



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Ministero dell'Interno

**SECONDE LINEE GUIDA
PER L'APPLICAZIONE DELLE MISURE STRAORDINARIE DI
GESTIONE, SOSTEGNO E MONITORAGGIO DI IMPRESE
NELL'AMBITO DELLA PREVENZIONE
ANTICORRUZIONE E ANTIMAFIA**



**SECONDE LINEE GUIDA
PER L'APPLICAZIONE DELLE MISURE STRAORDINARIE DI
GESTIONE, SOSTEGNO E MONITORAGGIO DI IMPRESE
NELL'AMBITO DELLA PREVENZIONE
ANTICORRUZIONE E ANTIMAFIA**

Oggetto e finalità delle Linee Guida

Il presente atto di indirizzo, adottato in base al protocollo d'intesa stipulato il 15 luglio 2014 dal Ministro dell'Interno e dal Presidente dell'ANAC, reca indicazioni per l'applicazione dell'art. 32 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, che ha disciplinato le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese coinvolte in procedimenti penali per fatti corruttivi ovvero destinatarie di informazioni antimafia interdittive.

Gli orientamenti qui formulati non sostituiscono né abrogano quelli riguardanti il medesimo argomento, contenuti nelle Linee Guida del 15 luglio 2014, che mantengono pertanto inalterata la validità e il vigore.

Essi, piuttosto, ne costituiscono un'integrazione alla luce delle sopravvenute modificazioni del quadro normativo di riferimento. Ci si riferisce alle integrazioni apportate all'art. 32 dalla legge di conversione n. 114/2014, nonché alle previsioni del successivo D. Lgs. 13 ottobre 2014, n. 153 che ha coordinato il procedimento di emissione delle informazioni antimafia con quello di irrogazione delle misure straordinarie di amministrazione, gestione e sostegno.

Le indicazioni formulate con il presente provvedimento tengono altresì conto delle questioni che sono emerse in questo primo periodo di applicazione del ripetuto art. 32 del D.L. n. 90/2014 e delle soluzioni individuate, all'esito degli approfondimenti che sono stati svolti, anche attraverso un confronto congiunto tra gli Uffici del Ministero dell'Interno e dell'ANAC, nonché con l'Avvocatura generale dello Stato per i profili interpretativi di carattere più delicato.

1. Le finalità perseguite dall'art. 32 del D.L. n. 90/2014.

In via preliminare, appare opportuno sviluppare, ad integrazione di quanto già detto nelle Linee Guida del 15 luglio 2014, alcune considerazioni sulle finalità e gli interessi giuridici perseguiti dalle misure introdotte dall'art. 32 del D.L. n. 90/2014.



E' utile ricordare come l'esigenza di introdurre questi strumenti di controllo pubblico della gestione delle imprese si è posta a seguito di rilevanti iniziative di indagine concernenti gli episodi corruttivi che avevano inquinato l'affidamento e la realizzazione di opere pubbliche di importanza strategica per il Paese, con pesanti ricadute anche sul piano della sua immagine a livello internazionale.

In questo contesto, è emersa la necessità di arricchire il sistema di prevenzione dei fenomeni di *maladministration*, previsti dalla legge n. 190/2012, con strumenti di immediata applicazione e operatività, capaci di preservare l'interesse sotteso alla realizzazione dell'appalto affidato, in un regime di legalità controllata.

Tali esigenze trovano puntuale riscontro nella lettera dell'art.32 del D.L. n. 90/2014.

La disposizione, infatti, finalizza le misure di straordinaria gestione dell'impresa, disposte a fini anticorruzione, esclusivamente alla completa esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto pubblico, in relazione al quale sono emerse le fattispecie di reato o gli altri comportamenti illeciti (comma 1, lett. a) e b)).

Ad una logica analoga risponde la previsione dell'art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 che consente di irrogare le predette misure anche alle imprese colpite da informazione antimafia interdittiva.

Anche in questo caso la previsione risulta chiaramente preordinata al perseguimento di ben individuati interessi pubblici che non si identificano nella mera ultimazione della prestazione oggetto dell'appalto, esigenza quest'ultima, già considerata, dall'art. 94, comma 3, del D.Lgs. n. 159/2011, sia pure con riferimento ad alcune particolari situazioni.

Il citato comma 10 configura infatti il completamento dell'esecuzione contrattuale o la sua prosecuzione come un mezzo per soddisfare interessi pubblici di rango più elevato, tassativamente elencati dalla norma, e cioè:

➤ **la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali.**

Con tale espressione il Legislatore ha voluto fare riferimento all'esigenza di evitare interruzioni nell'erogazione di prestazioni che risultano indispensabili per consentire ad una collettività o a tipologie di utenti di poter esercitare diritti primari costituzionalmente garantiti quali la libertà di circolazione, il diritto alla salute ecc.;

➤ **la salvaguardia dei livelli occupazionali.**

L'espressione "livelli occupazionali" fa riferimento in questo caso alla necessità di mantenere in essere un numero consistente di posti di lavoro, la cui perdita inciderebbe sul livello complessivo della popolazione occupata in un determinato contesto geografico (ad esempio nel territorio provinciale) o in un determinato comparto produttivo. Una lettura diversa dell'art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 rischierebbe, infatti, di rivelarsi poco coerente con il



principio di ragionevolezza. Essa, infatti, finirebbe per ammettere la possibilità di derogare alla regola generale della risoluzione del contratto con l'impresa contigua alla criminalità organizzata (e quindi di accettare una minore tutela dell'interesse "sicurezza pubblica") al solo fine di tutelare posizioni poco più che individuali.

➤ **l'integrità dei bilanci pubblici.**

E' di tutta evidenza che la norma intende salvaguardare non la mera capacità dell'impresa di produrre reddito e, quindi, di generare un potenziale gettito tributario. Se così fosse si dovrebbe ammettere che l'esigenza di garantire "l'integrità dei bilanci pubblici" ricorrerebbe pressoché ogni qual volta un'impresa è colpita da un'informazione antimafia interdittiva.

Si è, invece, dell'avviso che l'art. 32, comma 10, faccia riferimento ad un interesse più "qualificato" e concreto, consistente nella necessità di evitare che l'interruzione di determinate attività implichi un danno diretto ed immediato alle entrate fiscali e quindi alle complessive esigenze della finanza pubblica (si pensi al caso, già sperimentato nella pratica, di attività di gestione dei giochi leciti sottoposte a concessione dell'Amministrazione finanziaria). Né si può escludere, salvo verificarne in concreto l'effettività, che un tale interesse possa essere messo a rischio nel caso in cui la realizzazione di un'opera comporti un consistente impiego di risorse pubbliche che potrebbe essere compromesso da un'eccessiva dilatazione dei tempi di esecuzione (ad esempio nel caso di Expo).

Da quanto detto risulta evidente che esula dalle finalità perseguite dall'art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 il mero interesse dell'impresa a vedersi applicata una delle misure straordinarie in argomento, nell'intento di continuare nel rapporto con la pubblica amministrazione, sotto controllo di legalità, evitando così di subire l'interruzione del contratto con le conseguenti ricadute sul piano economico ma anche del venir meno di un requisito per una futura, successiva qualificazione.

Un simile interesse è, infatti, del tutto irrilevante ai fini della decisione del Prefetto anche nell'ipotesi di pendenza dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva.

L'art. 32, comma 10, pur tenendo conto di una simile eventualità, non attribuisce alle misure in argomento una funzione cautelare, nel senso di ridurle ad una mera funzione di "congelamento" della situazione esistente fino all'esito delle decisioni del Giudice Amministrativo.

Si tratta, infatti, di strumenti che, pur muovendosi in un quadro di massima anticipazione sul piano della prevenzione, mirano a qualcosa in più: garantire - attraverso una conformazione della libertà d'impresa - la realizzazione di interessi pubblici superiori che vengono messi in pericolo da situazioni di contiguità o di



agevolazione mafiosa, ascrivibili a responsabilità dell'impresa e dei soggetti capaci di determinarne l'andamento. Ne è conferma, peraltro, la circostanza che si tratta di presidi a garanzia di uno specifico "contratto"- quello in relazione al quale vengono in evidenza le esigenze individuate dall'art.32 - e non della totalità delle commesse pubbliche che costituiscono il "portafoglio" dell'impresa all'atto dell'adozione della misura, che verranno travolte dal provvedimento interdittivo rilasciato dal Prefetto.

Queste considerazioni sono, del resto, puntualmente rispecchiate dalla struttura del procedimento di applicazione delle misure ai fini antimafia.

L'art. 92, comma 2-bis, del D. Lgs. n. 159/2011 prevede che tale procedimento debba essere avviato obbligatoriamente d'ufficio dal Prefetto, con la conseguenza che l'impresa interessata è legittimata ad esercitare, nell'ambito di esso, esclusivamente gli strumenti di partecipazione previsti dagli artt. 7, 8 e 10 della legge n. 241/1990 e non a chiedere l'avvio del procedimento stesso.

2. Natura ed effetti delle misure ex art. 32 del D.L. n. 90/2014.

Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio sono, dunque, adottate in esercizio di un potere conformativo e limitativo della libertà di iniziativa economica, nell'intento di salvaguardare interessi pubblici di rango superiore.

Esse, pertanto, devono essere applicate secondo canoni rispettosi del principio di proporzionalità, canoni ai quali, come già sottolineato nelle Linee Guida del 15 luglio 2014, si ispira la disciplina recata dall'art. 32 del D.L. n. 90/2014.

La disposizione, infatti, prevede una graduazione delle misure applicabili in ragione della gravità della situazione riscontrata a carico dell'operatore economico e, quindi, dell'entità degli interventi che devono essere messi in campo per assicurare che la prosecuzione del contratto possa avvenire in condizioni di ripristinata legalità nei rapporti con la pubblica amministrazione ovvero di assenza di contiguità o collusioni, anche solo agevolative, con ambienti della criminalità organizzata.

Come è noto, la scala degli interventi prevede, nelle ipotesi di minore compromissione, l'inserimento nell'impresa di un "presidio", composto di esperti in numero non superiore a tre, allo scopo di ricondurne la gestione su binari di legalità e trasparenza (art. 32, comma 8).

L'effetto di questa misura non è quello di incidere sulla composizione ed i poteri degli organi di amministrazione e direzione dell'operatore economico, quanto piuttosto quello di riorientarne la *governance*.

Peraltro, la stessa formulazione del comma 8 dell'articolo 32, che parla di "organi societari" diversi da quelli "sociali" di cui al comma 1, induce a ritenere valido l'orientamento - espresso dalla prima dottrina elaboratasi nella materia - che questa tipologia, diciamo, più "soft" di gestione, possa più frequentemente essere attivata nei casi in cui il *vulnus* coinvolga figure societarie apicali ma diverse dagli organi di amministrazione in senso proprio (ad es. il direttore tecnico, ovvero organi societari di



imprese diverse da quella aggiudicataria, quali gli amministratori della controllante). Ovviamente tale impostazione dovrà sempre essere valutata, all'atto pratico, attraverso una verifica "in concreto" sulla reale capacità di *governance* di un soggetto al di là del ruolo formale rivestito all'interno della organizzazione aziendale.

Agli esperti, indicati dal citato comma 8, è devoluto il potere di fornire prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, finalizzate ad adeguare l'organizzazione, il sistema di controllo interno e di amministrazione dell'impresa a parametri tali da fornire garanzie circa una rinnovata capacità di stare sul mercato nel rispetto dei parametri di legalità.

La mancata osservanza di queste indicazioni da parte dell'impresa non trova un'espressa sanzione nell'art. 32, comma 10, ma, come è stato già evidenziato nella precedente edizione delle Linee Guida, può costituire elemento sufficiente ad integrare quelle situazioni anomale, che, ai sensi del comma 1, lett. b) dello stesso art. 32, legittimano l'applicazione della più incisiva misura della straordinaria e temporanea gestione.

Nei casi diversi da quelli di lieve entità trovano applicazione due diversi tipi di misure. La prima consiste nell'ordine di rinnovare la composizione degli organi sociali, sostituendo il titolare o componente che risulta coinvolto nel procedimento penale per fatti di corruzione o al quale sono ascrivibili le altre situazioni anomale o di collusione/contiguità mafiosa.

Si tratta, dunque, di una misura che impone all'impresa di risolvere il rapporto in virtù del quale essa aveva inserito nei propri centri decisionali il soggetto coinvolto.

E' evidente, peraltro, che l'effetto-esclusione cui mira l'ordine di rinnovazione degli organi sociali va riferito all'intera organizzazione aziendale e non soltanto a quella sua parte o ramo che è impegnata nell'esecuzione del contratto in relazione al quale è stato adottato l'ordine stesso.

Si deve, quindi, ritenere che l'ordine non possa considerarsi adempiuto, laddove il soggetto cui esso si riferisce conservi incarichi all'interno dell'impresa o posizioni, anche *de facto*, che gli consentano di continuare a influire o determinarne l'andamento. L'altra misura consentita, da applicarsi nei casi più gravi ovvero in quelli di inottemperanza all'ingiunzione di rinnovare gli organi sociali, consiste nella straordinaria o temporanea gestione dell'impresa.

In proposito, si evidenzia che le integrazioni apportate all'art. 32 dalla legge di conversione confermano l'interpretazione, formulata con le Linee Guida del 15 luglio 2014, secondo cui questa misura dispiega i suoi effetti limitatamente al contratto in relazione al quale essa è stata disposta.

Ciò risulta evidente da diverse previsioni contenute nell'art. 32, e più precisamente al comma 1, lett. a) e b), ma anche al comma 2, secondo periodo, che chiariscono come l'intervento conformativo della gestione venga disposto e sia finalizzato in funzione della conclusione della specifica vicenda contrattuale, in relazione alla quale sono emerse le esigenze di ripristinare condizioni di legalità e trasparenza.



A ciò si aggiungono considerazioni di ordine sistematico. In questo senso, va evidenziato che l'ordinamento già consente all'Autorità Giudiziaria, in presenza di procedimenti penali anche per reati contro la p.a., di "azzerare" gli organi di amministrazione dell'impresa, sostituendoli con una gestione commissariale (si vedano gli artt. 9 e 45 del D.Lgs. n. 231/2001)¹.

Analogo provvedimento può essere disposto anche nel procedimento di prevenzione, quando ricorrano sufficienti indizi che attività economiche siano esposte a pericoli di condizionamento da parte di soggetti nei cui riguardi sono state applicate o proposte le medesime misure o sia in corso un procedimento penale per reati tipici della criminalità organizzata (art. 34 D. Lgs. n. 159/2011).

L'art. 32 del D. L. n. 90/2014, inserendosi in questo contesto, non può essere interpretato come un "duplicato" di provvedimenti propri dell'Autorità Giudiziaria. Esso, piuttosto, costituisce lo strumento che colma un vuoto esistente, permettendo, quando non ricorrono gli estremi per un integrale e radicale "spossessamento" dei poteri gestori, di sottoporre a controllo quella parte dell'impresa impegnata nello specifico contratto pubblico, per cui viene ravvisata l'esigenza di intervenire.

La straordinaria e temporanea gestione dà vita, dunque, ad una gestione separata di quella parte dell'azienda che dovrà eseguire l'appalto pubblico, secondo un modello di *governance* che dovrà essere definito dagli amministratori nominati dal Prefetto.

Come si è già detto nelle Linee Guida del 15 luglio 2014, qualora l'impresa interessata dalla misura sia una società per azioni, potrà essere applicato il modello di cui all'art. 2447-*bis* c.c.. Tale disposizione consente di costituire un patrimonio destinato all'esecuzione della commessa pubblica, per la cui gestione gli amministratori nominati dal Prefetto dovranno tenere una contabilità separata nelle forme stabilite dall'art. 2447-*sexies* c.c..

Sotto un altro punto di vista, occorre ribadire che le misure in argomento non producono ulteriori effetti oltre quelli espressamente previsti dall'art. 32 del D.L. n. 90/2014 che, come si è ampiamente illustrato, sono circoscritti all'esecuzione del contratto.

Esse in particolare sono inidonee a determinare la cessazione degli effetti dell'informazione antimafia interdittiva del Prefetto che continua a dispiegare i propri effetti al di fuori della gestione separata istituita per l'esecuzione dell'appalto in relazione al quale sono state disposte le misure. Di conseguenza, l'impresa interessata sarà incapace di mantenere in essere o stipulare contratti pubblici ovvero gli altri titoli autorizzatori di cui all'art. 83, comma 1, del D. Lgs. n. 159/2011, fino a quando l'informazione antimafia interdittiva manterrà la propria validità.

A questo proposito, vale la pena segnalare che l'ottemperanza da parte dell'impresa all'ordine di rinnovazione degli organi sociali non può essere considerata condizione

¹ Si noti che l'art. 34, del D.Lgs. 159/2011, consente all'Autorità giudiziaria, di avvalersi dello strumento dell'amministrazione giudiziaria nei confronti di imprese che, pur non rientrando nella disponibilità diretta o indiretta del mafioso, possono agevolare l'attività illecita.



da sola sufficiente a fondare da parte del Prefetto una decisione volta a rimettere automaticamente *in bonis* l'operatore economico interessato in esercizio del potere di revisione dell'informazione antimafia interdittiva di cui all'art. 91, comma 5, del D. Lgs. n. 159/2011.

Data la stretta analogia della materia, si ritiene, infatti, che il potere di revisione di cui al citato art. 91, comma 5, debba essere esercitato sulla base dei principi-guida enunciati dalla giurisprudenza in materia di valutazione dei requisiti generali per la partecipazione ad appalti pubblici di cui all'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006.

I Giudici Amministrativi hanno, infatti, precisato che la cessazione dalle cariche sociali, per dimissioni o allontanamento del titolare dell'organo, non è sufficiente da sola ad escludere ripercussioni di ordine negativo sull'impresa, essendo necessaria la dimostrazione da parte dell'impresa che la sostituzione non è di mera facciata.

Tale dimostrazione deve essere fornita attraverso atti concreti e tangibili di dissociazione dalla condotta tenuta dal soggetto sostituito, quali la proposizione di denunce penali, di azioni di responsabilità, ovvero la prova che non sono più in corso collaborazioni con il soggetto sostituito (Cons. Stato, Sez. V, 9 novembre 2010, n. 7967; TAR Lazio, Sez. III-ter, 16 novembre 2006, n. 12512).

3. I presupposti per l'applicazione delle misure: a) considerazioni riguardanti l'ipotesi dell'impresa destinataria di informazione antimafia interdittiva.

Come si è già detto, le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese hanno un effetto di compressione della libertà di iniziativa economica che trova giustificazione nella necessità di salvaguardare interessi pubblici o collettivi di rango superiore.

Allo stesso tempo, tali misure producono l'effetto di consentire all'impresa, la cui affidabilità è compromessa dal coinvolgimento in vicende corruttive o di contiguità al crimine organizzato, di proseguire nell'esecuzione del contratto pubblico, sia pure in vista del soddisfacimento di imprescindibili esigenze pubbliche.

Tali considerazioni portano a ritenere che le disposizioni di cui all'art. 32, concernenti i presupposti per l'applicazione di tali misure, devono essere applicate secondo canoni rigorosi, tenendo conto del principio di proporzionalità, inteso in termini di minor sacrificio sia dei diritti del privato, ma anche delle esigenze di legalità.

Ciò vale particolarmente allorquando si tratti di un'impresa colpita da informazione antimafia interdittiva.

In questa ipotesi, l'art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 deve essere messo in sistema con le previsioni dell'art. 94, commi 2 e 3, del D. Lgs. n. 159/2011 che regolano gli effetti conseguenti all'irrogazione di questo provvedimento inibitorio.

A tal fine, è utile ricordare che l'art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 non ha alterato l'assetto degli interessi pubblici che l'ordinamento salvaguarda attraverso la documentazione antimafia.



Tale tipologia di provvedimento resta, dunque, preordinato a proteggere il bene giuridico “sicurezza pubblica”, garantendo, in particolare, l’esigenza che imprese contigue o colluse al crimine organizzato non si ingeriscano nel circuito dell’economia legale, degli appalti e delle concessioni di risorse pubbliche.

Gli altri interessi pubblici coinvolti dal procedimento di rilascio della documentazione antimafia rivestono, invece, una rilevanza secondaria e sono, quindi, cedevoli, salvo particolari ipotesi in cui il loro sacrificio assuma contorni tali da non essere più coerente con il parametro di ragionevolezza alla base dell’ordinamento.

Ciò premesso, va ribadito che, in presenza di un’informazione antimafia interdittiva, la regola generale, cui le stazioni appaltanti devono attenersi, è quella della revoca dell’aggiudicazione o, se la stipula negoziale è già intervenuta, della risoluzione del contratto (art. 94, commi 1 e 2, D. Lgs. n. 159/2011).

Rispetto a tale regola, 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.

La lettura congiunta di queste due disposizioni evidenzia, inoltre, l’ordine di priorità da seguire nella scelta delle modalità con le quali deve avvenire la continuazione della prestazione negoziale.

In particolare, l’art. 32, comma 10, prevede che le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio dell’impresa trovino applicazione “*ancorché ricorrano i presupposti di cui all’articolo 94, comma 3,*” del D.Lgs. n. 159/2011. Conseguentemente, quando emerge la necessità di salvaguardare i particolari interessi pubblici di cui si è detto al precedente paragrafo 2, il Prefetto dovrà necessariamente fare luogo all’applicazione delle predette misure straordinarie. E ciò anche se la stazione appaltante abbia espresso la necessità di continuare nel rapporto contrattuale, in quanto l’opera è in corso di ultimazione, ovvero l’impresa, fornitrice di beni e servizi ritenuti essenziali per l’interesse pubblico, non sia sostituibile in tempi rapidi.

Risulta, dunque, evidente che l’art. 94, comma 3, del D. Lgs. n. 159/2011 assume oggi una valenza di strumento di carattere residuale. E ciò appare del tutto logico, ove si consideri che tale disposizione consente di proseguire nel rapporto contrattuale, senza introdurre alcuna forma di controllo o di “presidio di legalità” nell’impresa che risulta essere infiltrata.

Sulla base di queste considerazioni, risulta più agevole risolvere quelle situazioni in cui entrambi gli strumenti appaiono astrattamente applicabili.

La fattispecie in cui una simile situazione può più frequentemente presentarsi è quella dell’impresa affidataria di un appalto per la gestione di servizi pubblici, essenziali a garantire alla collettività l’esercizio di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, quali la libertà di circolazione e il diritto alla salute.

In linea teorica, questa ipotesi potrebbe rientrare sia nell’ambito di applicazione dell’art. 94, comma 3, del D. Lgs. n. 159/2011 - il quale fa appunto riferimento alla



necessità di proseguire il rapporto contrattuale con imprese interdette per garantire l'erogazione di servizi essenziali – sia l'art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014, che, come si è detto, prevede un'analogia possibilità quando vi sia necessità di garantire lo svolgimento di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali.

In realtà, va valorizzata proprio la previsione dell'art. 32, comma 10, che consente di fare luogo alle misure da esso contemplate anche quando ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 94, comma 3. Tale previsione costituisce una norma volta a dirimere i conflitti apparenti di norme, attribuendo un carattere predominante all'art. 32.

Pertanto, nei casi in discorso, la determinazione, opportunamente motivata del Prefetto di applicare le misure di straordinaria gestione, sostegno e monitoraggio prevarrà sull'intendimento della stazione appaltante di proseguire nel rapporto negoziale secondo i termini stabiliti dall'art. 94, comma 3, del D. Lgs. n. 159/2011.

I criteri appena esposti forniscono anche una guida per le ipotesi in cui gli interessi pubblici (in particolare quelli di natura occupazionale) potrebbero essere garantiti dalla decisione della stazione appaltante di non revocare il contratto.

In simili ipotesi l'impresa colpita da informazione antimafia interdittiva avrebbe tutto l'interesse a vedersi applicato il regime dell'art. 94, comma 3, del D. Lgs. n. 159/2011, non fosse altro perché tale disposizione non prevede l'inserimento al suo interno di presidi di controllo o di legalità.

E' però, evidente, che, con l'art. 94, comma 3, la salvaguardia degli interessi pubblici in argomento sarebbe meramente incidentale ed eventuale.

In realtà, la piena soddisfazione di tali beni giuridici può essere assicurata solo attraverso il ricorso alle misure ex art. 32 del D.L. n. 90/2014, che costituisce lo strumento tipico predisposto dall'ordinamento, garantendo inoltre un'adeguata tutela delle esigenze di pubblica sicurezza.

In sostanza, in situazioni della specie, l'individuazione della norma da applicare avviene sulla base del criterio ermeneutico di specialità di cui all'art. 15 delle preleggi. Ciò naturalmente non esclude l'opportunità che il Prefetto nel disporre le misure di cui all'art. 32 del D.L. n. 90/2014 debba dare conto, nella motivazione del provvedimento, non solo del percorso interpretativo appena illustrato, ma anche delle ragioni di fatto – tra cui la gravità della situazione di controindicazione rilevabile sulla base degli elementi a fondamento dell'informazione interdittiva - che portano a preferire tale soluzione rispetto ad un'eventuale prosecuzione del rapporto contrattuale da parte della stazione appaltante. In tal modo, potranno essere prevenute possibili censure, mosse in sede di contenzioso, tese a contestare la legittimità delle decisioni del Prefetto sulla base di un asserito mancato rispetto dei principi di proporzionalità e di “non aggravamento” del procedimento amministrativo.



4. Segue: b) I presupposti per l'applicazione delle singole misure.

L'art. 32 del D.L. n. 90/2014 prevede che le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio possono trovare applicazione solo quando si è ormai conclusa la cd. "serie procedimentale" della procedura di gara e si versa nella fase dell'esecuzione contrattuale.

Difatti, il comma 1 del citato art. 32 stabilisce che le misure in commento possano essere irrogate nei confronti dell'*impresa aggiudicataria* dell'appalto, cioè l'impresa che si è aggiudicata in via definitiva l'appalto non ancora completamente eseguito.

Con una formula diversa, ma dai contenuti pressoché analoghi, il comma 10 prevede che le medesime misure trovino applicazione quando vi è l'esigenza di un completamento o una prosecuzione della prestazione contrattuale.

Anche in questo caso, quindi, la norma fa riferimento all'ipotesi in cui l'informazione antimafia interdittiva intervenga ad esecuzione contrattuale già in corso.

Pertanto, ove non si versi in una simile ipotesi, si deve ritenere che non sia integrata la fattispecie prevista dal citato comma 10, con la conseguenza che la stazione appaltante dovrà necessariamente e obbligatoriamente interrompere il rapporto con l'operatore economico, secondo quanto stabilito dall'art. 94, commi 1 e 2, del D. Lgs. n. 159/2011.

In presenza di queste situazioni, l'art.32 diversifica i presupposti per l'applicazione delle misure in argomento a seconda che esse debbano essere disposte per finalità anticorruzione ovvero per finalità antimafia.

Per quanto concerne i presupposti che giustificano l'adozione delle misure per finalità anticorruzione si rinvia alle circostanziate indicazioni fornite con le Linee Guida del 15 luglio 2014.

Relativamente, invece, ai presupposti che consentono di far luogo ai provvedimenti in parola per finalità di prevenzione delle infiltrazioni criminali, appare sufficiente rilevare che sono individuati unicamente nell'emissione di un'informazione antimafia interdittiva.

Resta, quindi, preclusa la possibilità di azionare l'art. 32, comma 10, nelle ipotesi in cui la Prefettura abbia emesso una comunicazione antimafia interdittiva.

All'interno della cornice appena descritta, il citato art. 32 prevede condizioni diversificate per l'adozione di ciascuna delle misure di straordinaria gestione, sostegno e monitoraggio.

Ferme restando le indicazioni formulate con le Linee-guida del 15 luglio 2014 in tema di misure anticorruzione, si reputa opportuno fornire i seguenti ulteriori indirizzi per l'ipotesi in cui l'impresa affidataria, impegnata nell'esecuzione di un appalto pubblico, sia colpita da informazione antimafia interdittiva.



Va, innanzitutto, precisato che, anche in questo campo, l'individuazione del provvedimento da applicare deve avvenire sulla base della rilevanza della situazione accertata dal Prefetto con il provvedimento inibitorio.

A questo riguardo, la norma identifica sostanzialmente due ordini di situazioni.

Il primo caso riguarda l'ipotesi in cui i fatti alla base del giudizio di contiguità mafiosa siano connotati da tratti di gravità.

A titolo esemplificativo, si può ritenere che la condizione di "gravità" sussista allorché i tentativi di infiltrazione criminale, individuati dal Prefetto, siano riconducibili a:

- soggetti che nella compagine di impresa sono titolari delle cariche ovvero degli assetti proprietari indicati all'art. 85 del D. Lgs. n. 159/2011 ovvero loro familiari conviventi di maggiore età residenti nel territorio dello Stato;
- situazioni attinenti alle modalità di gestione dell'attività economica ed alle sue relazioni d'affari con altri operatori economici o con soggetti collegati alla criminalità organizzata .

In presenza di queste condizioni, la scelta della misura applicabile deve essere operata sulla base dei criteri dettati dall'art. 32, comma 1, lett. a) e b), del D.L. n. 90/2014.

Di conseguenza, e in stretta analogia a quanto previsto dalle Linee Guida del 15 luglio 2014, il Prefetto darà corso all'ordine di rinnovazione degli organi sociali, solo nell'ipotesi in cui, alla luce degli elementi posti alla base dell'informazione antimafia interdittiva, si possa, secondo un giudizio prognostico, ritenere che i tentativi di infiltrazione criminale siano suscettibili di essere eliminati attraverso l'allontanamento di singoli soggetti dalla titolarità degli organi sociali.

Negli altri casi, invece, il Prefetto dovrà direttamente disporre la misura della straordinaria e temporanea gestione, procedendo alla nomina degli amministratori, destinati ad esercitare tutti i poteri degli organi di amministrazione e direzione, con riguardo all'esecuzione del contratto in relazione al quale ricorre l'esigenza di tutelare gli interessi pubblici di cui all'art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014.

A titolo esemplificativo, si può ricordare che richiedono, senz'altro, l'adozione della straordinaria e temporanea amministrazione quelle situazioni in cui i tentativi di infiltrazione criminale coinvolgano anche gli assetti proprietari dell'impresa o soggetti titolari di più cariche sociali.

Tali circostanze denotano, infatti, *ex se* un livello di compromissione dell'impresa particolarmente forte e diffuso che non può essere sterilizzato attraverso l'ordine di rinnovazione del singolo organo di amministrazione, direzione o controllo.

Di carattere residuale è, invece, la cd. *tutorship*, cioè la nomina, da parte del Prefetto di esperti incaricati di fornire indicazioni di carattere organizzativo, con compiti di sostegno e monitoraggio dell'impresa (art. 32, comma 8, D. Lgs. n. 159/2011).



Tale misura trova, infatti, applicazione solo nell'ipotesi in cui i tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a soggetti della compagine di impresa che ricoprono ruoli o incarichi diversi da quelli indicati nel richiamato art. 85 del D. Lgs. n. 159/2011.

E' il caso, ad esempio, di procuratori *ad negotia*, i cui poteri sono limitati a specifici contratti o settori di impresa e non sono assimilabili per ampiezza a quelli propri degli amministratori o di altri organi di direzione.

5. Competenza all'adozione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese.

Con le linee guida sono state formulate prime indicazioni in merito al Prefetto competente, sulla base della proposta del Presidente dell'ANAC, a disporre le misure di cui all'art. 32 del D.L. n. 90/2014 per finalità anticorruzione.

In particolare, nelle more della legge di conversione, era stato raccomandato di individuare il Prefetto competente sulla base dei criteri interpretativi desumibili dalla versione allora vigente dell'art. 90, comma 1, del D. Lgs. n. 159/2011, rimettendo, in sostanza, al Presidente dell'ANAC la scelta se indirizzare la proposta al Prefetto del luogo in cui hanno sede le stazioni appaltanti o a quello del luogo in cui hanno residenza o sede le persone fisiche o le imprese.

La legge di conversione n. 114/2014 è intervenuta a disciplinare espressamente la materia, con un'integrazione del comma 1 dell'art. 32, in virtù della quale la competenza a disporre le misure in argomento viene attribuita in via esclusiva al Prefetto del luogo dove ha sede la stazione appaltante. Ciò nell'evidente considerazione che quest'ultimo, operando nell'ambito territoriale in cui è stato aggiudicato l'appalto, potrà disporre di maggiori elementi valutativi sulle condizioni di illiceità che giustificano l'adozione della misura straordinaria e seguirne più agevolmente la gestione commissariale.

Diverso, invece, il caso, previsto dal comma 10 dell' art. 32, in cui l'evento a monte della misura non coincide con un fatto corruttivo o illecito riferibile ad una ipotesi contrattuale ben individuata, quanto piuttosto ad un giudizio sull'onorabilità, dal punto di vista antimafia, dell'operatore economico, che si riverbera sulla complessiva capacità a contrattare con la pubblica amministrazione. In questo caso l'adozione dello straordinario strumento commissariale ben potrebbe, in linea assolutamente teorica, essere attivato, da parte del Prefetto, non solo a presidio dell'appalto per il quale è stato chiesto il rilascio della documentazione antimafia, ma nei confronti di tutti i contratti in atto al momento del rilascio dell'interdittiva, ove ricorressero simultaneamente per tutti le eccezionali condizioni di cui al comma 10.

In questa prospettiva si comprende la scelta operata dal legislatore, laddove, con il D. Lgs. n. 153/2014, ha inserito una specifica previsione nell'art. 92 del D. Lgs. n. 159/2011 (comma 2-bis).



A differenza di quanto previsto per il 32, comma 1, tale novella attribuisce al Prefetto, che ha emesso l'informazione antimafia interdittiva, la titolarità del potere di avviare il procedimento per l'applicazione delle misure di cui all'art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 e di adottare il relativo provvedimento finale.

E' appena il caso di ricordare che, a seguito delle modificazioni introdotte dal D. Lgs. n. 153/2014, il Prefetto competente al rilascio dell'informazione antimafia è quello della provincia in cui l'impresa ha la sede legale, ovvero, per le società ex art. 2508 c.c., della provincia in cui è stata stabilita la sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato.

Ciò posto, si raccomanda di riservare una particolare attenzione all'ipotesi in cui la sussistenza delle condizioni essenziali per l'adozione della misura vengano a riguardare un contratto in corso di esecuzione in sede diversa da quella del Prefetto competente.

Sarà infatti essenziale che, in tali casi, i due prefetti procedano in stretta sinergia, sin dall'avvio del procedimento di valutazione della sussistenza delle condizioni per l'adozione del commissariamento, al fine di assicurare la massima condivisione informativa in tutte le fasi sia propedeutiche che successive all'adozione della misura.

6. *L'avvio del procedimento. Il potere di iniziativa del Presidente dell'ANAC e del Prefetto.*

Come è noto, l'art. 32 del D.L. n. 90/2014 attribuisce il potere di avviare il procedimento per l'applicazione delle misure in argomento al Presidente dell'ANAC, qualora emergano situazioni riconducibili a fatti di corruzione (comma 1), e al Prefetto nell'ipotesi in cui l'operatore economico risulti destinatario di un'informazione antimafia interdittiva (comma 10).

Per quanto attiene ai presupposti per l'attivazione della proposta da parte dell'Autorità anticorruzione, si richiamano le indicazioni contenute nell'atto di indirizzo del 15 luglio 2014, la cui impostazione ha trovato significativo conforto nelle prime esperienze applicative.

In particolare, sebbene tali esperienze siano state sino ad oggi tutte originate da episodi corruttivi oggetto di procedimento penale, l'iniziativa dell'ANAC ha trovato puntuale riferimento nella presenza di un quadro indiziario connotato da una consistenza oggettiva ed uno spessore probatorio tali da rendere probabile un giudizio prognostico di responsabilità nei confronti dell'impresa in relazione al fatto contestato.

In merito ai destinatari della proposta si ricorda che, come già in precedenza evidenziato, il comma 1 dell'art. 32 individua tali figure nelle imprese aggiudicatrici di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi e forniture, nei concessionari di lavori pubblici e nei contraenti generali.



Si segnala che la nozione di impresa affidataria di appalti di servizi pubblici va intesa in termini ampi, tali da ricomprendere anche i soggetti concessionari di servizio pubblico.

Va infine evidenziato che l'attivazione del potere di proposta da parte del Presidente dell'ANAC si è conformata ai principi generali che governano l'azione amministrativa assicurando la partecipazione al procedimento da parte degli interessati, attraverso gli istituti previsti dagli artt. 7, 8 e 10 della legge n. 241/1990.

L'esperienza che ha condotto in questi mesi alla prima attuazione dell'articolo 32 in esame ha peraltro confermato come il procedimento che porta all'adozione della misura commissariale, da parte del Prefetto, debba necessariamente svilupparsi attraverso momenti valutativi autonomi ma fortemente integrati.

In questa prospettiva, l'articolazione in due fasi del procedimento, descritta dal legislatore, va letta in chiave sistematica, secondo una logica che vede la decisione finale come la risultante di una fattispecie "a formazione progressiva" che potrà interessare, oltre agli attori principali della vicenda - Prefetto e Presidente dell'ANAC - anche ulteriori soggetti portatori di conoscenze e competenze utili alla migliore definizione del procedimento.

Nella medesima chiave va letto il meccanismo che porta all'adozione della misura prevista dall'art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014, ovviamente con le dovute distinzioni legate alla diversa genesi della misura straordinaria ivi prevista.

In questa ipotesi, infatti, l'evento da cui origina l'avvio del procedimento è l'informazione antimafia interdittiva, sopravvenuta in corso di esecuzione del contratto, giusta quanto illustrato nei precedenti paragrafi.

Una volta adottata l'informazione inibitoria, il Prefetto dovrà obbligatoriamente dare corso alla verifica dell'esistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'art. 32 (art. 92, comma 2-bis, D. Lgs. n. 159/2011).

Tale verifica potrà essere modulata diversamente, quanto a tempi e modalità procedurali, in ragione della specificità della situazione in cui si va a collocare l'informazione rilasciata dal prefetto.

Ed infatti, nel caso in cui la tipologia del contratto, in termini di valore, di caratteristiche della prestazione e/o dell'operatore economico, faccia palesemente escludere la sussistenza delle condizioni per l'adozione della misura di cui all'articolo 32, comma 10, di cui si dirà più diffusamente nel successivo paragrafo, il Prefetto non darà corso ad ulteriori approfondimenti, limitandosi a comunicare l'informazione antimafia alla stazione appaltante, e all'impresa, società o associazione interessata, secondo quanto previsto dall'articolo 92, comma 2-bis, del D. Lgs. n. 159/2011, dando contestualmente atto dell'assenza delle cennate condizioni.

A seguito del rilascio di tale provvedimento, la stazione appaltante potrà decidere se risolvere il contratto o proseguirlo a termini dell'articolo 94, terzo comma.



In quest'ultimo caso, qualora la stazione appaltante ritenga che la prestazione oggetto del contratto sia essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico e che il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi, il Prefetto potrà procedere a rivalutare, secondo le modalità procedurali di seguito descritte, se ricorrano le condizioni per l'adozione della straordinaria misura del commissariamento. A tal proposito, infatti, come evidenziato nei precedenti paragrafi, il comma 10 rimette alla autonoma determinazione del Prefetto, sia pure con le opportune garanzie procedurali e a fronte delle speciali condizioni ivi previste, la determinazione circa la necessità di inibire ogni possibile prosecuzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa nell'esecuzione del contratto, prevenendo, al contempo, attraverso una gestione autonoma e separata, ripercussioni negative nei confronti di interessi pubblici fondamentali e sul piano sociale. E ciò pur nel caso di concorrenza dei presupposti per una prosecuzione della prestazione da parte della stessa impresa a norma del citato articolo 94, comma 3.

In questa fase, non si può escludere che la richiesta di avviare ulteriori approfondimenti possa anche pervenire al prefetto da taluno dei soggetti cui debbono essere comunicate le informazioni prefettizie ai sensi dell'art.92, comma 7-bis, del codice antimafia sulla base di elementi conoscitivi di specifica competenza.

Tra questi, il Presidente dell'ANAC innanzitutto, ma anche il Prefetto del luogo che ha disposto l'accesso, nel caso sia diverso da quello che ha rilasciato l'interdittiva, la Camera di commercio, il Ministero dello sviluppo economico.

Nel caso sopradescritto, ovvero in tutte le ipotesi in cui, a seguito del rilascio dell'interdittiva, il Prefetto valuti la sussistenza di un *fumus* in ordine al ricorrere di condizioni per l'esercizio del potere di commissariamento, procederà a convocare d'ufficio - ai sensi dell'art. 14, comma 3, della legge n. 241/1990, dandone preventiva comunicazione all'operatore economico interessato a norma dell'art.7 della medesima legge - un'apposita conferenza dei servizi alla quale dovranno essere chiamati a partecipare, oltre a rappresentanti della stazione appaltante, anche funzionari della competente Direzione Territoriale del Lavoro o dell'Agenzia delle Entrate ovvero dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, a seconda dei presupposti di cui occorre verificare la sussistenza.

In quella sede, potrà essere tempestivamente valutata, in una cornice di leale collaborazione e di condivisione, ed anche sulla base delle deduzioni presentate dall'impresa, la sussistenza dei requisiti richiesti dalla norma in esame per l'esercizio dei citati poteri straordinari. Nel qual caso il Prefetto potrà definire il procedimento disponendo la misura - tra quelle indicate dall'art. 32, comma 1, lett. a) e b) e comma 8, del decreto legge n. 90/2014 - ritenuta maggiormente idonea ad assicurare il soddisfacimento di almeno una delle sopra indicate finalità.

Anche in relazione a tale fase procedimentale, appare opportuno richiamare la necessità di un tempestivo coinvolgimento e raccordo con l'ANAC - in attuazione



dell'articolo 92, comma 2-bis, del codice antimafia, novellato dal decreto legislativo 153/2014, come sottolineato anche nella circolare del Gabinetto del Ministro in data 26 novembre u.s. - al fine della valutazione sul ricorso delle condizioni e delle determinazioni circa la tipologia delle misure da adottare, anche in termini di durata della stesse.

7. La fase valutativa e i criteri di individuazione della misura applicabile nel procedimento anticorruzione e in quello antimafia

Nel precedente paragrafo è stata evidenziata la natura fortemente integrata delle fasi procedurali che conducono all'adozione della misura straordinaria, sia nel caso in cui tale percorso origini dalla proposta dell'ANAC, sia in quello avviato d'iniziativa del Prefetto.

Nel primo caso, alla richiesta formulata dalla predetta Autorità segue un autonomo momento valutativo da parte del Prefetto volto al preliminare accertamento dei presupposti - oggettivi e soggettivi - indicati al comma 1, anche alla stregua delle eventuali controdeduzioni presentate dalle parti in esito alla comunicazione di avvio del procedimento effettuata a norma dell'articolo 7 della legge 241/1990. Per quanto concerne tale ultimo punto, va in ogni caso rilevato che le predette garanzie di partecipazione dovranno conciliarsi con le particolari esigenze di celerità del procedimento, secondo quanto previsto dal medesimo articolo 7, potendo in casi eccezionali e motivati giustificarsi, addirittura, l'omissione della prescritta comunicazione.

In tale contesto, il Prefetto dovrà svolgere un'autonoma e puntuale verifica sulla particolare gravità dei fatti alla base della proposta, potendosi in ciò avvalere del patrimonio info-investigativo a propria disposizione, ovvero avviando autonome interlocuzioni oltre che con il presidente dell'ANAC anche con gli organi di polizia, l'Autorità Giudiziaria, negli ovvi limiti consentiti dall'eventuale segreto di indagine, o comunque con ulteriori soggetti istituzionali in grado di corroborare il quadro motivazionale a sostegno del provvedimento.

Come sopra evidenziato, la fase di prima applicazione dell'articolo 32, per ciò che concerne le iniziative di competenza del Presidente dell'ANAC, ha sostanzialmente confermato l'impianto delle prime Linee Guida, valorizzando la sussistenza, ai fini della proposta di commissariamento, di un quadro fattuale grave e accertato, connotato da una consistenza oggettiva e da uno spessore probatorio concreti e attuali.

Analoga conferma hanno ricevuto le indicazioni rivolte ai Prefetti circa l'esigenza di dar corso ad un autonomo e puntuale percorso valutativo sulle circostanze a supporto della proposta avanzata dall'ANAC, anche attraverso ulteriori elementi informativi a disposizione dei propri uffici, nonché sulla base delle deduzioni allegate dall'impresa interessata nella fase di partecipazione al procedimento.



Tale percorso non può risolversi, infatti, nella presa d'atto di un processo valutativo maturato aliunde, ma impone un'attenta e complessa verifica anche sulla congruità della misura proposta in relazione alle indicazioni contenute nell'articolo 32.

Nei precedenti paragrafi, sono state esaminate le tipologie di interventi che il Prefetto dovrà determinarsi ad adottare in ragione del maggiore o minore livello di compromissione della governance aziendale conseguente a vicende corruttive o a situazioni di controindicazione sotto il profilo antimafia.

In entrambi i casi, spetterà al Prefetto, con il medesimo provvedimento straordinario, ovvero con successiva determinazione, "conformare" i poteri dell'amministratore e/o degli amministratori, dando indicazioni quanto a tempi e modalità di esercizio e stabilendo il relativo compenso.

In relazione alla specifica definizione dei contenuti di tali poteri - calibrati in relazione alla tipologia della prestazione oggetto della commessa - il Prefetto ben potrà avvalersi del supporto tecnico e professionale degli stessi amministratori al fine di individuare apposite linee guida volte a disciplinare l'esecuzione del contratto, anche per i suoi aspetti finanziari e contabili.

Per quanto riguarda la questione dei tempi, l'articolo 32 abilita il Prefetto a dilatare l'applicazione della misura sino alla completa esecuzione dell'opera, servizio o fornitura oggetto del contratto.

Tale indicazione non deve tuttavia indurre a ritenere che la stessa, una volta adottata, perda la sua natura di strumento eccezionale e temporaneo, trasformandosi, specie nelle ipotesi di cui al comma 10, in un meccanismo di esecuzione alternativa della prestazione in pendenza dell'esito del giudizio amministrativo sul provvedimento interdittivo adottato dal Prefetto. E ciò viepiù nei casi in cui si tratti di appalto ad esecuzione continuata (tipicamente nel caso in cui il contratto preveda l'erogazione di un servizio per una certa durata), nei quali la misura del commissariamento rischierebbe di prolungarsi oltre la sua naturale e fisiologica funzione.

E' ragionevole ritenere pertanto che in tali casi, la determinazione del Prefetto in merito alla durata della straordinaria e temporanea gestione possa essere calibrata non tanto in funzione delle esigenze di ultimazione del contratto pubblico quanto in ragione dei tempi necessari a ricondurre lo stesso sul piano della corretta e ordinaria fisiologia di mercato (attraverso, ad esempio, l'esperimento delle procedure necessarie all'individuazione di un nuovo contraente *in bonis*).

Di particolare delicatezza appare, poi, la questione relativa alla sorte degli utili (correlati alla esecuzione dello specifico contratto per cui è stato disposto il commissariamento e non già degli utili d'impresa di cui al 2247 c.c) che devono essere corrisposti all'operatore economico, una volta che si siano conclusi i procedimenti penali o i giudizi riguardanti la determinazione antimafia interdittiva adottata dal Prefetto, con esito sfavorevole per il medesimo operatore economico.



Il comma 7 dell'articolo 32, infatti, ne dispone l'accantonamento in un apposito fondo "sino all'esito dei giudizi in sede penale, ovvero, nei casi di cui al comma 10 in sede amministrativa".

E' evidente che nel caso in cui il giudicato si sia risolto in senso favorevole all'impresa alla stessa competerà la restituzione dell'utile realizzato dall'amministratore prefettizio e accantonato nel predetto fondo.

Considerazioni più articolate merita il tema della sorte dell'utile nel caso in cui il giudizio abbia avuto esito sfavorevole per l'impresa (in sede penale con provvedimento di condanna, in sede amministrativa con un provvedimento di rigetto del ricorso avverso l'informazione interdittiva ovvero anche in esito al decorso dei termini utili a proporre ricorso).

In assenza di un'espressa previsione, nelle more di un auspicato intervento chiarificatore sul piano legislativo, è apparso inevitabile far ricorso, in ciò confortati dall'autorevole parere espresso in merito dall'Avvocatura generale dello Stato, ai tradizionali canoni ermeneutici volti a fornire della norma un'interpretazione che sia coerente con la finalità cui la stessa è ispirata: ovverosia quella di evitare che l'esecuzione di un contratto pubblico, in presenza di significativi e gravi scostamenti rispetto agli standard di legalità e sicurezza, venga oltremodo a soffrire di tale situazione.

In tale contesto giuridico, prevedere che gli utili, al termine della gestione commissariale ritornino all'impresa, non sarebbe coerente con lo spirito e le finalità perseguite dallo stesso legislatore con l'art. 32 del D.L. n. 90/2014.

La questione appare di più agevole soluzione in tutti i casi in cui l'adozione della misura straordinaria (ex articolo 32, comma 1 o ex articolo 32, comma 10) sia comunque collegata ad un reato, poiché in tal caso sarebbero attivate d'ufficio, dal Prefetto o su richiesta dell'amministratore nominato, gli strumenti già previsti dalla legge penale ovvero quelli individuati dall'autorità giudiziaria.

Più problematica si presenta, invece, la soluzione del caso in cui l'informazione antimafia interdittiva del Prefetto sia adottata sulla base di elementi non collegati a fattispecie di rilevanza penale.

In questo caso, come sopra accennato, la soluzione va necessariamente ricavata sul piano interpretativo avuto riguardo alle finalità della norma e al complesso ed articolato sistema normativo di riferimento.

Nell'ambito di tale quadro, come evidenziato dalla stessa Avvocatura generale, un fondamentale rilievo va dato alla espressa previsione (contenuta nell'articolo 32, comma 4) che colloca l'attività di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sia pure *ad contractum*, nei paradigmi propri del potere pubblicistico che, per disposizione di legge, interviene sui rapporti giuridici anche paritetici, ponendo l'operatore economico in una posizione di soggezione rispetto al suo esercizio.



Sicché, mentre in una situazione ordinaria e fisiologica di gestione del rapporto contrattuale, l'utile relativo al contratto d'appalto pubblico sarebbe una naturale componente del corrispettivo, assumendo la connotazione di "diritto soggettivo" e non di mera "aspettativa" (in quanto inserito nell'alveo dei rapporti paritetici tra Stazione Appaltante e Operatore economico), nel caso di specie manca tale riconoscimento, a fronte della espressa previsione ed applicazione della misura di legge di cui si discute, con la nomina degli amministratori e l'esercizio di poteri di carattere pubblicistico da parte di quest'ultimi.

Essi, evidentemente, operano non tanto nell'interesse della Stazione appaltante, ma per lo Stato, sia apparato (stante il potere di nomina in capo ai prefetti), sia comunità (stante l'interesse principale perseguito di lotta alla criminalità ed alla corruzione e completamento di opere pubbliche per svolgere un servizio o evento).

Il comma 4 dell'art. 32 configura, invero, l'esercizio di un *munus* in capo agli amministratori nominati dal Prefetto per pubblica utilità, tale da escludere che l'attività gestionale, nelle more svolta da costoro, sia riconducibile agli ordinari canoni civilistici anche con riguardo all'attività di impresa ed all'utile derivante dall'esecuzione del contratto.

L'immedesimazione organica tra gli amministratori nominati dal Prefetto e la funzione ad essi delegata consente quindi di ritenere che la fase esecutiva del rapporto contrattuale non sia governata dalle norme di rango privatistico quanto piuttosto da quelle di rango pubblicistico e che l'esecuzione dell'appalto sia fatta nell'interesse della stazione appaltante e non dell'impresa appaltatrice.

Sicché, penalizzare l'impresa, evitando che questa consegua anche l'utile da contratto - quando, peraltro, si affievolisce normativamente la gestione d'impresa da parte dell'operatore economico - non è, nell'ambito di una attività espressamente qualificata dalla legge di pubblica utilità, una diseconomia suscettibile di responsabilità, essendo l'operatore economico "soggetto" alla legge, al di fuori di un contesto di pariteticità.

Di tal che, conclude la stessa Avvocatura *"nella prospettiva (e ratio legis) correlata all'applicazione della misura interdittiva di cui all'art. 32 del d.l. n. 90/2014 non appare possibile - nel quadro di un bilanciamento degli interessi contrapposti coerente con i principi costituzionali di cui all'art. 97 (buon andamento della P.A.) e 41, comma 2, per cui l'iniziativa economica trova un limite quando contrasta con l'utilità sociale o reca danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana - ingenerare un vantaggio economico all'impresa in costanza di interdittiva divenuta inoppugnabile per lavori eseguiti per preminenti ragioni di interesse pubblico"*.

La necessaria separata gestione pubblicistica della vicenda contrattuale oggetto della misura interdittiva, confermata dal Giudice Amministrativo, comporta quindi che l'utile del contratto attenga, piuttosto, alla sfera della stazione appaltante, nel cui esclusivo interesse l'amministratore prefettizio opera - conferendo un apporto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Ministero dell'Interno

manageriale autonomo e aggiuntivo - per consentire la realizzazione dei lavori commissionati, attraverso una sorta di gestione separata (ad esempio, patrimonio destinato ad uno specifico affare di cui all'art. 2447-bis c.c.,).

In tal senso, è possibile ovviare al paradosso per il quale un operatore economico sottoposto a specifica misura interdittiva andrebbe poi, al termine dell'esecuzione dell'opera gestita da amministratori straordinari nominati dal Prefetto, ad incamerare l'eventuale utile d'impresa, impropriamente beneficiando delle relative entrate economiche e determinando, così, nel concreto, un effetto ingiustificato di arricchimento.

Resta in ogni caso fermo che, al termine o nel corso della gestione commissariale, anche sulla base di ulteriori elementi sullo stato di "salute" dell'azienda, in termini di trasparenza e legalità, che ben potrebbero essere acquisiti dall'amministratore straordinario, il Prefetto potrà valutare se ricorrano i presupposti per un interessamento dell'Autorità giudiziaria ai fini dell'eventuale adozione di misure di prevenzione nei confronti dell'impresa (si pensi al già citato art. 34, comma 2, del Codice antimafia). Ciò anche nella prospettiva della più ampia salvaguardia del circuito legale dell'economia dal rischio di inquinamento, oltre lo stretto ambito della contrattazione con la pubblica amministrazione.

Roma, 27 gennaio 2015

IL PRESIDENTE ANAC

IL MINISTRO DELL'INTERNO