

L'ANAC fornisce chiarimenti in tema di "interdittive antimafia"

20 Febbraio 2020

L'Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC ha pubblicato in data 4 febbraio 2020 **la Rassegna ragionata degli atti dell'Autorità** in tema di riflessi dell'interdittiva antimafia sulla partecipazione alle gare e sull'esecuzione dei contratti pubblici.

Il documento non assume la forma propria delle linee guida, ma è pensato per rispondere ai dubbi più comuni in tema di esclusione dalle gare e risoluzione dei contratti derivanti dall'applicazione delle norme antimafia agli appalti pubblici. Segnatamente, oltre a richiamare le disposizioni principali in materia, contiene riferimenti ad atti pubblicati dall'Autorità (comunicati, segnalazioni, pareri e delibere) nel periodo 2015 - 2019 sui seguenti argomenti:

- obblighi dichiarativi dei concorrenti
- affidamento del contratto
- documenti di gara e stipula del contratto
- iscrizione nelle *white list*
- sorte del contratto in corso di esecuzione
- l'annotazione dell'interdittiva nel casellario informatico

Le disposizioni principali attorno alle quali si snoda l'iter argomentativo dell'Autorità sono l'articolo 80, comma 2 e l'articolo 108, comma 2 del Codice dei contratti, attraverso i quali il legislatore ha attuato un importante raccordo tra gli strumenti di controllo antimafia e gli appalti pubblici, sia con riferimento alla fase della partecipazione alle gare, che in relazione alla fase dell'esecuzione del contratto.

Infatti, **l'art. 80, comma 2** del Codice prevede che *"Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159"*.

Tale norma, quindi, inserisce gli strumenti di controllo antimafia (contenuti nel d.lgs. n. 159/2011 - c.d. Codice antimafia) nell'ambito della contrattualistica pubblica, interdicendo agli operatori economici la possibilità di partecipare alle gare - e quindi di contrarre con la P.A. - qualora dalla documentazione antimafia emergano elementi tali da far sospettare possibili ingerenze della criminalità organizzata di stampo mafioso, in base alla regola causale del "più probabile che non".

Per quanto riguarda, inoltre, la fase di esecuzione dei lavori, il coordinamento tra disciplina antimafia e normativa appaltistica è garantito dall'art. 108, comma 2 del Codice, ai sensi del quale le stazioni appaltanti sono tenute a risolvere il contratto qualora, durante il periodo di efficacia dello stesso, sia intervenuto un provvedimento definitivo che disponga l'applicazione di una o più misure di prevenzione, inerenti alla disciplina sull'antimafia.

Si riporta, di seguito, una sintesi dei principali profili analizzati dall'Autorità nella rassegna.

Obblighi dichiarativi di cui all'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016

Per quanto concerne gli obblighi dichiarativi gravanti in capo ai concorrenti, ai sensi dell'art. 80, comma 2 del Codice Appalti, l'Autorità ha ricordato che, con l'atto di segnalazione n. 5 del 12.12.2018, aveva evidenziato l'opportunità di introdurre un allineamento tra Codice Appalti e Codice Antimafia, nell'individuazione dell'ambito soggettivo dei controlli da attuare nelle società di capitali.

Infatti, mentre il primo Codice, faceva riferimento alla necessità di dichiarare l'assenza di interdittive antimafia in capo al socio di maggioranza nel caso di **società con meno di 4 soci** (art. 80, comma 3 Codice Appalti), il secondo prevede che tale verifica vada effettuata sul socio di maggioranza in caso di **società con un numero di soci pari o inferiore a 4** (art. 85, comma 2, lett. c) Codice Antimafia).

La diversa formulazione delle norme risultava, infatti, ambigua, ponendo il dubbio che, ai fini della partecipazione alle gare, il controllo sul socio di maggioranza dovesse essere effettuato soltanto nel caso di società fino a 3 soci, e non anche nel caso di un numero di soci pari a 4.

Si ricorda, peraltro, che il problema è stato superato con il Decreto cd. "Sblocca Cantieri" (DL 32/2019), che ha modificato l'indicazione contenuta nell'articolo 80, comma 3 del Codice Appalti, facendo chiaramente riferimento "*alle società con un numero di soci pari o inferiore a 4*".

Inoltre, l'ANAC ricorda quanto affermato con deliberazione n. 99 del 20.02.2018, e cioè che, sulla base di un'interpretazione sostanzialistica dell'art. 80, comma 3 del Codice Appalti, non è richiesta una duplice dichiarazione di assenza dei motivi di esclusione in relazione alla medesima persona fisica, anche qualora essa rivesta molteplici cariche direttive all'interno dell'impresa partecipante.

Sempre in tema di obblighi dichiarativi, infine, viene ricordato che l'obbligo di dichiarare l'insussistenza di motivi di esclusione per i soggetti sottoposti alla verifica antimafia (ex artt. 80, comma 2) non implica la necessità di specificare anche il nominativo degli stessi, in quanto tale verifica è differita ad un momento successivo rispetto a quello di ammissione dei concorrenti (cfr. deliberazione n. 1127 del 5.12.2018).

Affidamento, esecuzione dei contratti pubblici e interdittiva antimafia

L'Autorità ritiene opportuno ricordare, in via preliminare, che l'accertamento sulla insussistenza di fenomeni mafiosi in capo ai concorrenti alle gare, è contemplata sia nel comma 1 che nel comma 2 dell'articolo 80 del Codice Appalti.

Si tratta, tuttavia, di disposizioni che hanno presupposti sostanzialmente differenti e che, pertanto, riguardano cause di esclusione tra loro non sovrapponibili.

Infatti, il comma 1 vieta la partecipazione nel caso in cui l'autorità giudiziaria abbia accertato, con sentenza definitiva o decreto penale divenuto irrevocabile o sentenza di patteggiamento, la presenza di fatti delittuosi afferenti l'associazione di stampo mafioso.

Per il secondo comma, invece, ai fini dell'esclusione è sufficiente una considerazione unitaria degli elementi di fatto che, valutati nel loro complesso, possano costituire un'ipotesi ragionevole e probabile di permeabilità della singola impresa ad ingerenze della criminalità organizzata di stampo mafioso, sulla base, come detto, della regola causale del "**più probabile che non**", integrata da dati di comune esperienza.

Per quanto concerne i RTI, inoltre, l'Autorità ha specificato che l'efficacia preclusiva

dell'interdittiva conosce dei **temperamenti**, in considerazione del fatto che tale provvedimento potrebbe colpire solo uno degli operatori riuniti e non anche l'intero raggruppamento.

In particolare, si evidenziano due deroghe importanti alla regola generale sancita all'art. 94, commi 1 e 2 del Codice antimafia, che pone il divieto di stipulare contratti e l'obbligo di recedere o revocare quelli già stipulati in capo alle P.A., qualora dalle informazioni del Prefetto emerga la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto ovvero tentativi di infiltrazione mafiosa.

La prima è contenuta all'art. 95, comma 1 del Codice antimafia, in virtù del quale nel caso in cui l'aggiudicatario sia un raggruppamento e l'informazione antimafia interdittiva riguardi la sola mandante, il contratto può essere stipulato ed eseguito dal citato raggruppamento, purché l'impresa interdetta ne sia estromessa o venga sostituita. Peraltro, previsione di contenuto analogo è presente anche nell'articolo 48, comma 18 del Codice Appalti, ai sensi del quale, nell'ipotesi descritta, il mandatarario, ove non indichi altra mandante subentrante, deve proseguire l'esecuzione a mezzo degli altri mandanti, purché muniti di adeguati requisiti di qualificazione.

La seconda deroga è all'interno dell'art. 48, comma 17 del Codice degli appalti, ai sensi del quale, se l'interdittiva colpisce l'impresa mandataria nel corso di esecuzione del contratto la stazione appaltante può, in alternativa all'esercizio della facoltà di recesso, proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatarario nei modi normativamente previsti, purché abbia i requisiti di qualificazione necessari (cfr. parere ANAC AG 68/15/AC del 21.5.2015).

Stando a quanto affermato dall'ANAC, dal combinato delle due deroghe citate emergerebbe che, mentre l'impresa mandante può sempre essere sostituita da altra impresa del RTI, la possibilità di sostituzione della mandataria, discende da una scelta discrezionale della stazione appaltante, trovando la propria giustificazione nell'interesse di quest'ultima alla continuazione dell'appalto già affidato (cfr. delibera n. 334 del 23.3.2016).

Sempre in tema di deroga al principio generale di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, l'ANAC ricorda la delibera n. 831 del 27.7.2017, con la quale ha ritenuto che la stazione appaltante non avesse la facoltà di disporre la riammissione alla gara di una mandante all'interno di un RTI, in quanto definitivamente estromessa da quest'ultimo, nonostante l'intervenuta revoca della misura interdittiva antimafia. Infatti, stante la natura privatistica dell'accordo negoziale alla base della costituzione dei raggruppamenti di imprese, la stazione appaltante non potrebbe imporre alla mandataria del RTI di reintegrare la mandante legittimamente estromessa, indipendentemente dal suo consenso.

Documenti di gara e stipula del contratto

Passando all'esame dei documenti di gara, nella Nota illustrativa che accompagna il Bando-tipo n. 1 (approvato con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017), l'Autorità ha dato atto di aver ivi inserito una serie di previsioni funzionali ad aumentare il livello di trasparenza delle procedure e a prevenire fenomeni di illegalità e corruzione negli appalti pubblici, tenendo conto sia delle novelle legislative sul punto, sia delle migliori pratiche amministrative osservate. In questo senso sono contemplati, unitamente ai controlli antimafia prima della stipula del contratto: i protocolli di legalità (integrabili mediante apposita dichiarazione di accettazione), le misure di incompatibilità per i dipendenti dopo la cessazione del rapporto di pubblico impiego e l'utilizzo delle white list.

Sul punto, l'ANAC ha altresì ricordato che, in base all'art. 88 del Codice antimafia, il Prefetto rilascia la comunicazione antimafia entro trenta giorni e che decorso tale termine è possibile procedere alla stipula del contratto anche in assenza della comunicazione, previa acquisizione dell'autocertificazione da parte dell'aggiudicatario, prevedendo nel contratto apposita condizione risolutiva nel caso in cui dovesse emergere una comunicazione interdittiva a carico di

quest'ultimo (delibera n. 329 del 28.3.2018).

Requisito dell'iscrizione nelle *white list*

In merito all'iscrizione nell'elenco degli operatori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa nei settori economici maggiormente esposti a rischio (espressamente individuati al comma 53 dell'art. 1, l. n. 190/2012 - c.d. "Legge anticorruzione"), l'Autorità ha evidenziato che, sebbene la norma non lo contempli espressamente, sussiste un obbligo indiretto di iscrizione nelle *white list* per gli operatori economici impegnati nei suddetti settori, in quanto **tale iscrizione risulta essere di fatto una condizione necessaria per effettuare la verifica antimafia e ricevere, conseguentemente, l'affidamento dei relativi contratti** (cfr. delibere nn. 1071 e 1072 del 14.11.2018).

Inoltre, è stato, altresì, osservato che l'impresa interessata a partecipare ad una gara per l'affidamento di un contratto pubblico, laddove, pur avendo presentato domanda di iscrizione in *white list*, non risulti ancora iscritta per causa ad essa non imputabile, non può essere pregiudicata dalla mancata conclusione della relativa procedura di iscrizione (cfr. delibera n. 1297 del 12.12.2017).

Inoltre, la mancata allegazione in sede di presentazione dell'offerta dell'iscrizione nelle *white list*, seppure richiesta dal bando di gara, non determina l'esclusione automatica del concorrente, a condizione che questa sia stata debitamente menzionata nel DGUE firmato digitalmente. In tali casi, l'Autorità ha ritenuto che si debba offrire al concorrente la possibilità di sanare tale carenza documentale mediante soccorso istruttorio (cfr. delibera n. 48 del 29.5.2019).

Sorte dei contratti in corso di esecuzione

L'avvenuta "interdittiva antimafia" determina un'incapacità giuridica *ex lege* ad essere titolare di rapporti giuridici con la pubblica amministrazione.

In ossequio ai principi espressi dall'eggesi giurisprudenziale della disciplina in materia, l'ANAC ha affermato che, in presenza di un'informazione antimafia interdittiva, le stazioni appaltanti devono di norma procedere alla revoca dell'aggiudicazione o, se la stipula del contratto è già intervenuta, alla sua risoluzione in virtù di quanto previsto all'art. 94, commi 1 e 2, del Codice antimafia (cfr. parere AG 68/15/AC del 21.5.2015).

Tale regola generale conosce, tuttavia, alcune **eccezioni**.

La prima è prevista dallo stesso codice antimafia, segnatamente all'art. 94, comma 3, in virtù del quale le stazioni appaltanti non procedono alla revoca o al recesso dal contratto 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 seconda eccezione è prevista dall'art. 80, comma 2, del Codice degli appalti, che, facendo salvo quanto previsto dall'art. 34-*bis*, commi 6 e 7 del Codice antimafia, stabilisce la sospensione degli effetti dell'interdittiva nei confronti dell'impresa che abbia di propria iniziativa richiesto e poi ottenuto la misura del controllo giudiziario.

La terza eccezione è prevista dalla disposizione contenuta nell'art. 32, comma 10 d.l. 90/2014, che consente all'impresa interdetta la prosecuzione del contratto sotto la direzione di appositi amministratori straordinari nominati dal Prefetto. In particolare, la legittimità di tale potere eccezionale del Prefetto, esercitabile ancorché ricorrano i presupposti di cui al citato art. 94,

comma 3 (cfr. art. 92, comma 2-*bis* del Codice antimafia) è subordinata all'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero la sua prosecuzione, al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici. L'obiettivo è quello di garantire, attraverso una conformazione della libertà d'impresa, la realizzazione di interessi pubblici superiori che verrebbero messi in pericolo da situazioni di contiguità o di agevolazione mafiosa ascrivibili a responsabilità dell'impresa e dei soggetti capaci di determinarne l'andamento.

Annotazione dell'interdittiva nel Casellario giudiziario

L'ANAC ha chiarito che **sussiste la necessità di assicurare la più ampia pubblicità dell'informazione antimafia interdittiva**, attraverso l'iscrizione della relativa annotazione nel Casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10 del Codice degli appalti. Allo stesso modo, secondo l'Autorità, è necessario che detta annotazione venga integrata con la notizia dell'eventuale adozione del provvedimento prefettizio che dispone la misura, precedentemente citata, della straordinaria e temporanea gestione nei confronti dell'operatore economico già interdetto (ex art. 32 d.l. n. 90/2014).

Sul punto, l'Autorità ha sottolineato che l'adozione dell'interdittiva rappresenta una misura anticipata a protezione degli appalti pubblici e, più in generale, dell'attività della pubblica amministrazione, al fine di prevenire ogni possibile inquinamento da parte di organizzazioni mafiose. In tale ottica l'art. 91, comma, 7-*bis* del Codice antimafia prevede che l'interdittiva sia comunicata all'osservatorio dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture, ai fini dell'inserimento nel casellario informatico e nella banca dati nazionale dei contratti pubblici (di cui all'art. 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 8216). Tale annotazione sul casellario informatico ha la funzione di pubblicità notizia, essendo diretta ad informare tutte le amministrazioni aggiudicatrici circa l'esistenza di una causa, allo stesso tempo, ostativa alla partecipazione alle procedure di gara e risolutiva dei contratti già in essere.