

Le clausole di gradimento: una applicazione pratica

di R. De Masi

E' notevolmente cresciuta negli ultimi anni l'attenzione dell'Ente Locale verso i fenomeni della criminalità e la individuazione di adeguate strategie di prevenzione.

Ciò comporta anche l'adozione di scelte e provvedimenti amministrativi funzionali a tali obiettivi, involgenti rilevanti profili di pubblico interesse.

Un profilo specifico della questione è quello della definizione di misure dirette da un lato alla "protezione" degli Enti Locali dalle infiltrazioni negli appalti pubblici da parte della criminalità organizzata, e dall'altro lato alla tutela del libero esercizio dell'attività di impresa e della libera concorrenza.

Si tratta, come è evidente di due facce della stessa medaglia, ovvero di due aspetti decisivi per garantire effettività al principio di trasparenza dell'attività amministrativa e per sostenere uno sviluppo economico sano e non condizionato dalle interferenze mafiose e camorristiche.

La normativa cd "antimafia" non esaurisce tale vicenda, pur costituendone elemento essenziale e indispensabile. Negli ultimi anni, ed è questo il centro della sintetica riflessione che qui si svolge, è venuta sviluppandosi una ulteriore iniziativa attraverso la introduzione nei Bandi di gara e nei Capitolati speciali di appalto di clausole finalizzate al preminente interesse pubblico alla legalità e alla trasparenza nel settore degli appalti pubblici per l'affidamento di lavori, servizi e forniture.

Si tratta di un insieme di previsioni, le cosiddette "clausole di gradimento", clausole di tutela tese a responsabilizzare i partecipanti alle gare di appalto sulle conseguenze interdittive di comportamenti illeciti riguardanti un ventaglio di situazioni a rischio, che, sebbene non individuate specificamente dalla normativa di settore, delineano fattispecie che possono dare luogo a comportamenti illeciti (cfr. Consiglio Autorità vigilanza lavori pubblici, determinazione n° 14 del 15 ottobre 2003).

Le clausole di gradimento nascono dall'esigenza di individuare nuovi strumenti di prevenzione, da affiancare a quelli normativamente previsti, principalmente dalla normativa sull'infiltrazione mafiosa, per operare più incisivamente in tale ambito preventivo, esigenza che trova peraltro riscontro nell'orientamento giurisprudenziale che riconosce all'Amministrazione il potere di non aggiudicare in presenza di specifiche ragioni di pubblico interesse (cfr. anche Consiglio di Stato n° 5903/2000).

La scelta dell'Ente Locale di inserire tali clausole nei propri bandi di gara, pertanto, non è solo di natura "politica" (pure molto significativa), ma produce effetti rilevanti che, in caso di inosservanza degli obblighi assunti da parte delle imprese, incidono sullo stesso rapporto contrattuale.

Non sfugge la portata innovativa di tali clausole, che si materializzano nella rescissione del contratto d'appalto, anche in assenza di specifiche previsioni normative, a livello di fonte legislativa.

Assai frequentemente le "clausole di gradimento" rinvergono la propria origine in accordi interistituzionali. Una significativa applicazione e sperimentazione dell'istituto è costituita certamente dal "Protocollo di legalità" promosso dalla Prefettura di Napoli e sottoscritto con le stazioni appaltanti della provincia di Napoli, tra il 2003 e il 2004.

Presupposto normativo del Protocollo è l'art. 15 della Legge n. 241/1990, il quale stabilisce che le pubbliche amministrazioni possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento di attività di interesse comune. L'obiettivo, come si accennava in precedenza, è di estendere la barriera di protezione degli appalti pubblici (e quindi delle risorse pubbliche ivi impiegate) dai pericoli di infiltrazioni della criminalità, utilizzando moduli procedurali originali, che non sono direttamente contemplati dalla normativa antimafia.

Si tratta di un interesse pubblico di primario rilievo, la cui dimensione si avverte soprattutto (ma non solo) nel Mezzogiorno d'Italia.

Le modalità concrete attraverso le quali si esplica l'accordo interistituzionale definito con il citato Protocollo di legalità sono le

seguenti.

L'art. 1 delimita il campo di applicazione del Protocollo alle opere il cui importo a base di gara sia pari o superiore a 250 mila euro.

L'art. 2 prevede testualmente: "Le parti interessate, preliminarmente, nella comune volontà di garantire, nei confronti della collettività, la massima legalità e trasparenza, si impegnano allo scrupoloso rispetto delle disposizioni afferenti la normativa antimafia, in ordine a quanto previsto dal "Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia", emanato con D.P.R. 03.06.1998 n. 252, ove si prevede che il Prefetto della Provincia interessata all'esecuzione delle opere e dei lavori pubblici di cui all'art. 4, comma 1°, lettera a), del Decreto Legislativo n. 490 del 1994 è tempestivamente informato dalla stazione appaltante della pubblicazione del bando di gara.

In tale ottica, la Stazione appaltante si impegna ad inserire nel bando di gara la seguente clausola " La Stazione appaltante si riserva di acquisire, preventivamente all'apertura delle offerte, le informazioni antimafia ai sensi del D. Lgs. 252/98 e, qualora risultassero, a carico del concorrente partecipante in forma singola, associato, consorziato, società cooperativa, tentativi o elementi di infiltrazioni mafiose, la Stazione Appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla gara".

La stazione appaltante si impegna, ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge, ad inserire, altresì, nei propri bandi di gara la facoltà per l'Ente di escludere le ditte per le quali il Prefetto fornisce informazioni antimafia ai sensi dell'art. 1 septies del D.L. 629/82."

Va sottolineata la rilevante novità introdotta con l'art. 2, laddove si anticipa, rispetto alla procedura ordinaria, la acquisizione delle informazioni antimafia, nella fase che precede l'apertura delle offerte . La conseguenza è l'esclusione dell'impresa a carico della quale risultassero tentativi o elementi di infiltrazione mafiosa, precedentemente all'aggiudicazione della gara d'appalto . L'obiettivo è precludere in radice la stessa possibilità dell'aggiudicazione ad una cosiddetta "impresa mafiosa", superando una delle principali criticità che le Pubbliche Amministrazioni si trovano a dover fronteggiare, nell'ipotesi frequente nella pratica, di informazioni interdittive, le quali pervengono alla Stazione appaltante a rapporto contrattuale già in avanzato corso di svolgimento o addirittura ultimato.

L'art. 3 del Protocollo contiene quattro clausole che la Stazione appaltante si impegna ad includere nei propri bandi di gare per importi pari o superiori a 250 mila euro e che dovranno essere osservate dalle ditte partecipanti. Se ne riporta per comodità di lettura il testo integrale.

Clausola 1:

"La sottoscritta impresa offerente dichiara di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale/o sostanziale) con altri concorrenti e che non si è accordata e che non si accorderà con altri partecipanti alle gare".

Clausola 2:

" La sottoscritta offerente si impegna a denunciare alla Magistratura o agli Organi di Polizia ed in ogni caso all'Amministrazione aggiudicatrice ogni illecita richiesta di danaro, prestazione o altra utilità ad essa formulata prima della gara o nel corso dell'esecuzione dei lavori, anche attraverso suoi agenti, rappresentanti o dipendenti e comunque ogni illecita interferenza nelle procedure di aggiudicazione o nella fase di esecuzione dei lavori".

Clausola 3:

"La sottoscritta impresa offerente allega alla presente un'apposita dichiarazione con l'indicazione delle imprese subappaltatrici, titolari di noli nonché titolari di contratti derivati e subcontratti, comunque denominati, nonché i relativi metodi di affidamento" e dichiara che i beneficiari di tali affidamenti non hanno partecipato alla gara e non sono in alcun modo collegati direttamente o indirettamente alle imprese partecipanti alla medesima gara – in forma singola o associata – ed è consapevole che, in caso contrario tali subappalti o subaffidamenti non saranno consentiti".

Clausola 4:

“La sottoscritta impresa offerente si impegna a denunciare immediatamente alle Forze di polizia, dandone comunicazione alla stazione appaltante, ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale in qualunque forma esso si manifesti nei confronti dell'imprenditore, degli eventuali componenti la compagine sociale o dei loro familiari (richiesta di tangenti, pressioni per indirizzare l'assunzione di personale o l'affidamento di lavorazioni, forniture, servizi o simili a determinate imprese – danneggiamenti – furti di beni personali o in cantiere, ecc.), come da modello di dichiarazione allegato “che forma parte integrante del presente protocollo”.

Si precisa altresì che tali clausole “devono formare parte integrante dello stipulando contratto con l'impresa aggiudicataria”.

Le clausole ora riportate mirano ad affrontare una serie di anomalie che incidono sul corretto svolgimento delle procedure di aggiudicazione e sul rapporto contrattuale nel suo concreto svolgimento.

La clausola n. 1 in particolare interviene sul fenomeno dei cd. “cartelli”, ovvero degli accordi tra imprese con i quali si tende a preconstituire l'esito della gara, con grave vulnus per il principio della libera concorrenza.

La clausola n. 2 ha per oggetto le fattispecie penalmente inquadrabili nei reati di concussione e corruzione e vincola l'impresa a denunciare il fatto agli organi competenti “ed in ogni caso all'Amministrazione aggiudicatrice”.

La clausola n. 3 interviene sull'istituto del sub-appalto, con il quale spesso si assiste all'ingresso dell'impresa mafiosa nella fase di esecuzione dei lavori. Si pone a carico dell'aggiudicataria l'onere di comunicare l'elenco delle eventuali subappaltatrici al fine di agevolare il controllo sulle medesime. Si introduce inoltre il divieto di affidare subappalti alle ditte partecipanti alla stessa gara, rafforzando in tal modo le misure contro i “cartelli” previste in sede di clausola n. 1.

La clausola n. 4 infine ha valenza di clausola “anti-racket”, ponendo alle imprese aggiudicatrici l'obbligo di denunciare qualsiasi tentativo avente natura estorsiva.

E' interessante sottolineare come la questione della legittimità della clausola n° 3 sul divieto di subappalto alle imprese che hanno presentato autonoma offerta alla medesima gara, sia stata già esaminata dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con la determinazione in precedenza richiamata.

Per l'Autorità la dichiarazione di che trattasi pur non avendo riscontro esplicito nella normativa di riferimento – art.18 l.n.55/1990 e s.m.i. e art.141 del D.P.R.n°554/1999, “può essere considerata espressione del rispetto del principio di trasparenza, che in questo caso si concretizza in una azione tesa ad evitare comportamenti anticoncorrenziali”. Inoltre, per un primo profilo “è orientamento costante della giurisprudenza amministrativa ritenere che sussiste la facoltà per la Stazione appaltante di individuare nel bando di gare ulteriori adempimenti.... purché non costituenti richieste irrazionali e pretestuose in violazione del principio della più ampia partecipazione alla gara”.

I principi generali di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, si estrinsecano nel settore degli appalti pubblici nelle regole della concorsualità, segretezza e serietà delle offerte; “tali regole trovano applicazione in virtù del criterio teleologico che mira, in via suppletiva all'individuazione del particolare interesse dell'Amministrazione sotteso alla garanzia della parità dei concorrenti, ovvero purché esplicitate nella lex specialis”: Quanto al secondo profilo, la clausola di gradimento sul divieto di affidare il subappalto ad imprese che hanno presentato autonoma offerta alla medesima gara “è una presa d'atto dell'evoluzione, in termini di concentrazione ed aggregazione del mercato imprenditoriale, la cui conseguenza può essere la riduzione dell'effettivo confronto concorrenziale tra imprese”.

In tale contesto, la probabilità che si producano effetti distorsivi sulla regolarità della procedura di affidamento alterando la competizione, rappresenta un alto fattore di rischio, cui l'amministrazione non può esporsi se non con grave pregiudizio dell'erario. Ne consegue che la tutela al miglior contraente possibile deve essere attuata al momento della gara senza attendere l'eventualità o meno che si verifichi

una lesione concreta.

Si ritiene, pertanto, che la S.A. può prevedere ulteriori fatti o situazioni rispetto a quelli previsti dalla legge, capaci, in pectore, di alterare la segretezza delle offerte.

La conclusione cui perviene l'Autorità è che le stazioni appaltanti possono inserire nei bandi gara, anche sulla base delle singole situazioni ambientali che abbiano già condotto all'adozione di formali iniziative con gli organismi istituzionalmente preposti, la clausola di gradimento sul divieto di affidare il subappalto ad imprese che hanno presentato autonoma offerta alla medesima gara, clausola che estrinseca una più puntuale definizione del principio della segretezza delle offerte, nel rispetto dell'articolo 1, comma 1, della legge 109/1994 e s.m.

Come è agevole rilevare, l'art. 2 del Protocollo e le clausole di cui all'art. 3 nel loro insieme "accompagnano" l'appalto pubblico dalla fase dell'aggiudicazione a quella dell'esecuzione dell'opera, aspetto quest'ultimo sovente trascurato.

Per garantire effettività all'insieme delle clausole di gradimento, si introduce ed è la novità forse più rilevante del Protocollo di legalità, la seguente ulteriore previsione di cui all'art. 3:

" la Stazione appaltante si impegna altresì ad evidenziare nei bandi di gara che l'impresa che si renderà responsabile dell'inosservanza di una delle predette clausole darà considerata di non gradimento per l'Ente che pertanto procederà alla rescissione del relativo contratto di appalto".

La rescissione del contratto assume in pratica valenza sanzionatoria dell'inosservanza degli obblighi assunti dalle imprese con l'accettazione delle clausole di gradimento. Sotto un ulteriore, concorrente profilo, si può affermare che la previsione della rescissione ha in realtà anche natura di deterrenza rispetto ai tentativi estorsivi e corruttivi, consentendo all'imprenditore di opporsi con maggiore efficacia agli stessi.

Sarà di indubbio interesse verificarne l'impatto sulla realtà e l'orientamento che la giurisprudenza esprimerà in materia.

Si è in presenza di una fase nuova in questa delicatissima materia, i cui sviluppi avranno un rilevante valore giuridico.

