



Martedì 26/06/2012

Vicende soggettive del candidato al contratto o dell'esecutore del contratto nel D.Lgs. n.163 del 2006

A cura di: *La Previdenza.it*

L'elemento personale pervade l'intero ordinamento giuridico. Può anzi affermarsi che il rilievo delle persone rappresenti la ratio genetica e il fine stesso di un sistema giuridico.

Ciò vale nelle diverse accezioni giuridiche del termine persona: ovvero, sia come essere umano, individuo pensante considerato nella sua essenza e singolarità, sia come persona giuridica, organismo unitario costituito da un complesso di persone fisiche e di beni cui lo Stato riconosce capacità giuridica e di agire per il perseguimento di uno scopo lecito e determinato.

In ambito comunitario la riflessione sull'elemento personale ha preso le mosse dalle prime investigazioni dottrinali sul cosiddetto "Homo economicus" con riferimento al settore del commercio ove maggiormente era stata avvertita l'esigenza di un approfondimento; in questo caratterizzandosi rispetto ad altri ordinamenti in cui la speculazione sulla persona fisica muoveva da esigenze di carattere sistematico, generali e di principio piuttosto che dalla necessità di contrappuntare le prime disposizioni regolatrici della concorrenza e del mercato.

Da questo punto di vista la nostra Carta Fondamentale è esemplare e paradigmatica nel collocare le disposizioni in materia di personalità tra i cosiddetti principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico nei primissimi articoli della stessa (articoli 1 e seguenti Costituzione).

D'altronde, anche al di là dei principi solennemente affermati agli articoli 2 e 3 della Costituzione, non può ipotizzarsi l'esistenza di una qualsiasi branca giuridica che non abbia ritenuto preliminarmente di soffermarsi sul concetto di capacità giuridica e di capacità d'agire.

Si pensi alla normativa codicistica in ambito civile, oppure al travagliogiurisprudenziale in materia giusvaloristica con riferimento alla capacità di stipulare i contratti da parte del minore d'età.

Ancora si pensi al diritto penale ove può dirsi che l'intero settore è permeato dal principio personalistico proprio per l'affermazione della natura personale della responsabilità civile, col rifiuto di qualsiasi forma di responsabilità oggettiva per fatto altrui. Gli stessi articoli del codice penale in tema di capacità di intendere e di volere sottendono il fine ultimo dell'ordinamento penale, ovvero sia quello tout court personalistico di rieducazione ed emenda del reo. Questo a tacere dell'ermeneutica giurisprudenziale in tema dei cosiddetti reati in contratto laddove i comportamenti e le vicende soggettive del contraente segnano con la propria illiceità personale la stessa sorte civilistica del contratto.

Il diritto amministrativo non sfugge alla regola della rilevanza dell'elemento personale. E non poteva essere altrimenti in un settore caratterizzato dall'ossequio ai principi di legalità, imparzialità e ragionevolezza: l'esercizio del potere amministrativo infatti incontra il rilievo e la tutela accordata alla persona innanzitutto come limite ogni qualvolta il legislatore costituzionale ha richiesto un previo provvedimento dell'autorità giudiziaria prima di procedere ad una restrizione della libertà personale, oppure quando ha previsto che nessuna prestazione personale o patrimoniale potesse essere richiesta se non nei casi di legge.



Il rilievo dell'elemento personale emerge altresì laddove lo stesso legislatore ha previsto che l'esercizio dei poteri amministrativi debba necessariamente dispiegarsi nei modi indicati secondo il principio di legalità, e al fine di soddisfare l'interesse pubblico attraverso procedure improntate ai canoni di imparzialità e ragionevolezza.

Nei contratti di lavoro pubblici la rilevanza dell'elemento personale è scandita da una serie puntuale di disposizioni contenute nel cd Codice dei contratti pubblici (decreto Legislativo n 163 del 2006). Agli articoli 38 e seguenti del Codice troviamo infatti le molteplici declinazioni dell'elemento personale: sotto il profilo dei requisiti di ordine generale richiesti ai soggetti che intendano partecipare a procedure comparative di affidamento di lavori pubblici (art 38), sotto il profilo dei requisiti di idoneità professionale richiesti al medesimo fine (art 39), ancora, sia pure sotto un diverso angolo visuale in tema di qualificazione per eseguire lavori pubblici (art 40) e di capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi pubblici (art 41 e 42).

Dinanzi ad una così vasta congerie di requisiti e capacità da accertare è evidente che le stazioni appaltanti debbano impiegare il massimo scrupolo nella valutazione degli stessi, soprattutto nei casi in cui l'elencazione tassativa delle cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento, lascia un margine di manovra e uno spazio di apprezzamento discrezionale della fattispecie concreta.

Se infatti, ad esempio, nessun problema ermeneutico si porrà nel caso in cui il certificato del casellario giudiziario di uno dei candidati riporti l'avvenuta pronuncia di condanna passata in giudicato per un reato di corruzione, frode o riciclaggio, diversamente è a dirsi nel caso in cui siano emerse delle violazioni di tipo previdenziale e contributivo, le quali tuttavia non presentino in maniera netta il requisito della gravità di cui all'art 38 alinea 1 lettera i); o che non possano dirsi, sempre alla stregua del medesimo commalett i), definitivamente accertate, essendo ad esempio in corso un contenzioso tributario tra l'impresa e l'INAIL o l'INPS.

Questo è uno dei casi in cui la Pubblica Amministrazione committente deve vagliare con attenzione la sussistenza delle cause ostative alla partecipazione nel caso concreto; in questo opportunamente avvalendosi del lavoro di scavo giurisprudenziale che ha cercato di colmare i vuoti lasciati dalla norma o almeno di circoscriverne la latitudine interpretativa.

Avv. Giuseppe De Luca - Segretario comunale generale

Fonte: www.laprevidenza.it