Consulenza Legale Appalti

Chiarimenti dell'Autorità sull'applicazione delle disposizioni del Codice antimafia

Qualificazione e legalità, i dettagli della determina ANAC numero 2 del 2 settembre 2014

Claudio Guccione

Avvocato

Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, che di recente ha assunto i compiti e le funzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, a seguito della soppressione della stessa - disposta dall'art. 19, co. 1, del DL n. 90/2014, conv. con mod. nella Legge n. 114/2014 -, nello svolgimento dell'attività di vigilanza sul sistema di qualificazione, ex art. 6, co. 7, lett. m), del Codice dei contratti pubblici, ha constatato la non completa sovrapponibilità tra quanto prescritto dal combinato disposto di cui agli artt. 38, co. 1, lett. b), del Codice e 78 del dPR 207/2010 ("Regolamento"), e le norme intervenute a seguito dall'entrata in vigore del D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, recante "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136" (cd. Codice antimafia). Al fine di risolvere le criticità sorte in ordine all'applicazione delle suddette disposizioni nell'ambito del sistema di qualificazione, l'ANAC è intervenuta

con la Determina del 2 settembre 2014, n. 2, sulla "Applicazione dell'articolo 38, comma 1, lett. b), del decreto legislativo 12 aprile



2006, n. 163 a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159", pubblicata in GU del 25 settembre 2014, n. 223, fornendo alcuni importanti chiarimenti, che verranno esaminati nell'ambito del presente articolo.

Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

L'Autorità osserva che, tra i requisiti di carattere generale occorrenti per il conseguimento dell'attestato di gualificazione di cui all'art. 40 del Codice appalti, l'art. 38, co. 1, lett. b) del medesimo Codice, richiamato dall'art. 78 del Regolamento, richiede l'assenza della pendenza del procedimento "per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società".

Tuttavia, la Determina rileva che la legge 27 dicembre 1956, n. 1423 ("Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità"), e la legge 31 maggio 1965, n. 575, "Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere", richiamate dal citato art. 38, co. 1, lett. b), sono state abrogate per effetto dell'entrata in vigore del Codice antimafia (D.lgs. n. 159/2011) e, quindi, i richiami normativi contenuti nello stesso art. 38 a tali fonti, devono ritenersi sostituiti con le nuove disposizioni in materia.

In particolare, infatti, all'art. 3 della l. n. 1423/1956 è ora subentrato l'art. 6 (tipologia delle misure e loro presupposti) del Codice antimafia, mentre l'art. 10 della l. n. 575/1965 deve intendersi sostituito dall'art. 67 (effetti delle misure di prevenzione) dello stesso decreto legislativo.

Ne consegue che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lettera b) del Codice appalti con l'art. 78 del d.P.R. n. 207/2010 e sulla base delle abrogazioni disposte dal D.lgs. n. 159/2011, non può ottenere l'attestato di qualificazione l'impresa nei cui con-

fronti sia accertata la pendenza del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 6 del Codice antimafia; oppure la sussistenza di una delle cause ostative previste dall'art. 67 del medesimo decreto legislativo.

Secondo l'ANAC è evidente che tra le norme intervenute e quelle previgenti (sopra indicate) non sussiste una completa sovrapponibilità e, pertanto, occorre coordinare l'art. 38, comma 1, lettera b) del Codice appalti alle richiamate disposizioni del Codice antimafia. Ai fini del suddetto coordinamento, è necessario tenere in considerazione che le disposizioni del Codice antimafia (ed in particolare, per gli aspetti che qui rilevano, quelle del Libro II, entrate in vigore il 13 febbraio 2013 a seguito della pubblicazione del D.lgs. 15 novembre 2012, n. 218 nella Gazzetta Ufficiale del 13 dicembre 2012) non sono norme meramente ricognitive del contenuto delle disposizioni che hanno sostituito (art. 3, Legge n. 1423/1956 e art. 10, legge n. 575/1965), ma lo innovano attraverso l'espressa inclusione degli attestati di qualificazione in seno all'art. 67 citato. In altre parole, il Codice antimafia, pur non prevedendo l'abrogazione espressa del citato art. 38 - il quale continua, quindi, ad esplicare i propri effetti - ha senz'altro innovato la disciplina dettata da tale disposizione, con particolare riferimento a tre aspetti: (i) l'ambito soggettivo nel sistema di qualificazione, (ii) gli effetti della "pendenza" del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione e (iii) i termini per il rilascio della documentazione antimafia.

Considerazioni preliminari

Innanzitutto, prima di analizzare le problematiche inerenti l'applicazione delle sopra richiamate norme nell'ambito del sistema di qualificazione, l'Autorità ritiene opportuno chiarire che le verifiche contemplate nell'art. 38 del Codice appalti attengono alla fase di gara e sono funzionali alla comprova dei reguisiti generali dichiarati dai concorrenti in tale sede. Al contrario, le verifiche contemplate nel Codice antimafia, come emerge dal disposto dell'art. 83 del medesimo D.lgs., attengono al momento immediatamente antecedente alla stipula del contratto - e come tali sono limitate all'aggiudicatario - e alla fase esecutiva dello stesso. Pertanto, ne consegue che: (i) ai fini della verifica dei requisiti di carattere generale dei concorrenti in sede di gara, continua a trovare applicazione esclusivamente l'art. 38, co. 1, lett. b) del Codice appalti, trattandosi di disposizione normativa sulla quale non incidono - in relazione a tale fase della procedura - le norme dettate



dal Codice antimafia (sul punto, la determina richiama espressamente le considerazioni espresse dall'Autorità, e in particolare nelle determinazioni n. 1/2010 e n. 1/2012, con riferimento all'esclusione dalle procedure di affidamento dei soggetti sottoposti a procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione antimafia ed agli strumenti che le stazioni appaltanti possono utilizzare per effettuare i necessari riscontri); (ii) ai fini della stipula del contratto, occorre eseguire sull'aggiudicatario le verifiche contemplate dallo stesso art. 38, co. 1, lett. b), così come innovate dal Codice antimafia.

Ambito soggettivo nel sistema di qualificazione

Come poco sopra anticipato, il primo dei tre profili di criticità emersi in ordine alla applicazione delle disposizioni antimafia nell'ambito del sistema di qualificazione di cui all'art. 40 del Codice appalti riguarda i soggetti da sottoporre alle verifiche antimafia. Infatti, rispetto alla previsione di cui all'art. 38, co. 1, lett. b), richiamato dall'art. 78 del Regolamento - secondo il quale, ai fini del consequimento dell'attestato di qualificazione le verifiche ivi previste devono essere eseguite sul "titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società" -, l'art. 85 del D.lgs. n. 159/2011, contiene un elenco più ampio di soggetti da sottoporre a verifica antimafia, includendo, nel comma 2-bis, anche i "soggetti membri del collegio sindacale o, nei casi contemplati dall'art. 2477 del codice civile, [il] sindaco, nonché [i] soggetti che svolgono i compiti di vigilanza di cui all'art. 6, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231". Secondo l'Autorità, dunque, occorre stabilire se, ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione, le SOA sono tenute ad eseguire i controlli in argomento secondo le indicazioni dell'art. 38, co. 1, lett. b) del Codice appalti, oppure secondo le indicazioni dell'art. 85 del Codice antimafia.

Per chiarire tale aspetto, la determina in commento richiama: (i) l'art. 67, co. 1, lett. e), del Codice antimafia, ai sensi del quale le persone cui sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere le attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici, ed (ii) il successivo art. 83, co. 1, il quale, in merito all'ambito di applicazione della documentazione antimafia statuisce, a sua volta che "le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonchè i concessionari di opere pubbliche, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'art. 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'art. 67".

L'Autorità evidenzia come dal combinato disposto delle suddette disposizioni emerga chiaramente che, ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione, le Società Organismo di Attestazione (SOA) sono tenute ad eseguire (anche) i controlli contemplati nel Codice antimafia, stante l'espressa inclusione dei provvedimenti in argomento nell'art. 67 del medesimo decreto legislativo e l'assimilazione delle predette SOA alle amministrazioni pubbliche, seppur nel senso di soggetti preposti all'esercizio di pubbliche funzioni (in merito alla natura pubblicistica delle funzioni svolte dalle SOA ed alla assimilazione delle medesime alle amministrazioni pubbliche, la determina richiama quanto espresso dalla Corte Costituzionale nella decisione del 22 maggio 2013, n. 93). Conclusivamente, quindi, l'Autorità ritiene che la verifica circa l'assenza delle cause ostative "antimafia" ex art. 38, co. 1, lett. b), del Codice dei contratti - richiamato, come detto, dall'art. 78 del Regolamento ai fini del conseguimento dell'attestato di qualificazione debba essere estesa anche nei confronti dei soggetti indicati dal co. 2-bis, dell'art. 85 del Codice antimafia, quale ulteriore garanzia dell'affidabilità morale dell'impresa che intende ottenere l'attestato di qualificazione.

"Pendenza" del procedimento

In secondo luogo, l'Autorità prende in considerazione gli effetti della "pendenza" del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, chiarendo, innanzitutto, che si considera "pendente" il procedimento per l'irrogazione di una misura di prevenzione soltanto a seguito dell'iscrizione, nell'apposito registro della cancelleria del tribunale, della proposta di applicazione della misura, personale o patrimoniale, formulata da uno dei soggetti legittimati, quale il Procuratore nazionale antimafia, il Procuratore della repubblica, il Direttore della direzione investigativa antimafia o il Questo-

re (sul punto, la determina richiama le Determinazioni dell'Autorità n. 1/2010 e n. 1/2012); l'annotazione della richiesta di applicazione della misura di prevenzione avviene nel registro di cui all'art. 81 del Codice antimafia (che sostituisce l'art 34 della l. n. 55/1990). In particolare, l'ANAC evidenzia che, mentre ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. b), del Codice appalti costituisce causa ostativa alla stipula del contratto d'appalto la mera pendenza del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, l'art. 67 del Codice antimafia prevede, invece, ai commi 3 e 6, che sia il giudice a poter disporre in via provvisoria l'operatività dei divieti di stipula dei contratti e di rilascio dell'attestazione SOA durante il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione.

In altre parole, la determina in commento, evidenzia come tale ultima disposizione non attribuisca, contrariamente a quanto previsto dall'art. 38 del Codice appalti, un effetto interdittivo automatico alla mera pendenza dei procedimenti in questione. Secondo l'Autorità, quindi, occorre procedere al coordinamento tra le suddette disposizioni, e a tal fine, ricorda che il D.lgs. n. 159/2011 costituisce normativa sopravvenuta rispetto al disposto di cui all'art. 38 del Codice appalti e che, pertanto, è necessario dare prevalenza alle disposizioni del citato art. 67, co. 3 e co. 6. Ne conseque, quindi, che il divieto contemplato nello stesso art. 38, co. 1, lett. b) del Codice dei contratti, in relazione al rilascio dell'attestato di qualificazione, opera - non più sulla base della mera pendenza del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione - ma sulla base di un provvedimento espresso del giudice con il quale sia disposta in via provvisoria l'operatività del divieto de quo durante il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione.

Termini

La terza e ultima problematica presa in analisi dalla Determina in commento attiene, come detto, ai termini per il rilascio della documentazione antimafia di cui all'art. 84 del Codice antimafia. A tal proposito, l'Autorità ricorda innanzitutto che, fino all'attivazione della Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia (di cui all'art. 97 del Codice antimafia), i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2, acquisiscono la documentazione antimafia direttamente dalle Prefetture competenti ai sensi dell'art. 87, commi 1 e 2 e dell'art. 90, commi 1 e 2 del Codice e che, per il rilascio di tale documentazione ("comunicazione antimafia" e "informazione antimafia"), devono osservarsi i termini - ossia 45 giorni, prorogabili di ulteriori 30; nei casi di urgenza ridotti complessivamente a 15 giorni) - di cui agli articoli 88 e 92 dello stesso Codice antimafia (art. 99, comma 2-bis). Analoga disposizione non è, tuttavia, prevista dall'art. 88 del Codice antimafia in relazione al mancato rilascio, entro i termini ivi indicati, della comunicazione antimafia da parte del Prefetto (mentre la possibilità di procedere ad autocertificazione è limitata alle ipotesi dell'urgenza e del rinnovo di provvedimenti già disposti; casi contemplati dall'art. 89, co. 1). Secondo l'Autorità, alla luce dell'entrata in vigore delle disposizioni riguardanti i termini di rilascio delle certificazioni da parte delle Prefetture, occorre chiarire se le SOA possano procedere all'emissione dell'at-



testo di qualificazione anche in assenza di un esplicito riscontro degli uffici prefettizi.

Al riguardo la determina richiama l'art. 92, co. 3, del Codice antimafia, il quale stabilisce che "decorso il termine di cui al comma 2, ovvero, nei casi di urgenza, decorso il termine di quindici giorni dalla ricezione della richiesta, i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza dell'informazione antimafia. In tale caso, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui al comma 1 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite".

In relazione a tale disposizione, peraltro, il termine previsto per il rilascio dell'informazione antimafia è da intendersi come ordinatorio (sul punto richiama la Circolare del Ministero dell'Interno del 13 febbraio 2013). L'Autorità, quindi, osserva che una interpretazione logico-sistematica delle norme sopra richiamate induce a ritenere sussistente la possibilità di procedere comunque all'emissione dell'attestato di qualificazione, anche nelle more del rilascio della comunicazione antimafia. Ciò in quanto, se il legislatore ha riconosciuto la possibilità di emettere i provvedimenti richiesti anche nelle more del rilascio dell'informazione antimafia - la quale ai sensi dell'art. 84, comma 3, del Codice Antimafia ha il medesimo contenuto della comunicazione antimafia, oltre l'attestazione della sussistenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa -, deve ritenersi ammesso procedere all'emissione dei provvedimenti in esame anche nelle more del rilascio della comunicazione antimafia. Pertanto, l'Autorità conclude nel ritenere che, con riferimento al sistema di qualificazione, ove siano decorsi infruttuosamente i termini per il rilascio della comunicazione antimafia, sembra possibile emettere l'attestato, fatta salva la facoltà di procedere alla revoca del predetto documento ex art. 40, co. 9-ter del Codice dei contratti, in caso di intervenuta comunicazione antimafia attestante cause di divieto, decadenza, sospensione di cui all'art. 67 del Codice antimafia.

Conclusioni

Concludendo, l'Autorità fornisce tre importanti direttive, ovvero:

(i) "la verifica circa l'assenza delle cause ostative antimafia ex art. 38, comma 1, lettera b), del Codice dei contratti - richiamato dall'art. 78 del Regolamento ai fini del conseguimento dell'attestato di qualificazione - deve essere effettuata anche nei confronti dei soggetti indicati dal comma 2-bis dell'art. 85 del Codice antimafia, quale ulteriore garanzia dell'affidabilità morale dell'impresa che intende ottenere l'attestato di qualificazione";

(ii) "ai sensi del combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lettera b) del Codice dei contratti con l'art. 67 del Codice antimafia, il divieto contemplato nello stesso art. 38, comma 1, lettera b) in relazione al rilascio dell'attestato di qualificazione, opera - non più sulla base della mera pendenza del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione - ma sulla base di un provvedimento espresso del giudice con il quale sia disposta in via provvisoria l'operatività del divieto stesso durante il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione";

(iii) "è possibile procedere all'emissione dell'attestato di qualificazione ove siano decorsi infruttuosamente i termini per il rilascio della comunicazione antimafia, fatta salva la facoltà di procedere alla revoca del predetto documento ex art. 40, comma 9-ter del Codice dei contratti in caso di successiva documentazione antimafia dalla quale emerga, a carico dei soggetti censiti, la sussistenza di cause di decadenza di cui all'art. 67 del Codice antimafia".