta rispetto all'idea di un diritto punitivo "sistematicamente coerente" e "tendenzialmente ispirato" alle garanzie proprie del diritto penale¹.

Basti qui rammentare come – fra i tratti che maggiormente caratterizzano i poteri sanzionatori alle *authorities* – vi sia, per un verso, il progressivo abbandono del modello generale delineato dalla legge 689/1981; per altro verso l'attribuzione allo stesso organo specializzato del potere di irrogare direttamente sanzioni non tanto in relazione a condotte chiaramente tipizzate, offensive dei beni giuridici che rilevano nel settore regolato dall'autorità, quanto piuttosto per comportamenti d'impresa che attentano alle funzioni (di vigilanza, o di controllo o di regolazione) dell'*authority* stessa.

Si tratta di una tendenza in linea con la transizione del diritto penale dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tale fenomeno conduce verso una progressiva *smaterializzazione* dell'oggetto di tutela (che viene relegato sullo sfondo della fattispecie incriminatrice) ed induce una inevitabile genericità/indeterminatezza del precetto.

* Intervento al Convegno "Diritto penale degli appalti pubblici", Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008

¹ *Vide amplius*, BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti*, Torino, 2000; ROB. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, 639 e, volendo, RIONDATO e ZANCANI, *Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative*, in *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, a c. di Cavaleri – Dalle Vedove – Duret, Padova, 2003, 129 ss.

Il culmine di questo fenomeno è rappresentato nel diritto vigente dai reati di “ostacolo alle funzioni” delle autorità amministrative indipendenti, reati che di recente sono stati riformulati, nella nuova disciplina dei reati societari, all’art. 2638 del codice civile.

Ad aggravare il quadro è, inoltre, il contesto nel quale vengono calate le norme punitive: viviamo un sistema normativo in perenne evoluzione, evoluzione frutto talvolta dei condizionamenti del giure comunitario, talaltra dalle contingenze ed affidata all’analisi ed al rigore – non certo prussiani – del nostro Legislatore.

In tale contesto, l’analisi della disciplina relativa all’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici offre – come si accennava – una significativa esemplificazione delle criticità del sistema sanzionatorio delle *authorities*.

Il Codice dei contratti pubblici prevede come illeciti amministrativi il rifiuto o l’omissione, senza giustificato motivo, di fornire informazioni od esibire documenti richiesti dall’Autorità e la produzione di informazioni e documenti non veritieri (art. 6, comma 11, decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

La sanzione pecuniaria prevista può arrivare fino a un massimo di 25.822 Euro nel caso in cui l’impresa abbia rifiutato o omesso senza giustificato motivo di fornire la documentazione probatoria e fino a un massimo di 51.545 Euro, nel caso in cui la documentazione fornita non sia veritiera.

Sono altresì previsti come illeciti amministrativi – puniti con le medesime sanzioni – l’inottemperanza da parte degli operatori economici alle richieste della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento, nonché la produzione, da parte dei medesimi soggetti attivi, alle stazioni appaltanti o alle SOA di dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione (per tale genere di illecito è prevista anche la sanzione della sospensione delle imprese dalla partecipazione alle procedure d’affidamento da uno a dodici mesi, art. 48 del Codice).

L’esercizio del potere sanzionatorio dell’Autorità, ai sensi dell’art. 8, comma 4, del codice, è disciplinato con regolamento, nel rispetto dei principi di riservatezza, di tempestiva

comunicazione dell'avvio dell'istruttoria, della contestazione degli addebiti, del congruo termine di difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della tempestiva e idonea comunicazione del provvedimento.

Nel graduare le proprie sanzioni l'Autorità di vigilanza tiene conto, oltre che del valore del contratto pubblico cui la violazione si riferisce (art. 6, co. 8 del Codice), della gravità del comportamento, della ricorrenza o meno di cause giustificative e dell'eventuale atteggiamento psicologico del reo.

Si tratta, a ben vedere, dei medesimi principi che già avevano ispirato il procedimento previsto dalla legge 689/1981: francamente non si comprende – se non nella prospettiva dianzi accennata – la necessità di un ennesimo procedimento speciale, quando sarebbe stato sufficiente un modesto intervento di coordinamento con la disciplina generale prevista dalla legge del 1981.

Il controllo giurisdizionale avverso le sanzioni irrogate dall'Autorità è attribuito al Giudice Amministrativo (previsione, questa, che da sola meriterebbe un intero convegno)².

Orbene, risulta evidente come siffatti illeciti amministrativi siano destinati a prevenire e a punire attività che interferiscono negativamente – tramite condotte impeditive o elusive – sull'attività di vigilanza della Autorità (ometto qui di considerare le funzioni di regolazione di carattere "interpretativo" assunte dalla autorità).

La stessa finalità di tutela attribuita, peraltro, ai già accennati reati di ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza inseriti – con il d.lgs. 61/2002 (e rilevanti ai sensi del 25 *ter* d.lgs. 231/2001 per la responsabilità dell'ente) - all'art 2638 c.c.

Si tratta di fattispecie incriminatrici che, per la loro formulazione letterale, sicuramente rilevano anche riguardo alle funzioni di vigilanza dell'autorità sui contratti pubblici.

Vengono puniti, con la reclusione da uno a quattro anni, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società, i quali nelle comunicazioni alle autorità di vigilanza previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti

² Per un primo inquadramento critico, vide SCARSELLI Unità e riparto di giurisdizione nel controllo sui provvedimenti delle autorità garanti, in Foro. it., 2002, V, 141.

materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima (art. 2638, comma 1). La stessa pena è, inoltre, prevista per gli organi apicali degli enti sottoposti a vigilanza che, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni (art. 2638, comma 1).

Risulta evidente come le due fattispecie punitive (l'illecito amministrativo previsto dal codice sui contratti pubblici ed il reato societario) abbiano marcati profili di interferenza, atteso come vi siano condotte (ad esempio l'inottemperanza all'obbligo di comunicazione) astrattamente sussumibili in entrambe le ipotesi di illecito.

A fronte di tale concorso di norme, non vi è stato, da parte dei redattori del codice, l'inserimento di un criterio positivo di soluzione della convergenza di fattispecie sul medesimo fatto materiale. Orbene, in mancanza di una precisa indicazione, la soluzione dell'eventuale concorso di norme dovrebbe ricavarsi dal principio di specialità tracciata dall'art. 9 della l. 689/1981.

Tale norma e – più in generale – il principio di specialità non offrono, tuttavia, sicuri criteri di definizione del concorso di norme punitive: oltre a permanere talune incertezze esegetiche in merito alla stessa applicazione del principio di specialità tra illeciti amministrativi e fattispecie di reato, l'individuazione del corretto inquadramento della convergenza normativa è ulteriormente complicata dalla presenza, nello specifico, di elementi di specialità reciproca³. A fronte di tale incertezza, non vi è neppure – come ho cercato di accennare – un bene giuridico definito cui fare sicuro riferimento.

Nonostante il proposito di redigere un codice per riordinare la materia, le norme punitive non hanno, pertanto, avuto alcun coordinamento con il sistema penale nel quale venivano calate, nonostante fossero passati appena quattro anni dalla emanazione del decreto legislativo sui

³ *Vide amplius*, in merito alle questioni poste dalla convergenza di norme incriminative ed illeciti amministrativi, Corte Cost. 3 aprile 1987, n. 97

reati societari e nonostante i fiumi di inchiostro spesi proprio sui delitti di ostacolo alle funzioni delle *authorities* di vigilanza.

La differente rilevanza – amministrativa o penale – delle condotte in esame è pertanto affidata all'interprete: l'assenza di criteri discretivi a livello legislativo rischia, a monte, di investire la stessa autorità di poteri straordinari in sede di apprezzamento sulla opportunità di segnalare, o meno, alla autorità giudiziaria penale le condotte di omessa o non veritiera comunicazione.

Tale mancato coordinamento non può certo stupire: è noto come, nella redazione di articolati che disciplinano materie extrapenali, l'apparato punitivo sia spesso relegato a una congerie di norme di chiusura redatte in modo generico se non addirittura approssimativo, prive – nella maggior parte dei casi – di un ragionato inquadramento sistematico.

Lascia comunque perplessi che una tale opacità ricorra in un corpo normativo che si vorrebbe improntato ed orientato a garantire la massima trasparenza di un settore tanto sensibile quale quello degli appalti.