

**IL CONTENZIOSO IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI ED APPALTI NEL QUADRO  
DI UN'ANALISI SOCIO-GIURIDICA (\*\*)**

*\*\*Relazione svolta dall'A. nel convegno "Il contenzioso in materia di contratti pubblici ed appalti nel quadro di un'analisi socio-giuridica" organizzato dall'Ufficio studi e formazione della Giustizia Amministrativa in collaborazione con il TAR per l'Emilia-Romagna e la SPISA – Università di Bologna, 14 e 15 dicembre 2022*

Per contrastare efficacemente la criminalità organizzata, in particolare quella di tipo mafioso, è indispensabile recidere il legame tra capitali illeciti ed economia legale.

Difatti, non può trascurarsi il costante pericolo di interferenze e contaminazioni del mondo imprenditoriale "sano" con investimenti costituiti dai proventi delle attività illecite.

In questo quadro, le azioni di contrasto alla corruzione sono divenute sempre di maggiore attualità e necessità nel nostro Paese.

A partire da "Mani Pulite" si è fatta, infatti, più forte la consapevolezza di non poter tollerare la convivenza con fenomeni corruttivi da un lato, e criminalità organizzata ed economia sommersa dall'altro.

Sebbene si tratti di fenomeni distinti, essi costituiscono facce di un'unica realtà: sono strettamente connesse tra loro senza soluzione di continuità e rappresentano, riprendendo le parole del Presidente emerito della Corte costituzionale Giovanni Maria Flick, "... un triangolo delle Bermude (*Mafiacity, Tangentopoli e Nerolandia*) in cui si è perso il senso della legalità e dei valori fondamentali necessari per la convivenza e per la coesione sociale".

Attorno a questa consapevolezza si è andato, così, costruendo ed affinando, nel corso degli anni, un sistema che potesse garantire un argine alle infiltrazioni mafiose nel sistema dei pubblici appalti, in questo modo consentendo di escludere dal mercato delle commesse pubbliche le imprese legate ad organizzazioni criminali, essendo noto che le mafie, proprio attraverso tali commesse, tentano di infiltrarsi nelle istituzioni e nel tessuto economico, distorcendo la concorrenza e danneggiando le imprese.

\*\*\*

A tutela dei due beni giuridici di rango costituzionale che vengono qui in rilievo – quello dell'ordine pubblico economico e della libera concorrenza *ex art. 41* e quello del buon andamento ed imparzialità della P.A. *ex art. 97* della Costituzione – la Prefettura è chiamata a svolgere una azione di prevenzione

---

(\*) Prefetto di Bologna

e contrasto, verificando che l'attività dell'impresa interessate alla commessa pubblica venga svolta secondo le regole e sia slegata dalla criminalità organizzata.

Nel *tool case*, nella cassetta degli attrezzi predisposta dal Legislatore, il Prefetto trova una serie di strumenti che, nel corso degli anni, hanno dimostrato di possedere una efficacia sostanziale, sebbene non siano stati immuni da critiche sul piano dottrinario e giurisprudenziale per l'ampia discrezionalità riconosciuta dalla norma al Rappresentante del Governo nella valutazione e formulazione del giudizio probabilistico sulla sussistenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa.

Sorvolando sulle questioni più strettamente tecniche sui diversi istituti, non essendo questa la sede per un approfondimento al riguardo, vorrei però passare brevemente in rassegna gli strumenti tipici a disposizione del Prefetto.

Mi riferisco, prima di tutto, alle *white list* e alle interdittive antimafia.

Le *white list*, disciplinate dall'art. 1, comma 52 e seguenti, della l. n. 190/2012 e ss.mm.ii., sono elenchi di fornitori, predisposti e tenuti presso ogni Prefettura, consultabili attraverso una banca dati nazionale, in cui vengono iscritte per una durata di 12 mesi le imprese considerate affidabili in quanto non esposte al rischio di tentativi di infiltrazione mafiosa.

Dal 2014, peraltro, è previsto l'obbligo, per le PP.AA. che intendono affidare contratti pubblici nei settori considerati maggiormente a rischio, di effettuare uno *screening* preventivo degli operatori economici (anche al fine di velocizzare le procedure di affidamento) ed utilizzare le *white list* per acquisire la documentazione antimafia liberatoria, necessaria ai fini dell'affidamento delle commesse pubbliche alle imprese.

Al fine di ottenere l'iscrizione nella *white list* e partecipare alla gara, l'impresa deve soddisfare due condizioni: da un lato, non devono sussistere cause di decadenza, sospensione o divieto *ex art. 67* del codice antimafia; dall'altro, non devono risultare tentativi di infiltrazione nell'impresa da parte della criminalità organizzata, in base ad alcuni indici rilevatori previsti dagli artt. 84 e 91 dello stesso codice.

Con il termine interdittiva antimafia si fa riferimento all'effetto (appunto, interdittivo) eventualmente determinato dalla comunicazione e dall'informazione antimafia, due distinte *species* appartenenti al *genus* "documentazione antimafia", disciplinati rispettivamente nei commi 2 e 3 dell'art. 84 del codice antimafia.

Questi due provvedimenti possono avere un contenuto liberatorio, che cioè certifica l'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa, o interdittivo, quando viene accertata la presenza di un tentativo di ingerenza.

La comunicazione antimafia (interdittiva o liberatoria) è un accertamento vincolato, attraverso il quale si attesta la sussistenza o meno di cause di decadenza, sospensione o divieto *ex art. 67* codice

antimafia.

L'informazione antimafia (interdittiva o liberatoria) contiene invece una valutazione discrezionale sulla sussistenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa.

Il legame tra gli istituti delle *white list* e delle interdittive antimafia emerge oggi, *per tabulas*, dall'art. 83-bis, comma 2, del codice antimafia (introdotto dal d.l. "semplificazioni" n. 76/2020), il quale ha stabilito che l'iscrizione di un operatore nelle *white list* equivale al rilascio di una comunicazione o informazione antimafia, di fatto ponendo sullo stesso piano i due strumenti.

Ma già prima dell'entrata in vigore del decreto semplificazioni, il Consiglio di Stato (*III sezione, 3 aprile 2019, n. 2211*) aveva analizzato il rapporto intercorrente tra questi due strumenti.

In particolare, ripercorrendo i precedenti giurisprudenziali sull'argomento, il Consesso aveva evidenziato l'unicità e l'organicità degli istituti in esame rispetto al sistema della prevenzione nel suo complesso: *white list* e certificazioni antimafia condividono, infatti, la medesima funzione di tutela dell'ordine pubblico economico e dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A.

Non da ultimo, i due strumenti hanno ad oggetto il medesimo accertamento, ovvero la sussistenza di elementi sintomatici del pericolo di ingerenza della criminalità organizzata nell'impresa.

Ciò in cui essi divergono è, invece, l'ambito soggettivo di applicazione, poiché la disciplina delle *white list* prefettizie si applica esclusivamente ai soggetti che svolgono attività individuate espressamente come maggiormente esposte al rischio di infiltrazioni da parte della criminalità organizzata (i c.d. settori a rischio: il trasporto di materiali a scarica per conto di terzi; lo smaltimento di rifiuti per conto di terzi; l'estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; noli a freddo e a caldo, solo per citare alcuni esempi).

Questo elemento di differenza consente, così, di configurare il rapporto tra i due istituti, più che in termini di identità e sovrapposizione, in termini di complementarità.

\*\*\*

Dicevo, in apertura, di non volermi dilungare su questioni interpretative delle norme, ma dovette consentirmi un riferimento ad un aspetto "tecnico" di rilievo centrale poiché esso non riposa solo su un piano di riflessione e approfondimento teorico, ma costituisce il limite operativo con il quale tutta l'attività dell'Ufficio antimafia della Prefettura è chiamata quotidianamente a misurarsi.

Si tratta del c.d. *standard probatorio*, del *quantum* della prova che il pericolo di infiltrazione mafiosa deve soddisfare per poter giustificare l'emanazione di un provvedimento amministrativo così invasivo.

Al riguardo il Consiglio di Stato ha più volte ribadito che la disciplina antimafia si fonda su una valutazione discrezionale del Prefetto, chiamato ad operare in base ad un ragionamento induttivo e

probabilistico che non impone di raggiungere quel livello di certezza processuale – oltre ogni ragionevole dubbio – tipico dell'accertamento avente ad oggetto la responsabilità penale.

Tale giudizio si fonda su una prognosi supportata da un “*attendibile grado di verosimiglianza*”, fondato su “*indizi gravi, precisi e concordanti*” (come, ad esempio, i rapporti di frequentazione con persone vicine alla criminalità organizzata, a prescindere dalla presenza di procedimenti penali in corso o di condanne riportate in sede penale per reati in materia di criminalità organizzata), dai quali deve risultare “*più probabile che non*” il pericolo di infiltrazioni mafiose.

Ci muoviamo, quindi, sul terreno delle fattispecie di pericolo (tipiche del diritto della prevenzione), che si fondano sulla mera probabilità che l'evento si verifichi.

Pertanto, ai fini dell'adozione di tali provvedimenti non occorre trovare la prova dell'intervenuta infiltrazione mafiosa, ma è necessario individuare elementi sintomatico-presuntivi dai quali (in base ad un giudizio prognostico e discrezionale) si possa dedurre un pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata.

Discorso analogo secondo il Consiglio di Stato, attesa l'identità dei presupposti, deve essere fatto per il provvedimento di diniego di iscrizione nella *white list*, a sostegno del quale è sufficiente indicare il pericolo di infiltrazione mafiosa, sostenuto da un numero di indizi in grado di rendere verosimile e sostenibile la presunzione dell'esistenza di un condizionamento.

\*\*\*

Nell'ottica di rafforzare ulteriormente il sistema di prevenzione antimafia, il d.l. n. 152/2021 (recante “*disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*”) ha apportato alcune rilevanti modifiche al codice antimafia. Le novità di maggior rilievo sono in particolare due: l'introduzione del contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e la previsione dello strumento della prevenzione collaborativa, che attribuisce al Prefetto nuovi poteri in caso di “*agevolazione occasionale*”.

Non mi soffermerò sulla prima delle novità sopra citate – sebbene l'assenza di contraddittorio nel procedimento antimafia abbia a lungo suscitato forti perplessità in dottrina –, ma merita certamente un cenno il nuovo strumento della prevenzione collaborativa, che si colloca in una fase antecedente rispetto all'adozione di una interdittiva antimafia o al diniego di iscrizione nelle *white list*.

In particolare, la novella attribuisce al Prefetto uno strumento anticipato di intervento laddove accerti “*che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale*” e non strutturale.

La faretra a disposizione del Prefetto si è arricchita così di nuovi strumenti, potendo prescrivere all'impresa l'osservanza – per un periodo compreso tra sei e dodici mesi – di alcune misure di controllo – come, ad esempio, l'adozione e l'attuazione di misure organizzative atte a rimuovere le

cause della agevolazione occasionale; la comunicazione, nel caso di società di capitali o di persone, al gruppo interforze di eventuali forme di finanziamento da parte dei soci o di terzi; la comunicazione sempre al gruppo interforze dei contratti di associazione in partecipazione stipulati.

Il Prefetto può inoltre nominare fino ad un massimo di tre esperti, scegliendo tra gli iscritti nella sezione di esperti in gestione aziendale dell'albo nazionale degli amministratori giudiziari – con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa.

Scaduto il termine di durata delle suddette misure, il Prefetto esprime una valutazione sulle analisi formulate dal gruppo interforze e, laddove accerti *“il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un'informazione antimafia liberatoria”*.

In ogni caso, il comma 2-bis dell'art. 94-bis codice antimafia consente al Prefetto di revocare in qualsiasi momento le misure in esame e adottare l'informazione antimafia interdittiva.

Così sintetizzati i tratti salienti della “prevenzione collaborativa”, si può immediatamente osservare che le misure adottabili dal Prefetto appaiono in parte assimilabili a quelle che l'autorità giudiziaria può disporre con il controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34-bis cod. antimafia, misura più blanda rispetto all'amministrazione giudiziaria introdotta per far fronte ai casi in cui l'agevolazione di cui parla l'art. 34 del codice citato risulta essere solo occasionale.

Lo scopo della norma è dunque quello di non travolgere le imprese solo macchiate da marginali presenze mafiose, spesso inevitabili in alcuni territori, aprendo la strada ad una forma di cooperazione partecipata tra impresa e autorità amministrativa, che consente a quest'ultima di entrare in azienda e verificare la presenza o meno dei pericoli di infiltrazione mafiosa, salvaguardando il *going concern* aziendale e i livelli occupazionali.

\*\*\*

Ho più volte fatto riferimento al Gruppo interforze, organismo istituito presso la Prefettura e che affianca l'attività dell'Ufficio antimafia sul piano del monitoraggio degli appalti e su quello dell'esecuzione di accessi ai cantieri di opere pubbliche, allo scopo di verificare eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa.

L'istituto dell'accesso ha rappresentato, in questi anni, uno strumento di particolare utilità, che ha consentito alle verifiche antimafia di acquisire una proiezione operativa in virtù della quale è stato possibile procedere all'estromissione dai lavori di imprese mafiose insinuatesi nel ciclo realizzativo dell'opera pubblica.

In realtà, l'accesso ispettivo ai cantieri opera come una seconda fase dei controlli che, integrando in maniera dinamica la fase cartacea e documentale, è potenzialmente in grado di riaprire e dare nuova

linfa alle verifiche antimafia basandosi su ciò che in concreto è venuto ad emergere *ex post* e, in particolare, a seguito delle ispezioni.

\*\*\*

Consentitemi, infine, un cenno ai protocolli di legalità che con il d.l. semplificazioni già citato hanno trovato disciplina nel codice antimafia.

I protocolli di legalità nascono negli anni '90 come strumento di supporto nella lotta alla corruzione e alle infiltrazioni nel settore degli appalti pubblici garantendo trasparenza nei processi decisionali. Si tratta di strumenti pattizi, di accordi stipulati fra i soggetti coinvolti nella gestione dell'opera pubblica (Prefettura, Stazione appaltante, Contraente Generale), finalizzati ad osteggiare le infiltrazioni mafiose che in maniera diretta o indiretta, attraverso imprese e società controllate, condizionano le attività economiche e finanziarie nei settori pubblici.

Sono quindi documenti, immediatamente applicabili, che l'Istituzione o l'Ente locale richiede ai partecipanti alle gare d'appalto di sottoscrivere e che non comportano oneri, né complicano l'*iter* burocratico, ma prevedono un controllo incrociato e sanzioni nel caso in cui qualcuno dei partecipanti cerchi di eluderlo.

I protocolli di legalità trovano la loro prima disciplina normativa nell'articolo 1, comma 17, della legge anticorruzione del 2012 e sono frutto di un cambiamento culturale, prima ancora che giuridico, nel quale i tradizionali strumenti sanzionatori non esauriscono gli strumenti di lotta alla corruzione e all'illegalità nell'azione amministrativa.

Del resto, la corruzione, nella sua misura effettiva e in quella percepita da imprese e cittadini, è un enorme danno alla credibilità del Paese, perché disincentiva gli investimenti, anche stranieri, frenando di conseguenza lo sviluppo economico.

La scelta di dare compiuta disciplina all'istituto dei protocolli di legalità, definendone anche il contenuto e l'ambito di relativa applicazione, si inserisce nel più ampio programma di *“accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità”*. Il decreto semplificazioni intende, quindi, adottare *“mirate cautele volte a sventare il rischio di possibili infiltrazioni e condizionamenti della criminalità organizzata nel circuito dell'economia legale”*, come si evince dalla stessa relazione illustrativa.

In tale contesto, i protocolli di legalità perseguono dunque l'intento di approntare efficaci misure di contrasto agli illeciti “appetiti” delle organizzazioni criminali, in considerazione anche del loro tradizionale interesse alle occasioni di profitto legate alle fasi emergenziali e post-emergenziali.

Non sfuggono, ovviamente, i profili di delicatezza sottesi al fatto che la disciplina sui protocolli di legalità introduce meccanismi espulsivo-sanzionatori non facilmente armonizzabili con le regole e i

principi, anche di matrice europea, che dovrebbero governare le procedure di affidamento delle commesse pubbliche.

La circostanza che un protocollo possa di fatto attribuire rilevanza anche a mere irregolarità o a comportamenti il cui contrasto con l'ordinamento non sia stato ancora accertato in modo definitivo pone certamente una questione di coordinamento con il principio di tassatività delle cause di esclusione, in quanto potrebbe far refluire nelle procedure ad evidenza pubblica un numero indefinito di fattispecie escludenti non specificamente sanzionate da alcuna norma di legge.

Nella sostanza, l'accettazione del patto etico da parte dei concorrenti comporta l'ampliamento dei loro obblighi nei confronti della stazione appaltante da un duplice punto di vista: temporale, nel senso che gli impegni assunti dalle imprese rilevano sin dalla fase precedente alla stipula del contratto di appalto; contenutistico, perché si richiede all'impresa di impegnarsi, non solo alla corretta esecuzione del contratto di appalto, ma ad un comportamento leale e trasparente, sottraendosi a qualsiasi tentativo di corruzione o condizionamento dell'aggiudicazione del contratto.

\*\*\*

Mi rendo conto di essermi dilungato oltre le mie iniziali intenzioni.

D'altro canto, consentitemelo, quello del contrasto alle infiltrazioni mafiose e ai tentativi di corruzione nell'ambito degli appalti pubblici rappresenta una delle attività più importanti e qualificanti dell'attività prefettizia.

Una attività che svolgo, insieme ai miei collaboratori, con orgoglio perché, come ha più volte ricordato il Capo dello Stato Sergio Mattarella, sconfiggere la corruzione e l'illegalità deve continuare ad essere tra gli impegni primari del Paese e, affinché l'azione di contrasto sia efficace, è indispensabile il convinto coinvolgimento etico e culturale di ciascuno – nelle istituzioni così come nella società civile – diretto ad affermare, senza esitazioni o timidezze, il primato della legalità.