amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le radici del *rating* tra antimafia ed anticorruzione

di Giorgio Di Mitri

(Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Palermo)

Sommario

1. Premessa; - 2. La prevenzione amministrativa negli appalti pubblici: la documentazione antimafia; - 2.1. La documentazione antimafia come requisito generale di ammissione alle gare; - 2.2. L'ambito di applicazione delle verifiche antimafia; - 2.3. Comunicazioni, informazioni ed informative "atipiche"; - 2.4. La Banca Dati Nazionale Unica; 3. Natura, confini e criticità della discrezionalità prefettizia; - 3.1. La valutazione discrezionale nell'emissione dell'informazione antimafia; - 3.2. I limiti alla discrezionalità prefettizia; - 4. Gli strumenti negoziali: i protocolli di legalità e i patti di integrità; - 4.1. Le origini, la consacrazione giurisprudenziale e l'evoluzione normativa; - 4.2. La natura giuridica dei protocolli e la compatibilità con la tassatività delle cause di esclusione; - 4.3. I profili di coordinamento con la documentazione antimafia; 5. Le *white list*; - 5.1. Origine e sviluppo dell'istituto; - 5.2.L'iscrizione alle nuove *white list* tra volontarietà formale ed obbligatorietà sostanziale; - 5.3. Le attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa; - 5.4. Il dialogo tra imprese e prefetture: il procedimento di iscrizione e l'onere collaborativo; - 6. Conclusioni

Abstract

The origin of the legal rating is possible if it is decided by the legislator's will in "concorrenza" the virtuoso impression and includes the discipline of the public contract at the end of which the economic operator has collaborated with the public authority. age it contrasts with organized crime, in particular on the part of the infiltrazioni of the stessa and does not report it to the public authorities.
In particular, the introduction of the legal rating into the public contractual contract involves the arrival of a progressive "privatization" process in contrast to the mafioso, which has already been confirmed with the precursory instrument of the legal rating: the legal protocol and the white list.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Le origini dell'istituto del *rating* di legalità si possono fare rinvenire anche in una volontà del legislatore di porre in "concorrenza" le imprese virtuose e viene inclusa nella disciplina dei contratti pubblici al fine di indurre gli operatori economici a collaborare con le pubbliche autorità per agevolare il contrasto alla criminalità organizzata, in particolare sul piano delle infiltrazioni della stessa nei rapporti tra imprese e Pubblica Amministrazione.

In particolare, l'introduzione del *rating* di legalità nella contrattualistica pubblica costituisce il punto di arrivo di un processo di progressiva "privatizzazione" del contrasto al fenomeno mafioso, che ha avuto avvio con due strumenti precursori al *rating* di legalità: i protocolli di legalità e le *white list*.[1]

Un primo motivo che spinge ad analizzare le normative antimafia ed anticorruzione nell'ambito di questa trattazione è costituito dal legame che emerge tra *rating* di legalità e contrasto alla criminalità organizzata, con il primo che rappresenta un incentivo per spingere le imprese ad impegnarsi nel secondo.

C'è, però, un altro motivo ed è direttamente connesso con il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione. Il *rating* di legalità, si è visto, è un istituto che incide in sede di valutazione delle offerte, pur essendo costruito in base alle caratteristiche dell'offerente. Tra queste ultime, valorizza soprattutto quelle relative all'integrità morale dell'impresa, le quali, ai sensi dell'art. 80, secondo comma, del codice del 2016, sono considerate come requisiti necessari a potere accedere alle gare. In altre parole, per come è costruito, il *rating* di legalità attribuisce rilevanza in sede di aggiudicazione ad elementi già decisivi in sede di qualificazione.

Quando viene avvantaggiata un'offerta sulla base di un più elevato *rating* di legalità dell'offerente si verifica non solo la commistione tra criteri soggettivi e criteri oggettivi ma, riprendendo le parole del Consiglio di Stato nella pronuncia del 2 agosto 2016 sulle Linee guida ANAC, anche la duplicazione di detti criteri.

2. La prevenzione amministrativa negli appalti pubblici: la documentazione antimafia

Il sistema della documentazione antimafia di cui al d.lgs. n. 159/2011 (il "Codice Antimafia"), si basa sulla distinzione tra le comunicazioni antimafia e le informazioni

[1] M. FRONTONI, *Contratto e antimafia: il percorso dai Patti di legalità al rating di legalità,* Giappichelli, Torino, 2015. Per potere comprendere la portata dell'istituto del *rating* è necessario tenere in considerazione la volontà del legislatore di spostare una parte dell'attività di prevenzione della corruzione delle pubbliche amministrazioni in capo alle imprese virtuose, che verrebbero, perciò, spinte ad assumersi obblighi ulteriori rispetto a quelli minimi previsti dalla legge. Tale attività da parte delle imprese comporta, però, un incremento dei costi per le stesse, dovendo assumere e pagare il personale addetto a svolgere tali controlli. A fronte di questo incremento dei costi, l'ordinamento deve prevedere dei meccanismi premiali per l'apporto fornito dalle imprese nell'ottica di contrasto alla criminalità organizzata.

ISSN 2036-7821

antimafia, sancita dall'art. 84 dello stesso Codice Antimafia, ai sensi del quale "*1. La documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia.*
2. La comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o di divieto di cui all'art. 67.
3. L'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4".
Comunicazione antimafia ed informazione interdittiva antimafia costituiscono, dunque, le fondamentali misure di prevenzione amministrative previste dal Codice, tuttora confermate nel loro impianto, anche alla luce della modifica intervenuta con riferimento al Codice Antimafia con la legge n. 161 del 17 ottobre 2017, in vigore dal 19 novembre 2017.
In particolare, mentre il presupposto per l'emissione di una comunicazione antimafia consiste nell'attestazione che a carico di determinati soggetti, individuati all'art. 85 del Codice Antimafia, non siano state emesse misure di prevenzione personali; invece, le informazioni interdittive antimafia si distinguono per l'attribuzione al Prefetto di una spiccata autonomia valutativa, potendo lo stesso valutare il rischio di infiltrazione mafiosa nell'impresa, in quanto tali valutazioni possono prescindere dagli esiti delle indagini preliminari o dello stesso giudizio penale, che deve comunque essere tenuto in considerazione dalla Prefettura, in presenza dei cc.dd. delitti spia, individuati al comma 4 dell'art. 84 del Codice Antimafia[2], ai sensi del quale "*Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte:*

a) *dai provvedimenti che dispongono di una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'art. 12-quinquies della legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;*
b) *dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione;*
c) *salvo che ricorra l'esimente di cui all'art. 4 della legge 24 novembre 1982, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del*

[2] V. SALAMONE, *Il sistema della documentazione antimafia, normativa e giurisprudenza;* Testo elaborato in occasione del seminario tenuto a Roma il 5 dicembre 2018 presso la Scuola di perfezionamento per le Forze di Polizia.

ISSN 2036-7821

codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte di soggetti indicati nella lettera b) dall'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste;

d) *dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito con modificazioni dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'art. 93 del presente decreto;*

e) *dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d);*

f) *dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari di provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia".*

2.1. La documentazione antimafia come requisito generale di ammissione alle gare

La lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso rappresenta un'esigenza primaria per l'ordinamento, soprattutto in settori come quello dei contratti pubblici particolarmente vulnerabili a questo tipo di ingerenze.

Da sempre, infatti, l'organizzazione mafiosa riesce a districarsi con grande abilità tra la politica e la burocrazia, controllandone l'operato ed ottenendo contratti pubblici, presentandosi come un'impresa in gara o subentrando in qualità di subappaltatrice. Tutto questo determina, da un lato, una riduzione della funzionalità del principio di buon andamento della pubblica amministrazione e, dall'altro riduce altresì l'efficienza del mercato degli appalti a danno delle imprese oneste.[3]

L'ordinamento prevede che, in presenza di determinati presupposti, la Pubblica Amministrazione debba recidere ogni tipo di contatto venutosi ad instaurare con l'impresa collusa con l'organizzazione criminale. In via generale, tali norme sono finalizzate ad evitare il rilascio di concessioni e autorizzazioni, ovvero la stipula,

[3] Sulla base di ciò, si comprendono le motivazioni che hanno portato il legislatore a dedicare tanta attenzione al contrasto di questo fenomeno, sia dal punto di vista repressivo, che preventivo, con un complesso di norme che va a costituire la normativa antimafia in materia di appalti: un insieme di misure volte ad allontanare alcuni soggetti dalla stipula di contratti pubblici non per sanzionarli ma per tutelare le stazioni appaltanti. Ed infatti, il presupposto di applicazione di queste norme è rappresentato non necessariamente dall'accertamento di una fattispecie di reato, ma è costituito dall'esistenza di elementi considerati sintomatici del rischio di un'ingerenza mafiosa.

ISSN 2036-7821

approvazione o autorizzazione di contratti pubblici con gli operatori economici a rischio di ingerenza mafiosa. Nel caso in cui la circostanza ostativa venga accertata in un momento successivo, l'art. 94 del Codice Antimafia prevede che "[…] *i soggetti di cui ai all'art. 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione rimanente, nei limiti delle utilità conseguite*".

Ed infatti, guardando alla più recente legislazione, volta a prevenire le infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici, è naturale fare riferimento al fiorire di strumenti finalizzati ad affiancare l'attività repressiva ad un'attività di tipo preventivo, che va dal livello informativo, a quello interdittivo, fino ad arrivare a misure che colpiscono le imprese sul piano reputazionale.

Se, da un lato, appare evidente che la crescente serie di strumenti previsti dal legislatore vada ricondotta nell'alveo dei "rimedi" che l'ordinamento ha previsto al fine di indurre le imprese a porre in essere comportamenti virtuosi, cercando di arginare i fenomeni corruttivi e di infiltrazioni mafiose, bisogna al contempo chiedersi se e quanto tali strumenti siano idonei ad incidere sulla complessiva "giustizia del sistema", rischiando di determinare l'espulsione dal mercato di imprenditori che pagano due volte la difficoltà di operare in aree economico caratterizzate da una forte infiltrazione criminale[4]: una prima volta dovendo sottostare alle condizioni ed alle minacce della criminalità organizzata; una seconda volta vedendosi espulse dal mercato mediante l'adozione delle apposite misure di contrasto. Si pensi al caso della estensione degli effetti interdittivo-decadenziali delle misure di prevenzione che conduce al c.d. ergastolo imprenditoriale.

Negli ultimi anni, il legislatore nazionale si è impegnato a predisporre contromisure e regole da applicare al fine di restituire una dimensione di legalità al mercato in generale e, in particolare a quello relativo all'esecuzione di opere e servizi pubblici.

Da qui la scelta di prevedere misure idonee ad indurre le imprese a porre in essere comportamenti eticamente corretti, ovvero di prevedere un obbligo in tal senso in capo ai pubblici funzionari.

Le misure a ciò finalizzate, per potere assumere effettività hanno bisogno di un rilevante tempo di sedimentazione che consenta loro di permeare la membrana che avvolge la società moderna ed acquisire effettività, abbandonando la mera rilevanza formale.

La documentazione antimafia, secondo la più recente dottrina, rappresenta il principale ma non esclusivo strumento di prevenzione amministrativa nel contrasto alla criminalità organizzata, che si accompagna agli strumenti di prevenzione

[4] G. ARMAO, *Brevi considerazioni su informativa antimafia e rating di legalità ed aziendale nella prevenzione delle infiltrazioni criminali nei contratti pubblici*, in www.ambientediritto.it

ISSN 2036-7821

giurisdizionale, rappresentando il punto di tutela più avanzato, esigendo la ricorrenza di elementi di minore stringenza rispetto a quelli necessari per l'adozione di misure giurisdizionali.

Nonostante la pericolosità riconosciuta al fenomeno mafioso, non può eludersi la delicata questione del contemperamento di tali misure con altri valori costituzionalmente rilevanti, partendo dal principio di legalità, che vieta la previsione di poteri puramente rimessi all'arbitrio della Pubblica Amministrazione, fino ad arrivare ai principi della presunzione di innocenza, nonché della libertà di iniziativa economica privata.[5]

L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento della rilevanza penale dei fatti, non occorrendo neppure che il pericolo di condizionamento delle scelte dell'impresa sia concretamente provato, in quanto la finalità perseguita si concretizza nella massima anticipazione dell'azione di prevenzione, inerente alla funzione di polizia e di sicurezza, rispetto alla quale assumono rilievo fatti e vicende solo sintomatici ed indiziari. Ed infatti, per l'emissione di un'eventuale informativa antimafia "*il complesso degli elementi sintomatici ed indiziari che emergono nella fase istruttoria che precede l'adozione del provvedimento debbono, quantomeno, configurarsi idonei, nella emergenza ed oggettiva potenzialità, ad indurre con efficienza casuale e con carattere di attualità la situazione di condizionamento da parte della criminalità organizzata dell'impresa sottoposta a monitoraggio*".[6]

Fa capo al Prefetto il potere di precludere al privato ogni tipo di negoziazione con gli apparati pubblici, nonché di bloccarne l'esecuzione in presenza di un quadro costituito solo da presunzioni e indizi, che però non possono essere considerati singolarmente o sconfinare in meri sospetti, ma devono presentare il carattere dell'attualità, della congruità e della correttezza, stante che l'attendibilità dell'interferenza deve essere ricondotta ad una serie di circostanze ed elementi indiziari che qualifichino, su un piano di attualità ed effettività, una immanente situazione di condizionamento e di congruità con interessi malavitosi.

Ammettere un limite alla libera iniziativa economica privata, agganciando le proprie convinzioni esclusivamente al dato anagrafico, senza supporto di prove di frequentazioni o comunanza di interessi con ambienti vicini alla criminalità determinerebbe il rischio di un sistema arbitrario in capo al Prefetto; per evitare ciò, la valutazione discrezionale può dirsi ragionevole e attendibile se sorretta almeno da presunzioni semplici, ovvero da una pluralità di indizi seri, precisi e concordanti, oggettivamente riscontrabili, che secondo l'esperienza comune assumono un significato univoco.

[5] M. MAZZAMUTO, *La documentazione antimafia in generale*, in A. BALSAMO, G. FIANDACA, *Commentario al codice antimafia*.

[6] Consiglio di Stato, sez. III, 15 gennaio 2013, n. 204.

ISSN 2036-7821

Anche di recente si è sottolineata l'importanza che, seppure in ragione della speciale pervasività ne pericolosità sociale riconosciuti al fenomeno mafioso, sia giustificato il carattere preventivo/repressivo di provvedimenti di limitazione e contenimento della libertà di iniziativa economica, la deroga non può spingersi fino a giustificare l'emanazione di informative della libertà di iniziativa economica, la deroga non può spingersi fino al punto da giustificare l'emanazione di informative antimafia interdittive basate su un semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, pena, altrimenti lo stravolgimento dei principi di legalità e certezza del diritto del nostro ordinamento democratico. Alla stregua di quanto sin qui sinteticamente richiamato, la giurisprudenza indica quindi nella attualità, nell'obiettiva congruità e nella concretezza, i caratteri che devono manifestare gli elementi assunti dai provvedimenti interdittivi come base per giustificare la loro adozione da parte dell'autorità prefettizia competente, in ordine al rischio di infiltrazione mafiosa.[7]
Nonostante il pericolo dell'infiltrazione mafiosa non si possa ritenere immaginario, ma fondato su elementi presuntivi ed indiziari concretamente individuati, la relativa valutazione è rimessa alla lata discrezionalità del Prefetto, sindacabile in sede di legittimità sotto il profilo della illogicità, incoerenza o inattendibilità. Tuttavia, la valutazione discrezionale, per evitare di sconfinare in mero arbitrio, può dirsi ragionevole e attendibile se sorretta almeno da presunzioni semplici, ovvero da una pluralità di indizi seri precisi e concordanti, oggettivamente riscontrabili, che secondo l'esperienza comune assumono un significato univoco.

2.2. L'ambito di applicazione delle verifiche antimafia

Quanto all'ambito di applicazione oggettivo, conviene prendere le mosse dal comma 1 dell'art. 83 del Codice del 2016, ai sensi del quale la documentazione antimafia deve essere acquisita "*prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'art. 67*". Questa disposizione deve essere affiancata anche alla previsione di cui all'art. 67 del Codice Antimafia, cui espressamente rimanda, tenendo conto del fitto elenco di provvedimenti che questo stila, facendo riferimento a:

- licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio;
- le concessioni di acque pubbliche e di diritti ad essa inerenti, nonché le concessioni di beni demaniali quando siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali;
- le concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazioni e le concessioni di servizi pubblici;

[7] Consiglio di Stato, III, 26 febbraio 2014, n. 930.

ISSN 2036-7821

- le iscrizioni negli elenchi di appaltatori o fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari presso i mercati all'ingrosso;
- le attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici;
- le altre iscrizioni o provvedimenti che autorizzino, concedano o abilitino per lo svolgimento di attività imprenditoriali;
- i contributi, finanziamenti o mutui agevolati e le altre erogazioni simili concesse o erogate dallo Stato, da altri enti pubblici, dall'Unione europea per lo svolgimento di attività imprenditoriali;
- le licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplodenti.

Inoltre, bisogna segnalare che anche con riferimento all'ambito di applicazione oggettivo, l'art. 83, comma 3, individua alcune eccezioni: la documentazione antimafia, infatti, non è richiesta ai fini del "*rilascio o il rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza*"; "*per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma d'impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale*"; "*per i provvedimenti, gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro*".

Infine, occorre considerare i soggetti sottoposti alla verifica antimafia. L'art. 85, nel disciplinare questo aspetto, distingue innanzitutto tra imprese individuali e soggetti collettivi. Nella prima categoria ricomprende le associazioni, le imprese, le società, i consorzi e i raggruppamenti temporanei di imprese. Per le prime, la documentazione antimafia riguarda il titolare e, se previsto, il direttore tecnico. Per i secondi, invece, viene dettata una disciplina che accosta ad ogni tipologia di soggetto collettivo una o più figure che si aggiungono al direttore tecnico, quali soggetti sottoposti alla documentazione antimafia. [8]Il comma 2 *bis*, inoltre, aggiunge che per le associazioni e le società di qualunque tipo la documentazione antimafia si estende anche ai membri del collegio sindacale, in determinati casi al sindaco e ai soggetti che svolgono i compiti di vigilanza di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Il comma 2 *ter*, poi, chiarisce che per le società costituite all'estero e prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile in Italia, le verifiche antimafia si svolgono rispetto ai soggetti che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione dell'impresa.

[8] A titolo esemplificativo, per le associazioni le verifiche si effettuano rispetto a chi ne ha la legale rappresentanza, mentre per le società di capitali queste riguardano il socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, oppure l'unico socio nel caso di società con un solo socio.

ISSN 2036-7821

Il comma 2 *quater*, invece, detta una disciplina più stringente per le società di capitale concessionarie nel settore di giochi pubblici.
L'articolo si chiude con la previsione del comma 3, per cui l'informazione antimafia, e cioè una particolare tipologia di documentazione antimafia, deve riferirsi anche ai familiari conviventi di maggiore età dei soggetti precedentemente individuati.
È necessario specificare che l'insieme rappresentato dai soggetti identificati dall'art. 85 per cui le amministrazioni devono acquisire la documentazione antimafia, non coincide con quello ben più ampio costituito dai soggetti sottoponibili a verifica antimafia. Ai sensi dell'art. 91 comma 5 del d.lgs. 159/2011, infatti, quest'ultima può essere estesa "*ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa*". Si potrebbe, quindi, sostenere che il secondo dei due insiemi richiamati sia aperto, proprio perché la sua ampiezza non è predeterminata, ma rimessa ad una valutazione discrezionale del prefetto.
Quanto alla *ratio* della norma, emerge chiaramente una marcata propensione all'allargamento degli accertamenti, finalizzata ad adattare il sistema di prevenzione all'evolversi delle strategie criminali. In tale ottica occorre inquadrare le previsioni relative alle imprese straniere, quelle che danno rilievo ai consorzianti, quelle che coinvolgono i livelli intermedi di governo come i membri del collegio sindacale e quelle che considerano soggetti di per sé estranei all'impresa come i familiari conviventi.

2.3. Comunicazioni, informazioni ed informative "atipiche"

Il problema della tipicità e della tassatività per le misure di prevenzione si pone, a maggior ragione, per le misure interdittive antimafia, che si fondano sull'utilizzo di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici, come del resto atipica è la capacità delle mafie di perseguire i propri fini. E solo di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in tale materia, deve arrestarsi.
L'art. 83 del Codice Antimafia, concernente l'ambito di applicazione della documentazione antimafia, stabilisce che le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico, nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'art. 84 prima di potere stipulare, approvare o autorizzare i contratti e i subcontratti concernenti lavori, servizi e forniture pubblici.
Secondo l'orientamento giurisprudenziale espresso dal Consiglio di Stato, nella recente sentenza n. 2064/2020, in presenza di informazione interdittiva antimafia, le stazioni appaltanti devono procedere alla revoca dell'aggiudicazione ovvero, se la

ISSN 2036-7821

stipula del contratto è già intervenuta, alla risoluzione del contratto come previsto all'art. 94, commi 1 e 2, d.lgs. 159/2011. Una deroga è prevista, in linea generale, al successivo comma 3, ai sensi del quale le stazioni appaltanti "*non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi*". La prosecuzione del contratto pubblico costituisce rimedio di carattere straordinario, destinato a trovare applicazione negli stretti limiti dei casi definiti dagli artt. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 e 94, comma 3, del D.Lgs. n. 159/2011. Le regole enunciate costituiscono espressione di un principio secondo il quale il rischio di infiltrazione mafiosa esclude l'aggiudicazione di contratti pubblici e non inibisce la sollecita aggiudicazione a terzi, essendo l'interesse pubblico alla celere realizzazione delle opere o all'acquisizione delle risorse o dei servizi assolutamente prevalente rispetto alle vicende dell'impresa impegnata a ottenere una riabilitazione in sede amministrativa.[9]

La formulazione della normativa a struttura aperta che caratterizza l'informazione interdittiva antimafia, consente all'autorità amministrativa e, ove insorga contestazione in sede giurisdizionale, al giudice amministrativo, di apprezzare, in sede di sindacato sull'eccesso di potere, tutta una serie di elementi sintomatici dai quali evincere l'influenza, anche indiretta delle organizzazioni mafiose sull'attività di impresa nella duplice veste della c.d. contiguità soggiacente o della c.d. contiguità compiacente, elementi che sfuggirebbero, invece, ad una rigorosa, tassativa, asfissiante tipizzazione di tipo casistico, che elenchi un numero chiuso di situazioni sintomatiche.

Negare, però, fin dalla radice che il Prefetto possa valutare elementi "atipici" da cui trarre il pericolo di infiltrazione mafiosa, vorrebbe dire annullare ogni tipo di efficacia della legislazione antimafia e neutralizzare, in nome di un'astratta e aprioristica concezione di legalità formale, la sua decisiva finalità preventiva di contrasto al fenomeno mafioso, che consiste innanzitutto nel "*tenere il passo con il mutare delle circostanze*", riprendendo quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza De Tommaso c. Italia.

Tuttavia, anche la giurisprudenza penale ha di recente osservato che il sistema delle misure di prevenzione è stato ritenuto dalla stessa Corte europea generalmente compatibile con la normativa convenzionale "*poiché il presupposto per l'applicazione di una misura di prevenzione è una "condizione" personale di pericolosità, la quale è desumibile da più fatti, anche non costituenti illecito, quali le frequentazioni, le abitudini di vita, i*

[9] Consiglio di Stato, sez. III, 24 marzo 2020, n. 2064

ISSN 2036-7821

rapporti, mentre il presupposto tipico per l'applicazione di una sanzione penale è un fatto-reato accertato secondo le regole tipiche del processo penale".[10]

Il Consiglio di Stato ha così enucleato le situazioni indiziarie, tratte dalle indicazioni legislative o dalla casistica giurisprudenziale, che possono costituire altrettanti "indici" o "spie" dell'infiltrazione mafiosa, non senza precisare che esse costituiscono un catalogo aperto e non già un numero chiuso, in modo da consentire all'ordinamento di contrastare in modo efficace l'infiltrazione mafiosa all'interno dell'impresa via via che essa assume forme sempre nuove e sempre mutevoli, affermando che il giudice deve farsi attento custode delle irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale di questo potere per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva di diritti aventi rango costituzionale nel bilanciamento con l'altrettanto irrinunciabile, vitale, interesse dello Stato a contrastare l'insidia delle mafia.[11]

Andando nello specifico, per ciò che concerne l'informativa atipica, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 159/2011, l'istituto dell'informativa atipica si ricavava dal combinato disposto dell'art. 1-*septies* del d.l. 629/1982 e dell'art. 10 del d.P.R. 252/1998: secondo questo modello, il Prefetto poteva rilasciare un'informativa priva del carattere interdittivo, attraverso la quale rimetteva alla stazione appaltante la valutazione circa l'avvio dei rapporti contrattuali alla luce dell'idoneità morale del concorrente. Tale informativa era rilasciata quando gli elementi di pericolosità accertati non raggiungevano la soglia di gravità prevista per le informative tipiche, e cioè quando erano carenti dei requisiti pertinenti alle cause interdittive o quando non erano idonei ad integrare appieno il tentativo di infiltrazione. In questi casi, l'ordinamento consentiva al Prefetto di rilasciare un'informativa che, non potendo essere di per sé interdittiva, riconosceva alle stazioni appaltanti il potere discrezionale di farla diventare tale. Queste ultime, infatti, sulla base di una propria valutazione, potevano decidere, motivando, se escludere o meno i soggetti colpiti da queste informative. Conseguentemente, nella disciplina processuale l'informativa atipica costituiva un mero atto endoprocedimentale, non direttamente lesivo e quindi non immediatamente impugnabile.

Queste informative, pur rappresentando un efficace strumento di contrasto della mafia, hanno generato numerosi problemi in sede di applicazione. Infatti, facendo emergere elementi significativi ma allo stesso tempo insufficienti ad escludere un soggetto da una gara d'appalto, costituivano la più avanzata soglia di difesa di quel settore.[12]

[10] Corte di Cassazione penale, sez. II, 01/03/2018
[11] Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105
[12] Consiglio di Stato, Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6076

ISSN 2036-7821

2.4. La Banca Dati Nazionale Unica

Le modalità di rilascio della documentazione antimafia sono disciplinate, seppure in articoli diversi, in modo abbastanza simile per quanto riguarda sia le comunicazioni che le informazioni.

Con riferimento ad entrambe gioca un ruolo fondamentale la banca dati nazionale unica, istituita con il d.lgs. 159/2011 presso il Dipartimento per le politiche del personale dell'amministrazione civile e per le risorse strumentali e finanziarie del Ministero dell'interno. Le modalità di accesso, consultazione e collegamento sono state disciplinate dal regolamento adottato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 ottobre 2014, n. 193, ed ha il compito, nel rispetto delle garanzie a tutela del trattamento dei dati sensibili, di semplificare e accelerare il rilascio delle comunicazioni e informazioni antimafia.

Le stazioni appaltanti pubbliche, enti pubblici, società controllate pubbliche, concessionari di opere pubbliche, prima di approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, dovranno acquisire la documentazione antimafia sulla piattaforma. Se non risultano a carico degli interessati le cause di divieto, sospensione e decadenza di cui all'articolo 67 del Codice antimafia, la Banca dati nazionale rilascia immediatamente, per via telematica, al soggetto richiedente, la comunicazione antimafia liberatoria.

L'acquisizione della documentazione antimafia non si conclude con la consultazione della banca dati in due casi particolari: in primo luogo, quando da tale consultazione emergono motivi ostativi al rilascio di una documentazione di tipo liberatorio; in secondo luogo, quando l'esame verte su un soggetto non censito dalla banca dati. In entrambe le ipotesi, ai sensi degli artt. 87 e 90, la documentazione antimafia, interdittiva o liberatoria, è rilasciata: in via generale dal prefetto della provincia in cui il soggetto sottoposto a verifica ha la sede legale; per le società estere con una sede secondaria in Italia, dal prefetto della provincia in cui questa è stabilita; per le società estere prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile in Italia, dal prefetto della provincia in cui i soggetti richiedenti la documentazione antimafia hanno sede.

Emerge, dunque, un sistema di cautele antimafia in cui l'accertamento assume un carattere dinamico, e cioè non necessariamente vincolato all'attivazione del procedimento amministrativo rispetto al quale la documentazione è, di volta in volta, richiesta. Traspare la volontà di instaurare un sistema di aggiornamento continuo rispetto agli accertamenti antimafia, posto soprattutto ma non esclusivamente a carico dei prefetti: anche i privati devono collaborare, segnalando le circostanze che possono influenzare l'esito dei controlli.

Nell'ottica di tutela degli investimenti previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, (PNRR) il Ministero dell'Interno ha emanato una circolare in data 13 giugno 2022, con cui ha promosso una stretta collaborazione con le Amministrazioni

ISSN 2036-7821

centrali e territoriali, interessate da interventi del PNRR, in qualità di titolari sia nella veste di soggetti attuatori, allo scopo di scongiurare qualsivoglia forma di ingerenza della criminalità organizzata nella filiera realizzativa degli interventi del PNRR.
Si promuove, dunque, una digitalizzazione della documentazione antimafia inerente alle risorse del PNRR, riferimento che discende dall'utilizzo della piattaforma informativa "Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia (BDNA)", attraverso cui le pubbliche amministrazioni sono in grado di verificare l'esistenza di eventuale documentazione antimafia a carico degli operatori. La verifica avviene in modalità automatica ed immediata, grazie alla struttura digitale. [13]
Anche nel campo della prevenzione amministrativa antimafia, e in particolare con riferimento all'utilizzo delle risorse destinate al PNRR, la tecnologia può dare il suo contributo in termini di efficacia ed efficienza. Ma, considerato il contesto economico-finanziario in cui versano le imprese - non soltanto italiane - afflitte dalla preoccupazione di venir fuori dalla crisi pandemica e da quella bellica conservando la produttività e la forza lavoro esistente, occorre indugiare sull'opportunità di una misura che fonda il blocco dell'operatività aziendale non su fatti certi bensì sul criterio causale del "*più probabile che non*".
In effetti, la sua natura cautelare e preventiva si basa su elementi fattuali indiziari, sintomatici e strumentali a formulare un giudizio di natura prognostica circa la ricorrenza del pericolo di infiltrazione mafiosa. In altri termini, l'interdittiva antimafia non richiede la prova di un fatto, ma solo la presenza di una serie di indizi in base ai quali si può costruire un'ipotesi, ragionevole ma soltanto probabile, di permeabilità dell'impresa a ingerenze della criminalità organizzata di stampo mafioso. Il tutto appunto sulla base della regola causale del "*più probabile che non*".
Peraltro, il provvedimento in discorso è particolarmente afflittivo perché non incide soltanto sulla contrattualistica pubblica ma anche sulle autorizzazioni funzionali all'esercizio di una attività imprenditoriale puramente privata. E, sotto altro profilo, l'interdittiva antimafia può esser basata anche su fatti risalenti nel tempo, purché il pericolo di infiltrazione mafiosa nella gestione dell'attività di impresa resti attuale e concreto.
Ebbene, in tale contesto il ruolo centrale resta affidato alla valutazione discrezionale dell'autorità prefettizia, cui è demandata un'attenta ed equilibrata ponderazione dei valori costituzionali in gioco: libertà economica e tutela (anticipata) della legalità. Valori che occorre contestualizzare in relazione al periodo di forte crisi (pandemico-

[13] L'aggiornamento dell'infrastruttura tecnologica che gestisce la BDNA ha l'obiettivo di rendere più incisiva ed efficace una misura di prevenzione amministrativa che fa della precocità la sua dote fondamentale. Si veda in proposito la Circolare Ministero dell'Interno 13 giugno 2022, ai sensi della quale tale caratteristica viene anche rafforzata grazie al fatto che *"Il tracciamento così realizzato consentirà di monitorare, con immediatezza, l'eventuale adozione di provvedimenti di rigore nei confronti di quegli operatori economici coinvolti nell'attuazione degli interventi in questione per i quali siano emersi elementi che depongano per la sussistenza di un rischio infiltrativo"*.

ISSN 2036-7821

bellica) che sta attraversato il sistema economico e sociale. Certamente l'innovazione tecnologia è d'aiuto nel realizzare finalità meritevoli di tutela ma, oggi più che mai, la prospettiva di tutela andrebbe indirizzata verso la salvezza delle aziende destinatarie dei fondi PNRR da infiltrazioni criminali piuttosto che verso la salvaguardia dei soli fondi PNRR.
E così, piuttosto che puntare all'interdizione dell'operatore economico, la cui immediatezza è garantita dalla velocità con cui la tecnologia diffonde l'informazione (antimafia), occorrerebbe relegare quel giudizio probabilistico a strumento residuale, preferendo misure di prevenzione alternative (*prevenzione collaborativa, commissariamento ad contractum*) in grado di coniugare la conservazione della produttività e della forza lavoro con la tutela della legalità.[14]

3. Natura, confini e criticità della discrezionalità prefettizia

3.1. La valutazione discrezionale nell'emissione dell'informazione antimafia

La documentazione antimafia è il principale strumento tramite cui le pubbliche amministrazioni evitano il contatto con soggetti economici a rischio di infiltrazione mafiosa.
In particolare, con il termine interdittiva antimafia si vuole fare riferimento all'effetto per l'appunto interdittivo, determinato dalla comunicazione e dall'informazione antimafia. Entrambi i provvedimenti di competenza prefettizia possono concludersi con una pronuncia liberatoria, che certifica l'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa, ovvero con una pronuncia interdittiva, che invece accerta la presenza di tale ingerenza nel *corpus* societario.
La comunicazione antimafia, che sia interdittiva o liberatoria, è un accertamento vincolato, mediante il quale si attesta la sussistenza o meno di cause di decadenza, sospensione o divieto *ex* art. 67 del Codice antimafia.
L'informazione antimafia, anch'essa interdittiva o liberatoria, si caratterizza altresì per la presenza di una valutazione discrezionale, sempre di competenza del Prefetto, relativa alla sussistenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa.
In generale, il sistema delle interdittive antimafia, in un'ottica di massima anticipazione della soglia di tutela sociale, stabilisce che in presenza di determinati indici, ritenuti sintomatici della presenza mafiosa nella compagine societaria (i c.d. reati spia di cui all'art. 84 del Codice antimafia), nelle forme del condizionamento o del favoreggiamento, venga precluso al soggetto indiziato di contrattare con la

[14] G. FASANO, *Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia, inserite nuove "voci" dedicate al PNRR* in ntplusdiritto.ilsole24ore.com

ISSN 2036-7821

Pubblica Amministrazione, con conseguente esclusione dalla eventuale procedura di gara.[15]

La funzione della documentazione antimafia non è, dunque, sanzionatoria ma spiccatamente preventiva: l'allontanamento di un'impresa dal mercato degli appalti a seguito di un'interdittiva antimafia non rappresenta una sanzione ma è volta esclusivamente a tutelare la stazione appaltante dal rischio di intrattenere un rapporto con un soggetto economico poco affidabile. Si tratta di un accertamento che non va riconnesso alla sfera del diritto penale: in effetti, in quell'ambito "*questo può condurre a provvedimenti restrittivi delle libertà individuali, nell'ambito del diritto dei contratti pubblici, invece, questo può determinare, al più, la mancata stipulazione del contratto o la caducazione di quello in essere*".[16]

Quanto detto si riflette sui presupposti che stanno alla base di queste misure: non essendo richiesta la rilevanza probatoria tipica del diritto penale, la documentazione antimafia può essere emessa sulla base di elementi di pericolo, come sancito dall'art. 84 del Codice antimafia, attribuendo, perciò, al Prefetto una funzione di polizia e di sicurezza, volta a tutelare in via preventiva l'interesse generale alla legalità nel settore dei contratti pubblici.

3.2. I limiti alla discrezionalità prefettizia

Nella più recente evoluzione della giurisprudenza amministrativa, ancorandosi a quanto sancito dal Consiglio di Stato, si è ritenuto di individuare nell'emanazione della documentazione antimafia riferimenti più puntuali al principio di legalità, in una materia in cui l'esercizio della discrezionalità del Prefetto, seppur ampio, non può sfociare nella sua indeterminatezza o, peggio ancora, nell'arbitrio.

In tale direzione sembra opportuno richiamare quanto statuito dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana che è approdato ad una rigorosa definizione della fattispecie indicata come "*tentativo di infiltrazione mafiosa*", quale nozione tecnica di questa fattispecie e annullando i provvedimenti prefettizi e le consequenziali determinazioni delle stazioni appaltanti.[17]

Quanto alla possibilità di attribuire ad un soggetto la qualifica di "soggetto mafioso" i giudici siciliani hanno progressivamente ridotto la rilevanza del mero rapporto di parentela o affinità con soggetti mafiosi, seguendo l'orientamento del Consiglio di Stato, ancorando tale qualificazione a profili oggettivi di concreta contiguità, che sono gli unici idonei a giustificare l'irrogazione di misure interdittive così gravi come quelle sancite dalla normativa in materia antimafia.

---

[15] G. MANGANO, *Appalti pubblici: prevenzione della corruzione e antimafia. Gli strumenti del diritto amministrativo e lo standard probatorio del procedimento*, in Altalex

[16] F. DI CRISTINA, *L'informativa prefettizia quale presupposto della revoca dell'aggiudicazione*, in Giornale di diritto amministrativo, 2012

[17] Si vedano in tal senso le sentenze del CGARS 29 luglio 2016, n. 247 e 3 agosto 2016, n. 257

ISSN 2036-7821

Ed infatti, secondo quanto sancito dal Consiglio di Stato tale deriva interpretativa incardinata su deduzioni meramente soggettive basate su rapporti di parentela o affinità, determinerebbe l'instaurazione di "*un regime di polizia nel quale la compressione dei diritti dei cittadini finirebbe per dipendere dagli orientamenti culturali e dalle suggestioni ideologiche (quand'anche non dalle idee politiche) dei funzionari o, peggio, degli organi dai quali essi dipendono*". Risultano così accolte le perplessità e le censure articolate da parte della dottrina su un'interpretazione troppo estesa dei limiti della discrezionalità affidata alle prefetture.
Si giunge, dunque, alla conclusione che in materia la decisione dell'Amministrazione procedente, pur se ampiamente discrezionale, non può considerarsi affrancata "*dall'obbligo di fornire motivazioni in merito alle ragioni della scelta. Essendo ben noto che quanto più un potere sia discrezionale tanto più è necessario corredarne l'esercizio con una motivazione che evidenzi come esso non sia debordato in mero arbitrio*", in quanto "*né il puro richiamo all'interesse pubblico appare sufficiente, laddove esso si risolva in una mera tautologia inidonea a spiegare le ragioni oggettive per le quali si ritiene che il pericolo di infiltrazione sussista nonostante non sia stato ravvisato dagli Organi di polizia preposti alla prevenzione e repressione dei reati*".[18]

4. Gli strumenti negoziali: i protocolli di legalità e i patti di integrità

4.1. Le origini, la consacrazione giurisprudenziale e l'evoluzione normativa

In un quadro caratterizzato dalla tensione tra tutela della concorrenza ed esigenze di contrasto alla criminalità organizzata, un ruolo fondamentale è ricoperto dai protocolli di legalità e dai patti di integrità, i quali sono strumenti pattizi, stipulati tra i soggetti coinvolti nella gestione dell'appalto e, in particolare, tra stazioni appaltanti, prefettura e contraenti.
Il carattere peculiari di questi istituti sta nella modalità di adozione, che differisce da quella della documentazione antimafia, che di norma viene imposta dall'ordinamento, in quanto vengono stipulati volontariamente dalle parti. Di norma, le stazioni appaltanti stipulano accordi con le prefetture, impegnandosi a richiedere alle imprese contraenti una serie di requisiti ulteriori rispetto a quelli imposti dalla legge.
L'esperienza dei protocolli di legalità ha origine negli anni Novanta, a partire dall'affermazione del "Patto d'integrità" promosso da *Transparency International Italia* (organizzazione mondiale orientata al contrasto della prevenzione della corruzione, che in Italia è stata fondata nel 1996), che rappresentava uno strumento tramite il

[18] S. RAIMONDI, *L'informativa antimafia interdittiva: profili di costituzionalità*, in www.studioraimondi.it

ISSN 2036-7821

quale le stazioni appaltanti richiedevano il rispetto di una serie di regole alle imprese partecipanti alle gare d'appalto ed imponevano sanzioni in caso di violazioni.
Tale scopo veniva realizzato dotando le amministrazioni di strumenti deterrenti contro l'inquinamento mafioso, ulteriori rispetto ai mezzi legislativi incompleti, spesso inefficaci e lenti. Il patto di integrità è, dunque, un documento immediatamente applicabile, che l'Istituzione o l'Ente locale richiede ai partecipanti alle gare d'appalto che, per questi ultimi, non comporta oneri ma prevede un controllo incrociato e sanzioni nel caso in cui qualcuno dei partecipanti cerchi di eluderlo.
La questione più controversa riguarda la loro validità nella fase antecedente alla stipula del contratto; l'eccezionalità dei patti d'integrità sta proprio nella loro validità come requisiti di partecipazione alla gara ulteriori rispetto a quelli previste dalle leggi. Il Consiglio di Stato, infatti, ha stabilito che la loro violazione rappresenta un'autonoma causa di esclusione dalla gara. In questo senso, il patto d'integrità, prevedendo regole di comportamento già desumibili dalla disciplina positiva relativa alle procedure di evidenza pubblica e dai principi attinenti la materia, configura un sistema di condizioni la cui accettazione costituisce un presupposto necessario per la partecipazione delle imprese alla gara. [19]
L'evoluzione della legislazione antimafia ha condotto al riconoscimento legislativo dei protocolli di legalità nell'art.1, comma 17 della legge n. 190/2012 (c.d. legge anticorruzione).
Il comma 17 dell'art.1, sopra richiamato, prevede che "*le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione della gara*".
Più di recente, il Legislatore con il D.L. n. 76/2020 c.d. semplificazioni è stato introdotto nel codice antimafia all'art. 83-*bis* comma 1 uno strumento pattizio di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici, cioè quello dei protocolli di legalità.
Nello specifico si tratta di impegni assunti su base volontaria dai soggetti coinvolti nella gestione dell'opera pubblica, aventi come scopo quello di rinforzare i vincoli già imposti dalla legislazione antimafia. La violazione dei protocolli in questione determina, per l'impresa inadempiente, l'esclusione dalla gara, la revoca dell'aggiudicazione o la risoluzione del contratto.[20]
I protocolli di legalità coadiuvano i governi nella lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici, garantendo trasparenza nei processi decisionali. Invero, la

[19] Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2006, n. 1053
[20] G. MANGANO, *Appalti pubblici: prevenzione della corruzione e antimafia. Gli strumenti del diritto amministrativo e lo standard probatorio del procedimento,* in Altalex

ISSN 2036-7821

nascita di questi strumenti si ricollega ad un'esigenza di monitorare il territorio, soprattutto in quelle zone in cui il consolidato fenomeno mafioso permette ad organizzazioni già radicate nella zona di appaltare la gestione di intere aree o servizi.[21]

Sulla natura giuridica dei protocolli di legalità si era aperto un contrasto giurisprudenziale: parte della giurisprudenza, li qualificava come atti politici di indirizzo a contenuto programmatico e non vincolante, riconducendoli a documenti privi di qualsiasi conseguenza in caso di inosservanza[22], mentre altra parte sosteneva che i protocolli di legalità fossero degli strumenti convenzionali, vale a dire "*accordi fra pubbliche amministrazioni ex articolo 15, l. n. 241/1990 riguardanti l'attuazione di una corretta ed efficace politica di prevenzione antimafia nel delicato settore degli appalti pubblici, mediante la predisposizione e di strumenti appropriati a contrastare l'inquinamento della criminalità organizzata*".[23]

Occorre, altresì, fare presente che è stata rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione relativa alla compatibilità della disciplina dell'esclusione con il diritto dell'Unione europea "*Ostacolando le attività criminali e distorsioni della concorrenza nel settore degli appalti pubblici, una misura quale l'obbligo di dichiarare la accettazione di un tale protocollo di legalità appare idonea a rafforzare la partita di trattamento e la trasparenza nell'aggiudicazione di appalti*": considerato che tale obbligo incombe su qualsiasi candidato e su ciascun offerente, il principio di non discriminazione non è violato.[24]

La stessa Corte ha rilevato che va riconosciuto agli Stati membri un certo livello di discrezionalità nell'adozione di misure volte a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza e ciò perché il singolo Stato membro si trova nella migliore posizione per individuare le situazioni favorevoli all'insorgere di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio di non discriminazione sopra richiamato.

Anche nel d.lgs. n. 50/2016 il legislatore ha chiarito la funzione dei protocolli di legalità, precisando che si tratta di atti che pongono in capo alle imprese partecipanti alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, l'obbligo di mantenere, durante l'esecuzione del contratto, condotte che garantiscano una tutela anticipata avverso i tentativi di infiltrazione criminale.

Tuttavia, a seguito dell'abrogazione dell'art. 176 del Codice dei contratti pubblici, non è rinvenibile alcuna menzione ai protocolli di legalità. L'esclusione di cui

[21] F. SCHILLIRO' *I protocolli di legalità dalla legge Anticorruzione al Codice dei contratti pubblici. Nascita ed evoluzione di uno strumento che coadiuva i governi nella lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici garantendo trasparenza nei processi decisionali*, in Altalex.

[22] C.G.A.R.S. sent. 19 dicembre 2008, n. 1100

[23] T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 agosto 2006, n. 7849

[24] C.G.U.E., 22 ottobre 2015, C-425/14

ISSN 2036-7821

all'art.1, comma 17, della l. n. 190/2012 non compare nell'elenco delle cause di esclusione degli operatori economici di cui al codice dei contratti pubblici del 2006 e neppure all'art. 80 del codice del 2016.
Tuttavia, tale causa di esclusione è ritenuta legittima ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. 163/2006, nonché dell'art. 83, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016 contenente il c.d. principio di tassatività delle cause di esclusione, ribadito altresì dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di stato n. 9/2014, in cui il collegio ha stabilito che "*la disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano adempimenti doverosi o introducano norme di divieto pur senza prevedere espressamente l'esclusione*".[25]

4.2. La natura giuridica dei protocolli e la compatibilità con la tassatività delle cause di esclusione

Come noto, con l'espressione protocolli di legalità si fa riferimento a quegli accordi con cui le Stazioni appaltanti assumono l'obbligo di inserire nei bandi e negli altri atti di indizione di gare l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole finalizzate a garantire la prevenzione, il controllo ed il contrasto delle attività criminali, nonché volte alla verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro.
La finalità di tali pattuizioni è quella di ampliare e rafforzare l'ambito di operatività delle misure di prevenzione e contrasto al fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata e, più in generale, alle diffuse forme di illegalità nell'ambito degli appalti pubblici[26].
Anche la giurisprudenza ha più volte evidenziato che la sottoscrizione delle clausole inserite nei protocolli di legalità, l'impresa concorrente accetta regole rafforzative di comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza dell'estromissione dalla gara.[27]
L'accettazione del protocollo di legalità da parte dei concorrenti determina un ampliamento degli obblighi facenti capo agli stessi nei confronti della stazione appaltante sia da un punto di vista temporale, in quanto gli impegni assunti dalle imprese rilevano sin dalla fase precedente alla stipula del contratto di appalto; sia

[25] Consiglio di Stato Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9
[26] Si veda in proposito il Protocollo di legalità stipulato tra il Ministero dell'Interno, l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, la Regione Siciliana, le Prefetture di Agrigento, Caltanissetta, Catania, Enna, Messina, Palermo, Ragusa, Siracusa e Trapani, l'INAIL e l'INPS; allo stesso modo si veda il Protocollo di legalità stipulato tra la Prefettura di Viterbo e l'ANAS – Compartimento della Viabilità per il Lazio, finalizzato a garantire una rapida e corretta esecuzione delle opere autostradali o di ogni altro intervento pari o superiore ad Euro 1.500.000,00 da realizzarsi nella provincia di Viterbo
[27] Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657

ISSN 2036-7821

contenutistico, richiedendosi all'impresa un impegno, non solo nella corretta esecuzione del contratto, ma anche al mantenimento di una condotta leale, corretta e trasparente, sottraendosi ad ogni tipo di tentativo di corruzione o condizionamento dell'aggiudicazione del contratto.

Con riferimento al carattere cogente delle clausole contenute all'interno dei protocolli di legalità, nonché agli effetti derivanti dalla mancata accettazione o violazione delle prescrizioni ivi contenute, rileva l'art. 17 della legge n. 190/2012, ai sensi della quale "*le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione della gara*".

A tale previsione, con l'obiettivo di intensificare l'effettività della tutela della legalità nel settore degli appalti pubblici, ponendolo al riparo da penetrazioni mafiose, si è affiancato l'art. 83-*bis* del d.lgs. n. 159/2011, introdotto dall'art. 3, comma 7 del d.l. n. 76/2020, convertito con legge n. 120/2020, il quale, al comma 3, stabilisce che "*Le stazioni appaltanti prevedono negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto*".

La previsione di cui all'art. 1, comma 17, della legge 190/2012, relativa alla possibilità per le stazioni appaltanti di inserire nella *lex specialis* di gara clausole di esclusione a fronte del mancato rispetto o accettazione di regole contenute nei protocolli di legalità, si è in contrasto con un altro principio generale in materia di appalti, cioè il principio di tassatività delle cause di esclusione, con riferimento al quale, la giurisprudenza comunitaria ha costantemente sostenuto che lo stesso è espressione del principio del "*favor partecipationis*" e, data l'incidenza sul principio di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., le cause di esclusione dalle gare sono quelle "normative", in quanto previste dalla specifica disciplina in materia di appalti pubblici o da altre disposizioni, senza possibilità di estensione analogica.[28]

4.3. I profili di coordinamento con la documentazione antimafia

I protocolli di legalità sono strumenti convenzionali che estendono alcune misure di controllo previste dalla legislazione antimafia. Come già fatto presente, il riferimento normativo relativo a tale strumento preventivo si rinviene all'art. 1 della legge n. 190/2012, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

Il protocollo di legalità quindi trova origine nell'ordinamento nazionale con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica e tale istituto si caratterizza per mutuare diversi istituti tipici del diritto civile, quali accordi, convenzioni ovvero

[28] C.G.U.E., 22 ottobre 2015, C-425/14

ISSN 2036-7821

intese, con la finalità di regolare ampi settori di competenza della pubblica amministrazione.[29]

L'inserimento dei protocolli di legalità nel sistema della documentazione antimafia è considerata una peculiare criticità, in particolare per i protocolli promossi dalle associazioni industriali. Il protocollo di legalità è uno strumento privatistico: colui che non lo sottoscrive sfugge alle sue previsioni, tra cui l'obbligo di soggiacere a richieste informative antimafia, quindi nei rapporti tra privati l'azienda non può essere destinataria dell'interdittiva.

Circa la natura giuridica di tale provvedimento, infatti, risulta ancora aperto e attuale un dibattito che vede contrapporsi due orientamenti. Secondo un primo orientamento, tali protocolli si qualificano come atti politici, non amministrativi, in capo alla pubblica amministrazione con valore di atti programmatici inidonei a vincolare le amministrazioni nell'esercizio della loro attività istituzionale.

Un diverso orientamento ritiene tali atti come riconducibili alla categoria degli accordi tra amministrazioni pubbliche, di cui all'art. 15 della legge n. 241/1990. In tal senso, ha ad oggetto lo svolgimento in collaborazione di un'attività di interesse comune, cioè la prevenzione della corruzione.[30] Ciò riconosce una natura cogente dei protocolli-accordi, ma appare necessario rilevare che l'autonomia del privato di accettare o meno le clausole in essi contenute appare sostanzialmente condizionata dalla volontà unilaterale della pubblica amministrazione.

Anche gli orientamenti giurisprudenziali non sono univoci sulla tematica del legittimo utilizzo dei protocolli di legalità nelle procedure ad evidenza pubblica, incentrando il dibattito sulla possibile funzione di anticipazione degli effetti interdittivi connessi a fatti penalmente rilevanti svolta dai protocolli di legalità nelle gare d'appalto.

Secondo un primo orientamento, l'utilizzo di tale strumento è da considerarsi illegittimo con riferimento all'informazione antimafia *ex* art. 91 del D.lgs. 159/2011. La disposizione prevede che le stazioni appaltanti devono acquisire l'informazione antimafia prima della stipula di contratti e subcontratti con un determinato valore economico. Da quanto detto si fa derivare l'illegittimità del relativo protocollo poiché compete solo al legislatore la previsione dei valori contrattuali predeterminati e non all'autonomia negoziale.

Un diverso orientamento giurisprudenziale ritiene che tali strumenti sono legittimi in quanto comportano un rafforzamento degli obblighi già esistenti nell'ordinamento nazionale. I protocolli di legalità sono anche stati annoverati tra le *best practices*

[29] G. FERRARI, *Il c.d. protocollo di legalità nell'affidamento degli appalti pubblici*, in Giornale di diritto amministrativo, 2011

[30] Consiglio di Stato, Sez. III, 27 settembre 2018, n. 5547

ISSN 2036-7821

dell'OCSE negli appalti in quanto si tratta di strumenti idonei ad aumentare la trasparenza e l'integrità delle procedure ad evidenza pubblica.[31]

5. Le white list

5.1. Origine e sviluppo dell'istituto

La diffusione dei protocolli di legalità ha contribuito allo sviluppo dell'altro istituto posto alla base del *rating*: le cc.dd. *white list*, ossia gli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a misure di prevenzione di cui all'art. 67, comma 4, del d.lgs. 159/2011 né a tentativi di infiltrazioni mafiose. Le sue origini vanno rintracciate nel Protocollo di legalità stipulato tra il Ministero dell'Interno e Confindustria il 10 maggio 2010, nonché nella disciplina posta da alcuni decreti emanati tra il 2009 e il 2012.

Partendo dal suddetto protocollo, occorre specificare che questo prevede un doppio livello di adesione: quello da parte delle Associazioni territoriali e/o di categoria di Confindustria e quello delle singole imprese associate. Queste ultime si impegnano a predisporre un elenco di partner commerciali particolarmente qualificati non solo dal punto di vista tecnico e finanziario, ma anche etico: le cosiddette *vendors' list*. In tali elenchi vengono ricompresi tutti gli operatori economici dai quali le imprese aderenti al Protocollo acquistano beni e servizi di valore superiore a 10.000 Euro.

Affinché un operatore economico possa offrire tali prestazioni, e di conseguenza essere inserito nelle *vendors' list*, non deve obbligatoriamente entrare a far parte dei soggetti firmatari dell'accordo, essendo sufficiente a tal fine il rispetto di alcune clausole previste dal Protocollo e dalle relative linee guida. La controparte contrattuale dell'impresa aderente al Protocollo, infatti, deve necessariamente impegnarsi a consegnare la documentazione antimafia richiesta, ad attestare la propria regolarità contributiva e fiscal, ed a comunicare le eventuali variazioni intervenute. È tenuta ad osservare le norme in materia di salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro, a consentire la tracciabilità dei flussi finanziari derivanti dall'esecuzione del contratto ed a denunciare i fenomeni estorsivi.

Inoltre, nell'ambito dei contratti pubblici, e cioè quando l'impresa aderente al Protocollo è nelle vesti di stazione appaltante, deve acquisire la sua preventiva approvazione prima di stipulare eventuali subcontratti.[32]

L'osservanza di tutti questi vincoli rende particolarmente affidabili gli operatori economici che, pur non prendendo parte al Protocollo, entrano in contatto con le imprese che lo hanno stipulato. I loro dati, pertanto, vengono prima inseriti nelle

[31] Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OECD), Recommendation on Public Procurement, 2015, in http://www.oecd.org/gov/public procurement/recommendation.

[32] Protocollo di legalità stipulato tra il Ministero dell'Interno e Confindustria il 10 maggio 2010.

ISSN 2036-7821

vendors' list di ciascuna impresa aderente, e poi fatti confluire in un elenco unico dei fornitori pubblicato sul sito di Confindustria.
Nel disciplinare tale elenco, il Documento per la commissione della legalità, relativo al Protocollo di cui sopra, richiama le *white list* prefettizie istituite dal d.l. 13 maggio 2011 n. 70. In particolare, stabilisce che un'impresa aderente al Protocollo che voglia concludere un contratto con un operatore economico presente in una *white list* prefettizia sia esonerata dall'obbligo di richiedere la documentazione antimafia: si tratterebbe di un adempimento superfluo, dato che per iscriversi a tali elenchi, gli operatori economici si sono già sottoposti con successo alle verifiche antimafia.
Le *white list* nascono dapprima con il decreto legge 28 aprile 2009, n. 39, convertito con modificazioni dalla legge 24 giugno 2009, n. 77, emanato nell'ambito degli interventi per la ricostruzione delle zone abruzzesi colpite dal terremoto del 2009. L'origine di tale istituto va ricercata nell'art. 16, comma 5, del decreto citato, laddove dispone che "*per l'efficacia dei controlli antimafia nei contratti pubblici (e nei successivi subappalti e subcontratti) aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture e nelle erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche* […] *è prevista la costituzione, presso il prefetto territorialmente competente, di elenchi di fornitori e prestatori di servizi, non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, cui possono rivolgersi gli esecutori dei lavori oggetto del presente decreto*". Nell'ottica di tale norma, le *white list* sono delle liste di soggetti economici di comprovata affidabilità a cui possono fare riferimento i contraenti della pubblica amministrazione qualora vogliano subappaltare parte della prestazione che devono eseguire.
La disciplina relativa alla costituzione, all'iscrizione e alla revisione periodica di tali elenchi è stata dettata dal d.P.C.M. 18 ottobre 2011.
Va evidenziato che l'iscrizione agli elenchi è, in ogni caso, volontaria e subordinata al previo compimento delle stesse verifiche antimafia a cui bisogna essere sottoposti per potere partecipare agli appalti di valore superiore alle soglie comunitarie. In altre parole, occorre dimostrare alla prefettura che svolge i controlli, non solo di non avere subito i provvedimenti giudiziari di cui all'art. 67 del d.lgs. 159/2011, ma anche di non essere soggetti al rischio di inquinamento mafioso. A fronte di tali oneri, le imprese iscritte acquisiscono una sorta di "patente di legalità", entrando nel novero delle imprese cui i contraenti della pubblica amministrazione dovrebbero preferibilmente interfacciarsi al fine di selezionare i propri subappaltatori.

5.2. L'iscrizione alle white list tra volontarietà formale ed obbligatorietà sostanziale

Va subito detto che, dal punto di vista della normativa vigente, l'iscrizione alle *white list* ha carattere facoltativo. La natura volontaria dell'iscrizione è infatti

ISSN 2036-7821

esplicitamente indicata dall'art. 2, comma del DPCM attuativo della legge anticorruzione.
Infatti, i commi 52 e seguenti dell'art. 1 della legge 190/2012 non contengono alcuna indicazione esplicita in tal senso. Per cui, nel silenzio del legislatore, nulla avrebbe impedito di emanare un provvedimento attuativo che sancisse il carattere obbligatorio dell'iscrizione.
Occorre, però, rilevare che appariva difficile ipotizzare che la scelta dell'obbligatorietà, in quanto comunque limitativa dell'attività imprenditoriale, potesse trovare spazio in un atto di normazione secondaria, per cui si è ritenuto che la soluzione più corretta dovesse ritenersi quella che opta per la facoltatività dell'iscrizione.
Questione diversa è se il carattere obbligatorio dell'iscrizione possa essere introdotto attraverso una disposizione legislativa. A questa possibilità vengono generalmente mosse due tipi di obiezioni, fondate su vincoli derivanti da un lato dall'ordinamento costituzionale e dall'altro da quello comunitario.
Sotto il profilo costituzionale, la norma che viene in rilievo è l'art. 41, il quale garantisce la libera iniziativa economica privata, la quale verrebbe automaticamente limitata a fronte di una lettura nel senso dell'obbligatorietà dell'iscrizione in *white list*.
Quanto alla compatibilità con l'ordinamento comunitario, questa viene messa in discussione in base alla disciplina che quest'ultimo detta in materia di requisiti generali di partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. l'obiezione sollevata riguarda il fatto che la richiesta di un certificato, destinato ad essere utilizzato di volta in volta in relazione ad un determinato procedimento e su specifica richiesta del soggetto interessato, sarebbe cosa bene diversa dall'iscrizione in un elenco pubblicamente consultabile.
L'iscrizione obbligatoria agli elenchi determinerebbe l'introduzione di una modalità di accertamento di un requisito soggettivo non prevista dal diritto comunitario e con esso incompatibile.
Ebbene, l'evoluzione verso un sistema ad iscrizione obbligatoria si è realizzata con l'emanazione del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114. Tale intervento, infatti, ha riformato la legge 190/2012, rendendo obbligatoria la consultazione delle *white list* per affidare contratti pubblici nelle attività maggiormente esposte all'inquadramento mafioso.
Tale obbligo risulta ulteriormente rafforzato dalla disciplina transitoria di cui all'art. 29, comma 2 del d.l. 90/2014, secondo cui, nel periodo di prima applicazione, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti pubblici relativi alle attività particolarmente esposte a condizionamenti mafiosi, previo accertamento dell'avvenuta presentazione della domanda di iscrizione nell'elenco.

ISSN 2036-7821

Coloro i quali si pongono a sostegno della tesi dell'obbligatorietà dell'iscrizione in *white list* hanno evidenziato come, nelle esperienze pregresse in cui l'iscrizione si era ritenuta meramente facoltativa, si è verificato un sostanziale fallimento dell'istituto.
Ciò in quanto gli operatori hanno percepito lo strumento come scarsamente utile e come fonte esclusiva di complicazioni ed ulteriori adempimenti.
Tuttavia, l'ANAC, in un recente comunicato del Presidente Giuseppe Busia del 17 gennaio 2023, ha chiarito che l'imprenditore è tenuto a richiedere l'iscrizione in *white list* a fronte di un bando di gara che prevede affidamenti di attività anche solo parzialmente riconducibili a quelle a rischio infiltrazioni mafiose e, dall'altro lato, un obbligo della stazione appaltante di accertare che l'impresa partecipante alla gara risulti iscritta alla lista.[33]
Tale requisito deve essere posseduto al momento della partecipazione alla procedura di gara e la mancata iscrizione, ovvero la mancata dichiarazione di avere presentato idonea domanda di iscrizione, determina l'inammissibilità dell'impresa e la sua immediata esclusione dalla gara. In particolare, ha precisato che si tratta di un requisito a presidio di diritti e principi di ordine costituzionale, come la salvaguardia dell'ordine pubblico, della concorrenza e del buon andamento della pubblica amministrazione, non potendo essere derogato dalla stazione appaltante nell'elaborazione dei documenti di gara.

5.3. Le attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa

È la legge c.d. Severino, la n. 190/2012, a definire le attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa; in particolare, si tratta di: estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; noli a freddo di macchinari; fornitura di ferro lavorato; noli a caldo; autotrasporti per conto di terzi; guardiania dei cantieri, servizi funerari e cimiteriali; ristorazione, gestione delle mense e catering; servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, e le attività di risanamento e bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti.
Alla luce dell'art. 1, comma 54, della stessa legge 190/2012, l'elenco individuato non può considerarsi né chiuso, né tantomeno definitivo. Stabilisce infatti che "*L'indicazione delle attività di cui al comma 53 può essere aggiornata, entro il 31 dicembre di ogni anno, con apposito decreto del Ministro dell'interno, adottato di concerto con i Ministri della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, da rendere entro trenta giorni dalla data di trasmissione del relativo schema alle Camere. Qualora le Commissioni non si pronuncino entro il termine, il decreto può essere comunque adottato*".

[33] Comunicato del Presidente ANAC del 17 gennaio 2023

ISSN 2036-7821

Ed infatti, alla luce del dettato normativo, un decreto del Ministero dell'interno potrebbe anche eliminare una o più voci dall'elenco delle attività considerate maggiormente a rischio di inquinamento mafioso dal comma 53. Questa interpretazione, d'altronde, è coerente con la previsione per cui l'adozione del decreto in questione è subordinata ad un procedimento speciale, che vede coinvolte, oltre ai ministeri di cui s'è detto, anche le commissioni parlamentari: infatti, l'emanazione del loro parere, in modo analogo al procedimento di formazione dei decreti legislativi, potrebbe conferire al decreto del Ministro dell'interno quel *quid* di legittimazione necessario a intervenire su una disciplina di rango legislativo.
Con riferimento a tali attività ritenute a maggior rischio di infiltrazione mafiosa, anche la giurisprudenza si è pronunciata nel senso di un'obbligatorietà dell'iscrizione in *white list*, ritenendo, al contrario che, per tutte quelle attività che non risultano enucleate nell'elencazione di cui all'art. 1, comma 53 della legge 190/2012, l'iscrizione si debba ritenere facoltativa.[34]

5.4. Il dialogo tra imprese e prefetture: il procedimento di iscrizione e l'onere collaborativo

La peculiarità delle *white list* nell'ambito del complesso della normativa sulla tutela preventiva della legalità negli appalti pubblici non può essere compresa senza prima soffermarsi sul rapporto che si instaura tra imprese e pubblica amministrazione.
Infatti, questo sistema si basa su di una sorta di "patto di fiducia" tra gli operatori economici e le prefetture, con i primi che si iscrivono agli elenchi per attestare, in un momento antecedente a qualsiasi gara d'appalto, la propria estraneità ad ogni tipo di condizionamento mafioso; le prefetture, invece, decidono di dare fiducia a tali soggetti per un periodo di dodici mesi, lasciandoli nel novero delle imprese già abilitate dall'ordinamento a contrarre con la pubblica amministrazione.
Tutto questo salvo eccezioni, dovute al fatto che un'impresa possa essere cancellata dalle *white list* prima della scadenza della sua iscrizione, a causa della comprovata perdita delle condizioni necessarie, o a fronte della verifica condotta dal prefetto dopo le modifiche dell'assetto proprietario ovvero degli organi dell'impresa; oppure a fronte delle medesime verifiche del prefetto, svolte in qualsiasi momento, anche a campione.
Come si è visto, affinché il procedimento di iscrizione vada a buon fine devono sussistere le stesse condizioni volte a ottenere un'informazione antimafia liberatoria. Anche la sequenza degli adempimenti prefettizi sembra ricalcare quella preordinata all'adozione di quel tipo di provvedimento.
Infatti, ai sensi dell'art. 3 del D.P.C.M. 18 aprile 2013, art. 3, l'iscrizione è disposta dalla prefettura competente, che deve innanzitutto ricorrere alla banca dati nazionali

[34] T.A.R. Lazio, sent. 19 dicembre 2020 n. 484

ISSN 2036-7821

unica, dalla cui consultazione deve risultare la possibilità di rilasciare all'impresa l'informazione antimafia liberatoria al fine di poter procedere alla registrazione dell'impresa. Se, invece, l'impresa non è tra i soggetti ivi censiti, oppure gli accertamenti antimafia ad essa relativi sono stati effettuati oltre un anno prima, o dalla sua consultazione emerge l'esistenza di una causa ostativa al rilascio di detta informativa, la prefettura competente sottopone alle verifiche necessarie l'impresa che ha richiesto l'iscrizione. Questi controlli possono avere esito liberatorio, consentendo al prefetto di procedere all'iscrizione dell'impresa e concludendo, quindi, il procedimento nel termine di novanta giorni dalla data di ricevimento dell'istanza di iscrizione; oppure esito interdittivo, nel qual caso la prefettura adotta un provvedimento di diniego dell'iscrizione.
Da una lettura superficiale di questa norma si potrebbe ritenere che il procedimento di iscrizione alla *white list* sia equivalente a quello per ottenere un'informativa liberatoria. Tuttavia, guardando più da vicino, si tratta di due procedimenti con natura giuridica differente, in quanto quello per ottenere un'informativa liberatoria costituisce un sub procedimento nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, avente ad oggetto l'affidamento di un contratto pubblico, con natura certificativa.
Il procedimento di iscrizione alle *white list* si caratterizza invece per una natura concessoria, in quanto costituisce un procedimento autonomo, finalizzato a conferire uno *status*, cioè quello di un'impresa affidabile dal punto di vista dei requisiti antimafia.
Altro elemento che caratterizza il dialogo tra imprese ed amministrazione prefettizia è costituito dall'onere di collaborazione che le imprese devono assumersi nei confronti del prefetto.
Infatti, ai sensi dell'art. 1, comma 55 "*l'impresa iscritta nell'elenco di cui al comma 52 comunica alla prefettura competente qualsiasi modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali, entro trenta giorni dalla data della modifica*". A seguito di tale comunicazione, spetta al prefetto verificare se, nonostante le modifiche dell'assetto societario, permangano le condizioni che avevano portato all'iscrizione dell'impresa in questione e, qualora ne rilevi la mancanza, deve procedere alla cancellazione dell'impresa dall'elenco.

6. Conclusioni

A chiusura della trattazione non si può non richiamare la nuova disciplina, introdotta con il d.lgs. n. 36/2023, recante il nuovo codice dei contratti pubblici, che all'art. 109, rubricato "*Reputazione dell'impresa*", istituisce presso l'ANAC un sistema digitale di monitoraggio delle imprese tramite degli indicatori, inserito all'interno del fascicolo virtuale dell'operatore economico, volto a valutare l'affidabilità

ISSN 2036-7821

dell'impresa in fase di esecuzione del contratto, il rispetto della legalità, nonché l'impegno sul piano sociale.
L'art. 109 determina una sintesi di quelli che sono i requisiti che stanno alla base del sistema del *rating* di legalità, rendendoli un elemento in base al quale stimare la reputazione dell'impresa, sia nel mercato, sia nel contesto sociale in cui la stessa opera.
L'art. 222 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici stabilisce che "*la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici sono attribuiti, nei limiti di quanto stabilito dal codice, all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione*".
Occorre ricordare che il compito di lottare contro la corruzione è stato introdotto soltanto nel 2014 con il Decreto Legge n. 90, quando l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici è stata fusa per incorporazione nella Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche istituita dal D.lgs. 159/2009 ed individuata dalla Legge c.d. Severino del 2012 come Autorità Anticorruzione.
Si è in tal modo dato vita ad una complessa organizzazione che ricopre tre pilastri del settore pubblico: contratti, anticorruzione e trasparenza.
Inoltre, a causa di un discutibile riparto di poteri, l'Autorità ha perso la gestione del sistema di *performance* situato presso il Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.
Con la riforma posta in essere con l'introduzione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici di cui al d.lgs. 36/2023 risulta evidente che il potere legislativo secondario dell'Anac viene cancellato, confermando la legge già operata con il D.L. 32/2019, c.d. sblocca cantieri, di sostituire il sistema delle linee guida con un unico regolamento governativo, il quale prenderà il posto anche di ciascun allegato di cui si compone il nuovo codice.
Con riferimento al potere di vigilanza di Anac, è stabilito che a questa spetti la possibilità di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie per le violazioni accertate entro il limite minimo di euro 500,00 e massimo di euro 50.000,00. In particolare, tali sanzioni concernono i seguenti settori:

- corretta esecuzione dei contratti pubblici;
- sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori;
- qualificazione delle stazioni appaltanti;
- digitalizzazione del sistema dei contratti pubblici;
- nonché tutti gli altri casi previsti dal codice.

La mera indicazione dei settori sanzionabili può comunque determinare l'insorgenza di dubbi circa l'indeterminatezza della condotta sanzionabile, nonché sui destinatari

ISSN 2036-7821

di tali sanzioni. In particolare, ci si potrebbe chiedere se i destinatari di tali sanzioni siano solo le stazioni appaltanti o anche gli operatori economici.
La valorizzazione del *rating* di legalità e l'istituzione del *rating* di impresa costituiscono senza dubbio due delle più importanti novità istituite a partire dal Codice dei contratti pubblici del 2016 nel mondo della contrattualistica pubblica.
La conclusione cui è possibile giungere riguarda, infatti, l'invasività dei tradizionali sistemi di prevenzione della criminalità rispetto al mercato degli appalti pubblici, in quanto, esaminando la documentazione antimafia quale requisito generale di ammissione alle gare alla luce della prassi e della giurisprudenza sviluppatesi sul tema, è stato possibile dedurre che un'impresa possa essere esclusa da una procedura di affidamento non soltanto in presenza di provvedimenti giudiziari a carico, ma anche quando venga accertata dal Prefetto la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Con il nuovo codice è stato, in forza di quanto detto sopra, evidentemente rafforzato il ruolo di ANAC.

ISSN 2036-7821