

# *Autorità per la vigilanza*

*sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

**Parere n. 152**

**del 14.05.2008**

**PREC 75/08/L**

Oggetto: istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006 presentate dall'ANAS S.p.A. - Affidamento unitario a contraente generale di realizzazione con qualsiasi mezzo di un'opera conforme ai requisiti specificati dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lett. f) della Legge n. 443/2001 e dell'articolo 176 del D. Lgs. n. 163/2006 - classifica gara ASR 17/07 e classifica gara ASR 18/07.

## **Il Consiglio**

*Considerato in fatto*

In data 18 gennaio 2008, sono pervenute le istanze di parere di cui all'oggetto, con le quali l'ANAS sottopone all'Autorità una questione giuridica concernente l'applicazione della misura interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, quale misura cautelare ai sensi dell'articolo 45 del D.Lgs. n. 231/2001, che dispone, al comma 1, "*Quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede, il pubblico ministero può richiedere l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, presentando al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate.*"

In particolare, poiché la questione rileva ai fini dell'applicazione dell'articolo 38, comma 1, lettera m) del Codice dei contratti, viene richiesto di conoscere il parere dell'Autorità in relazione a due profili: a) l'ambito oggettivo di applicazione della misura interdittiva del divieto di contrattare con la PA, ovvero se essa si applica anche a quegli ambiti di attività svolte in un determinato settore specificamente individuato che non costituiscono l'oggetto principale della gara d'appalto, bensì una particolare componente del medesimo; b) se l'irrogata misura interdittiva del "divieto di

contrattare con la PA limitatamente alle sole attività relative allo smaltimento, trattamento e recupero energetico dei rifiuti” possa rivestire i connotati tali da riguardare affidamenti che pure abbiano un diverso oggetto.

Più specificamente, viene evidenziato come le menzionate problematiche rilevano qualora gli appalti hanno ad oggetto la realizzazione di opere stradali nelle quali sia prevista la gestione dei rifiuti nell’accezione di cui al D.Lgs. n. 152/2006, ovvero la gestione di materiali provenienti dalle escavazioni effettuate nell’ambito delle lavorazioni per la realizzazione dell’opera.

In data 25 febbraio 2008, la controinteressata società Impregilo S.p.A. ha presentato propria memoria istruttoria nella quale evidenzia di essere incorsa in una misura cautelare ante causam che le interdice, fino a giugno 2008, l’assunzione della “attività di smaltimento, trattamento e recupero energetico dei rifiuti” per conto della PA, con la precisazione che l’attività interdetta riguarda l’attività di trattamento e smaltimento mediante termovalorizzatore a recupero energetico dei rifiuti urbani trasformati in combustibile da rifiuto.

Conseguentemente, non sarebbe precluso alla Impregilo lo svolgimento dell’attività di costruzione di opere, sebbene comporti la produzione di rifiuti e il conseguente onere di smaltimento a carico di chi li ha prodotti. Diversamente opinando, l’interdizione di cui alla misura cautelare avrebbe valore assoluto ed impedirebbe lo svolgimento di qualsiasi attività per conto della PA che comporti la produzione di rifiuti e il loro smaltimento.

La società fa peraltro notare che oggetto del contratto con l’ANAS è la realizzazione di una strada e pur presumendo che verranno prodotti rifiuti da far smaltire a soggetti abilitati, il contratto non può qualificarsi come contratto di smaltimento, trattamento e recupero energetico di rifiuti.

Viene infine evidenziato come i materiali di scavo, provenienti dal ciclo produttivo senza trasformazioni preliminari, prodotti secondo le modalità previste nel progetto sottoposto a Valutazione di Impatto ambientale (VIA), anche se contaminate durante il ciclo produttivo, non costituiscono rifiuti ai sensi dell’articolo 186, comma 1, del D.lgs. n. 152/2006.

### *Ritenuto in diritto*

Il D. Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 ha introdotto nell’ordinamento nazionale la “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*”, prevedendo, per le fattispecie illecite indicate, diverse sanzioni che vengono comminate direttamente all’ente-persona giuridica.

In particolare, l’impianto sanzionatorio prevede sia sanzioni pecuniarie che sanzioni interdittive, tra le quali, all’articolo 9, è annoverato il divieto di contrattare con la PA, salvo per ottenere prestazioni di un pubblico servizio.

Tale divieto, che è rivolto all’ente destinatario della misura e agli amministratori pubblici, che devono evitare di stipulare con esso contratti invalidi, si applica esclusivamente in relazione ai reati per i quali è espressamente previsto e qualora ricorra una delle seguenti condizioni: a) l’ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all’altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del

reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; b) in caso di reiterazione degli illeciti.

Il divieto a contrattare con la PA non è indirizzato a tutte le attività dell'ente, bensì ha ad oggetto la specifica attività cui si riferisce l'illecito commesso e può essere limitato a determinati tipi di contratto o a determinate amministrazioni (art. 14)

Ai sensi dell'articolo 45 del menzionato decreto legislativo, il divieto a contrattare con la PA può essere oggetto di una misura cautelare, nelle ipotesi in cui sussistano gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente e vi siano fondati motivi per presumere la sussistenza di un pericolo concreto della commissione di illeciti della stessa indole di quello per cui procede.

Relativamente all'applicazione delle misure interdittive cautelari previste dal D.Lgs. n. 231/2001 si è pronunciato il Consiglio di Stato, in sede consultiva, Adunanza Generale, sezione III, con il parere dell'11 gennaio 2005, che ha definito la portata della misura, nonché la nozione di pubblica amministrazione cui la norma si riferisce.

Per i profili che a tal fine rilevano, e dunque, con particolare riferimento all'ambito oggettivo, il Consiglio di Stato ha precisato che la misura cautelare è preordinata a prevenire il rischio di commissione di illeciti della stessa indole e, conseguentemente, che il divieto di contrattare non può che riguardare la futura attività negoziale che il soggetto intenda porre in essere dopo l'adozione del provvedimento interdittivo.

Tuttavia, il Consiglio di Stato non si è specificamente pronunciato sull'operatività della misura cautelare anche ai contratti che abbiano ad oggetto principale un'attività diversa da quella di cui alla misura interdittiva.

Ciò nonostante, in ragione della ratio della misura interdittiva in questione, sembra possibile sostenere l'impossibilità di estendere il divieto di contrattare relativo ad una determinata attività anche a contratti che non hanno ad oggetto quella attività.

Infatti, come riportato nella Relazione al d.lgs. n. 231/2001, "la sanzione interdittiva non deve ispirarsi ad un criterio applicativo generalizzato ed indiscriminato" e "le sanzioni, per quanto possibile devono colpire il ramo di attività in cui si è sprigionato l'illecito, in omaggio ad un principio di economicità e di proporzione".

In particolare, nel caso di specie la società Impregilo è stata sottoposta alla misura cautelare del divieto di contrattare con la PA limitatamente alle sole attività relative allo smaltimento, trattamento e recupero energetico dei rifiuti, con specifico riferimento al trattamento e smaltimento mediante termovalorizzatore a recupero energetico dei rifiuti urbani trasformati in combustibile da rifiuto.

La misura sembrerebbe pertanto riferita esclusivamente ai contratti che hanno ad oggetto specifico il servizio di smaltimento, trattamento e recupero energetico dei rifiuti indicati e non potrebbe essere estesa a tutti i contratti che abbiano ad oggetto un'altra attività sebbene comportino lo smaltimento dei rifiuti derivanti dalla stessa.

Ciò in quanto, una tale operazione produrrebbe un divieto generalizzato di contrattare con la PA, che impedirebbe alla società qualsiasi tipo di attività nei confronti della PA: in particolare, verrebbe preclusa l'attività di esecuzione di lavori pubblici in quanto, per definizione, produttiva di rifiuti consistenti in materiali da scavo o di risulta derivanti dai lavori realizzati.

Peraltro, ciò non solo confligge con i principi di tipicità e tassatività che informano il diritto penale, ma sembrerebbe anche in contrasto con il dispositivo dell'articolo 14 del D.Lgs. n. 231/2001, laddove sancisce che *“le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente”*: infatti, mentre l'interdizione di cui alla misura cautelare si riferisce all'attività di smaltimento, trattamento e recupero energetico dei rifiuti, con specifico riferimento al trattamento e smaltimento mediante termovalorizzatore a recupero energetico dei rifiuti urbani trasformati in combustibile da rifiuto, l'oggetto del contratto in questione consiste nell'affidamento unitario a contraente generale di realizzare con qualsiasi mezzo un'opera stradale e, sebbene comporti la produzione di rifiuti che verranno fatti smaltire mediante affidamento a soggetti all'uopo abilitati, non sembra riconducibile all'attività interdetta con a menzionata misura cautelare.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, di comunicare alle Parti interessate che la misura cautelare del divieto di contrattare con la PA trova applicazione esclusivamente per l'attività specificamente interdetta e non possa pertanto essere oggetto di estensione applicativa ad attività che solo indirettamente sono connesse a quelle precluse.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Alessandro Botto

Luigi Giampaolino

Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19.05.2008