

PROFILI DI COORDINAMENTO TRA L'ATTESTAZIONE DI QUALIFICAZIONE E L'INFORMATIVA ANTIMAFIA: TENDENZE ERMENEUTICHE E PROSPETTIVE FUTURE*.

di Vinicio Brigante**

Sommario. 1. La propagazione degli effetti dei provvedimenti antimafia sull'attestazione di qualificazione - 2. L'indipendenza come elemento distintivo del sistema di qualificazione - 2.1 Il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici nella disciplina del d.lgs. 50/2016: competenze dell'ANAC per garantire il requisito di indipendenza - 2.2 Il necessario aggiornamento della attestazione di qualificazione - 2.3.1 L'informativa antimafia come fattispecie impeditiva della richiesta di rinnovo - 2.3.2 Verifiche antimafia ai fini del rilascio dell'attestazione - 3. L'informativa antimafia come strumento di contrasto alla pervasività mafiosa negli appalti pubblici - 3.1 Profili di coordinamento tra il codice antimafia e il codice degli appalti - 3.2 La validità temporale delle informative antimafia - 3.3 Mancata revoca dell'affidamento ad impresa colpita da informativa interdittiva - 4. Brevi riflessioni conclusive alla luce del nuovo Codice dei Contratti pubblici.

103

1. La propagazione degli effetti dei provvedimenti antimafia sull'attestazione di qualificazione.

L'assenza di un'adeguata previsione di raccordo che sintetizzi il necessario coordinamento tra la normativa antimafia e la normativa sugli appalti pubblici ha generato consistenti contraddizioni e un rilevante contrasto interpretativo, in ordine a fattispecie che rivestono un interesse generale tale da richiedere una uniformità di valutazione.

Un'articolata fattispecie¹, sottoposta al vaglio della V Sezione del Consiglio di Stato, offre, a tal proposito, interessanti profili di riflessione e aspetti di diritto estremamente rilevanti in tema di rapporti tra la normativa antimafia e il tessuto del sistema giuspubblicistico degli appalti², in un'ottica di tenuta del sistema, in un contesto storico-giuridico di transizione in materia di aggiudicazione delle commesse pubbliche, e offre interessanti spunti di

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottorando di ricerca di diritto dell'economia - Università di Napoli "Federico II".

¹ Cons. St., Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 410.

² M. MAZZAMUTO, Lo scettro della prefettocrazia: l'indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della filiera, in *Diritto dell'economia* 3/2013; in senso critico, si rileva che la propensione legislativa a massimizzare l'interesse pubblico sotteso alla normativa antimafia, per quanto portatrice di interessi preminenti in senso assoluto, si sia sviluppata senza considerare gli altri interessi pubblici e imprenditoriali concorrenti.

riflessione alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in recepimento delle direttive 2014/UE.

La fattispecie, nello specifico, offre l'occasione di analizzare la relazione che intercorre tra l'attestazione di qualificazione, così come rilasciata dalle SOA, e l'informativa antimafia, questione in relazione alla quale si registra un vuoto di indagine.

Nella vicenda menzionata, la Stazione Appaltante Unica Provinciale di Reggio Calabria aveva disposto l'aggiudicazione definitiva di una procedura di gara aperta in favore dell'impresa appellante, salvo poi revocare la stessa aggiudicazione in autotutela, sul rilievo della mancata richiesta della verifica triennale dell'attestazione SOA da parte dell'impresa, scaduta nel corso della procedura di gara.

Inoltre, l'impresa era stata destinataria di un'informativa antimafia interdittiva da parte della Prefettura di Reggio Calabria, fattispecie che le aveva impedito di richiedere tempestivamente la verifica triennale del proprio certificato di qualificazione, la cui scadenza si era consumata nel periodo di validità dell'informativa summenzionata.

In seguito la Prefettura aveva adottato un provvedimento antimafia di carattere liberatorio il quale, come rilevato dalla stessa Prefettura e dal Consiglio di Stato³, aveva lasciato impregiudicati gli effetti medio tempore prodotti dalla precedente informativa interdittiva, che nel contesto storico-amministrativo in cui era stata pubblicata, appariva legittima e supportata da validi elementi di fatto e di diritto.

La propagazione degli effetti dell'informativa interdittiva precedentemente emessa, non rilevando a tal fine il successivo provvedimento liberatorio, non aveva legittimato l'impresa a inoltrare l'istanza per la verifica triennale dell'attestazione SOA in quanto nessuna società di attestazione le avrebbe potuto rinnovare il certificato.

Il T.A.R. Calabria⁴ ha rigettato il ricorso dell'appellante, in quanto, a parere di tale collegio, l'informativa antimafia, non rientrando tra i requisiti di ordine generale ex art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, non è di per sé ostativa alla richiesta e al rilascio dell'attestazione SOA; le SOA non figurano tra i soggetti abilitati alla consultazione della banca dati unica della documentazione antimafia, e nessun ostacolo si sarebbe pertanto frapposto ai fini della presentazione dell'istanza di verifica triennale dei requisiti, che costituisce un preciso onere per la ricorrente.

³ Cons. St., Sez. V, ord. 15 maggio 2014, n. 2018

⁴ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 11 febbraio 2015, n. 140

A parere del Collegio, la mancata presentazione dell'istanza nel termine ha legittimato l'annullamento da parte della stazione appaltante ex art. 77, del Regolamento sugli appalti, che prevede l'inabilità per l'impresa di partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza dell'attestazione, fino alla data di effettuazione della verifica con esito positivo.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza richiamata, accoglie il ricorso, in quanto non può essere ravvisata l'inerzia in capo all'impresa per la mancata richiesta della verifica triennale, causata da un difetto temporaneo di legittimazione, a sua volta determinato dagli effetti medio tempore prodotti dall'informativa interdittiva.

L'illegittimità del provvedimento di revoca, nel singolare caso di specie, in cui si sono alternati cronologicamente provvedimenti e pronunce dei giudici amministrativi, risulta giustificato dalla simultanea applicazione dei principi sostanziali in tema di interdittive antimafia e di quelli processuali sull'effettività della tutela giurisdizionale.

A parere del Collegio, risulta fondata la censura dell'appellante, perché non è imputabile alla stessa la mancata richiesta di rinnovo della attestazione SOA, poiché al momento della scadenza del certificato de qua risultavano efficaci le determinazioni antimafia della prefettura, caducate, in seguito, da un'ordinanza cautelare e da una determinazione della stessa autorità prefettizia.

Pertanto la Stazione Appaltante non avrebbe dovuto revocare l'aggiudicazione, perché la mancata richiesta della verifica triennale dell'attestazione è una diretta conseguenza del provvedimento antimafia, i cui effetti sono stati tuttavia sospesi dall'ordinanza cautelare n. 2018 del 15 maggio 2014; il Collegio, rilevando che la mancata richiesta della verifica dell'attestazione non può essere addebitata all'impresa, riforma la sentenza di primo grado, con relativo annullamento del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

Il Collegio lascia impregiudicati gli effetti dell'aggiudicazione, inizialmente disposta dalla stazione appaltante, senza sconfessare in maniera puntuale il rilievo secondo cui l'impresa sia stata destinataria di un provvedimento antimafia, risultato in ogni caso legittimo in un periodo coincidente con quello della procedura di gara, nonostante sia stato superato da una successiva informativa liberatoria.

In definitiva, il Consiglio di Stato annulla la revoca di un'aggiudicazione ad un'impresa che, nelle more della procedura ad evidenza pubblica, sia rimasta sprovvista di attestazione SOA e, sia risultata destinataria di un provvedimento antimafia di tipo interdittivo, anche

se i due profili, a parere del Collegio, sono avvinti da un inscindibile rapporto di causa-effetto, che offre l'occasione per analizzare, alla luce delle scelte legislative compiute nel nuovo Codice degli Appalti, aspetti di rilievo nodale..

2. L'indipendenza come elemento distintivo del sistema di qualificazione.

Uno dei principi cardine in tema di aggiudicazione delle commesse pubbliche è rappresentato dall'art. 40, d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, a norma del quale i soggetti esecutori di lavori

pubblici devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi di qualità, professionalità e correttezza⁵.

Il legislatore, nel privilegiare sistemi che siano in grado di comprovare ex ante i requisiti tecnico-economici richiesti per l'esecuzione dell'appalto, con uno dei regolamenti attuativi⁶ della Legge Merloni, 11 febbraio 1994, n. 109, ha introdotto un sistema di accreditamento attraverso le cd. Società Organismi di Attestazione (S.O.A.), appositamente autorizzate da un provvedimento ministeriale di carattere abilitativo.

Tale sistema abilitativo è finalizzato a preservare la natura pubblicistica delle funzioni di attestazione svolte dalle SOA, affinché le stesse restino assoggettate ai medesimi vincoli che caratterizzano l'azione dell'amministrazione pubblica in senso stretto e soddisfino il canone di imparzialità⁷, intimamente collegato alla natura tecnica delle funzioni indirizzate ad assicurare, nel modo più adeguato e attendibile, l'idoneità tecnico-economica dei soggetti esecutori di appalti pubblici.

Il conseguimento dell'attestazione è subordinato a un'istruttoria condotta dalla stessa società di attestazione che svolge gli accertamenti necessari alla verifica dei requisiti di qualificazione e perfeziona la procedura di rilascio dell'attestazione entro 90 giorni dal contratto precedentemente stipulato con l'impresa.

Presupposto del sistema di qualificazione risulta pertanto essere la corrispondenza tra

⁵ Il d.lgs. 18 aprile 2016, n.50, riprende tale ratio legis, con la previsione di cui all'art. 84, rubricato "Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici"

⁶ d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, recante il "Sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori ai sensi dell'art. 8 della legge 109/1994 e successive modificazioni"

⁷ C.CONTESSA, I requisiti di autonomia e indipendenza delle SOA e l'onere della prova, in Urb. e app. 11/2015

qualità e qualificazione, ossia la verificata esistenza in capo all'appaltatore di determinati requisiti atti a garantire un ragionevole affidamento sulla migliore realizzazione dell'opera, nel prisma della garanzia di indipendenza di valutazione e giudizio, che caratterizzano le società deputate al controllo di tale corrispondenza.

E' opportuno rilevare, come di recente confermato da un arresto pretorio⁸, che il canone di indipendenza di valutazione e giudizio non va riferito al solo rapporto biunivoco fra la singola SOA e la propria committenza, quanto piuttosto, e in senso più ampio, all'intero e non preventivabile novero di fattori potenzialmente idonei ad influire sul più trasparente ed imparziale esercizio delle delicate funzioni di rilievo pubblicistico demandate alle SOA. Il requisito dell'indipendenza delle Società Organismi di Attestazione non è definito a priori dalla legge, ma risulta soddisfatto qualora sussista, in capo a detti organismi, la "preparazione, esperienza e correttezza", che offrano garanzie in tal senso, in quanto il dato legislativo non ne fornisce a priori una definizione, ma implica giudizi di valore, affidati al potere dell'amministrazione (in senso lato riconducibile al concetto di discrezionalità), sindacabile solo sotto profili estrinseci.

La palese difficoltà di definire ex ante la latitudine complessiva del principio di indipendenza citato è colmata in via interpretativa da autorevoli pronunce che ne hanno quantomeno indicato lo spazio applicativo⁹.

La Corte Costituzionale¹⁰ ha osservato che il principio di esclusività dell'oggetto sociale della SOA ha la funzione di vietare ad un medesimo soggetto di svolgere contemporaneamente attività di organismo di certificazione e di SOA, al fine di prevenire situazioni che compromettano l'indipendenza del soggetto de qua, anche in via solo potenziale.

Analogamente, la Corte di Giustizia UE¹¹ ha fatto emergere, nel definire la soglia minima che il carattere di indipendenza deve assumere, un approccio di garanzia, volto ad

⁸ Cons. St., Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3290

⁹ Ex plurimis si veda T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 19 settembre 2006, n. 8812; l'indipendenza delle SOA (società organismo di attestazione) deve essere garantita in ogni modo, atteso che esse svolgono funzioni di interesse pubblico finalizzate ad assicurare l'idoneità tecnico-economica dei soggetti che svolgono attività nel settore dei lavori pubblici, sicché le norme in materia vanno interpretate in modo da consentire di realizzare concretamente tale finalità e, d'altro canto, le stesse norme non definiscono a priori il requisito dell'indipendenza; pertanto, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici è legittimata a procedere alla revoca dell'autorizzazione SOA per perdita del detto requisito anche per presunzioni, ancorché sulla base di indizi precisi e concordanti.

¹⁰ Corte Cost., 22 maggio 2013, n. 94

¹¹ Corte di Giustizia UE, 12 dicembre 2013, C-327/12

assicurare un livello di autarchia adeguato, non in assoluto, ma calato rispetto agli interessi particolari dei committenti.

Ulteriore acquisizione di tipo giurisprudenziale, già cristallizzata, in via di principio, in riferimento all' Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici¹², è il riconoscimento di un ampio ambito di valutazione devoluto all' Autorità Anticorruzione nell'individuazione e nella valutazione di elementi sintomatici potenzialmente idonei a compromettere l'indipendenza valutativa delle SOA e la relativa autonomia decisionale.

Appare pertanto pienamente condivisibile la considerazione secondo cui in chiave di ricostruzione logica e sistematica - al di là del mero dato letterale - che sussiste un potere, in capo all'autorità, di annullare in via diretta le attestazioni SOA; se infatti l'Autorità Anticorruzione può indicare in maniera vincolante il contenuto dell'attestazione e può addirittura, in caso di inadempimento della SOA nel recepire tale contenuto, sanzionarla precludendone ogni ulteriori attività (mediante la revoca dell'autorizzazione generale), a maggior ragione l'Autorità può adottare la misura, di minore impatto, di intervenire in via diretta sull'attestazione, annullandola.

Appare riconosciuto, in via pretoria, e in seguito in via positiva con l'art. 84¹³ del Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. 50/2016, un ampio ambito di discrezionalità valutativa all'ANAC nell'individuazione e nell'apprezzamento di indici che possano testimoniare il venir meno dell'imprescindibile requisito di indipendenza delle SOA, anche mediante il ricorso a presunzioni e a comuni massime di esperienza, acquisizione che peraltro appare pienamente coerente con il criterio di vicinitas della prova.

¹² Cons. St. Sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4299; il potere di revoca dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di attestazione della qualificazione rilasciata ad una Società organismo di attestazione (Soa), di cui all'art. 10 comma 5, del d.P.R. n. 34 del 2000, è subordinato all'accertamento del venir meno dei requisiti e delle condizioni di legge, senza che sia richiesto un accertamento giurisdizionale di una qualche consistenza e stabilità; ne consegue la legittimità della determinazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici di considerare accertati, ai fini amministrativi, i fatti risultanti dalle puntuali indagini di P.S.

¹³ L'art 84, comma 2, d.lgs. 50/2016 prevede che l'ANAC individua i livelli standard di qualità dei controlli che le società organismi di attestazione (SOA) devono effettuare, con particolare riferimento a quelli di natura non meramente documentale. L'attività di monitoraggio e controllo di rispondenza ai suddetti livelli standard di qualità comporta l'esercizio di poteri di diffida, ovvero, nei casi più gravi, la sospensione o la decadenza dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte dell'ANAC.

2.1. Il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici nella disciplina del d.lgs. 50/2016: competenze dell'ANAC per garantire il requisito di indipendenza.

Coerentemente con quanto già stabilito dal diritto vivente¹⁴, uno degli aspetti di diffuso interesse, nel nuovo Codice dei contratti, riguarda la previsione, ex art. 84, secondo cui i soggetti esecutori, a qualsiasi titolo di lavori pubblici, provano il possesso dei requisiti di qualificazione mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC.

La disposizione prevede un trasferimento di competenze dal Ministero a un'autorità amministrativa indipendente, dal precedente provvedimento ministeriale di carattere abilitativo all'attestazione fornita da un'Autorità di settore, secondo una condivisibile opzione legislativa, mirata a sottolineare il carattere dominante dell'indipendenza dei soggetti che devono verificare il possesso dei requisiti delle imprese.

A tal fine, per rendere più efficaci i controlli funzionali al rilascio dell'attestazione, l'ANAC, con proprie linee guida, individua livelli standard di qualità dei controlli che le Società Organismi di Attestazione devono effettuare, con particolare riferimento a quelli di natura non meramente documentale.

L'attività di monitoraggio e controllo di rispondenza ai suddetti livelli standard di qualità comporta l'esercizio di poteri di diffida, ovvero, nei casi più gravi, sospensione o decadenza dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte dell'ANAC.

Al fine di uniformare il previgente sistema ministeriale di abilitazione, alla disposizione che prevede che sia l'ANAC ad emanare tale autorizzazione, il comma 3, dell'art. 84, prevede una ricognizione straordinaria circa il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività, da parte dei soggetti operanti in materia di attestazione, da effettuarsi entro tre mesi dell'entrata in vigore del nuovo Codice.

Il Codice, con un'interessante e condivisibile scelta legislativa, prevede un sistema unico di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici, articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori, con una progressione che consente all'ANAC di graduare la pervasività dell'intervento.

Mediante la valorizzazione del requisito di indipendenza, è previsto che l'ANAC vigili sul

¹⁴ Cons. St., Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3290

sistema di qualificazione e, a tal fine, effettui ispezioni, anche senza preavviso, o richieda qualsiasi documento ritenuto necessario.

I poteri di vigilanza e di controllo sono esercitati anche su motivata e documentata istanza di una impresa ovvero di una SOA o di una stazione appaltante; le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di effettuare controlli, almeno a campione, secondo modalità predeterminate, sulla sussistenza dei requisiti oggetto dell'attestazione, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate all'ANAC, che dispone la sospensione cautelare dell'efficacia dell'attestazione dei requisiti entro dieci giorni dalla ricezione dell'istanza medesima.

Al fine di garantire l'effettività e la trasparenza dei controlli sull'attività di attestazione posta in essere dalle SOA, l'ANAC predetermina e rende pubblico il criterio e il numero di controlli a campione da effettuare annualmente sulle attestazioni rilasciate dalle SOA.

2.2. Il necessario aggiornamento della attestazione di qualificazione.

Lo scopo della normativa sulla qualificazione delle imprese dettata dall'art. 40¹⁵ del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 non è ravvisabile nella esigenza che alle gare partecipino soggetti in possesso di abilitazioni puramente formali, ma è finalizzato all'effettiva dimostrazione dell'esistenza dei prescritti requisiti sostanziali, che rivelino quindi una reale affidabilità dei privati nei confronti della stazione appaltante.

A tal fine il legislatore ha optato per un periodo relativamente lungo, pari ad un quinquennio, per la validità delle certificazioni SOA, ma lo ha condizionato ad una verifica triennale che attesti la persistenza dei requisiti soggettivi, affinché le imprese non utilizzino le certificazioni di qualificazione pur se nel frattempo siano venuti meno i requisiti

¹⁵ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 2 dicembre 2015, n. 13653; l'art. 40 comma 9 quater, d.lgs. n. 163 del 2006 chiarisce che in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne danno segnalazione all'ANAC che deve svolgere un'indagine, nel riscontrare dolo o colpa grave, che deve essere fondata sulla rilevanza o gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o di presentazione di falsa documentazione. Sono dunque i "fatti" specifici ad essere oggetto dell'indagine non l'astratta configurabilità di un mancato controllo, sia pure nell'ambito dei requisiti professionali che connotano l'esercizio dell'impresa, sui dati delle certificazioni in sé considerabili, altrimenti dovendosi configurare sempre e comunque la presenza di mancata corrispondenza tra documentazione e certificazione un'ipotesi di gravità della colpa, con esclusione quindi di ogni graduazione e ogni approfondimento istruttorio specifico che la norma su riportata sembra prevedere, lasciando invece un margine di discrezionalità dell'autorità di settore che però deve essere reso esplicito sulla base degli specifici fatti alla sua attenzione.

inizialmente posseduti¹⁶.

La previsione, peraltro, nella stessa *intentio legis*, è integralmente ripresa anche dal nuovo Codice degli appalti, in recepimento delle direttive 2014/UE, in quanto l'art. 84, comma 11, prevede che "La qualificazione della SOA ha durata di cinque anni, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale indicati nelle linee guida".

In materia di accertamento dei requisiti per il conseguimento di appalti di lavori pubblici vige il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando devono essere possedute dai concorrenti, non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento ad evidenza pubblica, senza soluzione di continuità¹⁷.

L'art. 77., d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 dispone che in data non antecedente a novanta giorni prima della scadenza del previsto termine triennale, l'impresa abbia l'obbligo di sottoporsi a verifica di mantenimento dei requisiti presso la SOA che ha rilasciato l'attestazione oggetto di revisione.

L'esame combinato dei commi 1 e 7 dell'art. 77, d.P.R. n. 207 del 2010, avvalorata la conclusione che distingue il regime applicabile in base alla tempestività o meno della richiesta di verifica triennale.

Nel caso in cui la richiesta sia formulata dopo che sia spirato il termine triennale di efficacia della verifica viene meno la possibilità di saldare, sul piano temporale e concettuale, la vigenza originaria dell'attestazione rispetto alla scansione della procedura di verifica, con la conseguenza che, ai sensi del comma 7, la verifica positiva opererà *ex nunc* mentre nelle more, in forza del comma 1, scatterà il divieto di partecipazione¹⁸.

La norma in questione ha generato un notevole dualismo ermeneutico¹⁹, in ordine al valore da attribuire al termine di 90 giorni, antecedente alla data di scadenza.

Secondo una prima ricostruzione pretoria, nella disciplina contenuta nell'art. 77 d.P.R. 207 del 2010, la presenza dell'avverbio di negazione "non" consente di poter presentare

¹⁶ T.A.R. Trentino, Sez. I, 6 novembre 2008, n. 284

¹⁷ Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4

¹⁸ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 16 dicembre 2015, n. 14142; a tale regime fa eccezione il caso della richiesta tempestiva che, in una logica di incentivazione dei comportamenti virtuosi, consente l'ultravigenza dell'attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura e, in caso di esito positivo, la saldatura del relativo esito con la scadenza del triennio.

¹⁹ Sul punto si veda G. BALOCCO, Il punto dell'Adunanza Plenaria sulla verifica triennale del certificato di attestazione SOA, in *Urb. e app.*, 12/2012

domanda di verifica SOA, almeno fino al giorno antecedente a quello di scadenza; il rinnovo, così come la verifica, di una certificazione SOA ha effetti solutori della validità della stessa solo nel caso in cui venga accertata la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento del rilascio della prima attestazione, e, ciò vale anche per il periodo intertemporale tra due certificazioni SOA.

Il rilascio di un nuovo attestato SOA certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra, ma anche che l'impresa non solo non ha mai perso quei requisiti in passato già valutati e certificati positivamente ma che, indubitabilmente, li ha mantenuti anche nel periodo di rilascio della nuova certificazione²⁰.

Per differente ricostruzione, alla fissazione del termine di "almeno" 90 giorni prima della scadenza quinquennale per la presentazione dell'istanza di rinnovo, non può non riconoscersi efficacia premiante, nel senso di assicurare continuità nel tempo al precedente regime abilitativo oggetto di attestazione, perché diversamente non avrebbe alcun senso la fissazione di tale termine sollecitatorio, dal momento che, a rilevare, sarebbe comunque la sola scadenza quinquennale con effetti estintivi definitivi, a prescindere da possibili iniziative di parte²¹.

2.3.1. L'informativa antimafia come fattispecie impeditiva della richiesta di rinnovo.

Tuttavia, nella vicenda in esame, l'istanza di rinnovo è stata richiesta ben oltre la scadenza di validità triennale dell'attestazione, e come rilevato dalla Adunanza Plenaria²², la legittimazione alla partecipazione alla gara è fattispecie diversa e non riconducibile all'alveo della legittimazione all'aggiudicazione.

A quest'ultimo fine rimane indispensabile il possesso effettivo della qualificazione, in quanto l'esito positivo della verifica è condizione di efficacia del provvedimento di aggiudicazione.

La mancata richiesta di rinnovo, a parere della ricorrente, è stata resa impossibile per la

²⁰ T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 3 marzo 2015, n. 588

²¹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 31 luglio 2015, n. 4188

²² Cons. St., Ad. Plen., 18 luglio 2012, n. 27

carenza di un requisito di ordine generale ex art. 38, d.lgs. 163/2006, in quanto la stessa, al momento della scadenza del certificato, è stata colpita da informativa interdittiva.

Nell'interpretazione del T.A.R., in primo grado, l'informativa antimafia -istituto che sarà ampiamente analizzato nel prosieguo della trattazione- non rientra tra i requisiti di ordine generale e, pertanto, non è di per sé ostativa al rilascio dell'attestazione SOA.

In tale prospettiva, la sussistenza dell'informativa antimafia deve essere verificata, da parte della stazione appaltante, a valle della procedura, al momento dell'aggiudicazione, così come statuito dall'art. 91, comma 3, d.lgs. 159/2011.

Le SOA, secondo tale ricostruzione, non figurano tra i soggetti sui quali grava l'obbligo della richiesta di informativa interdittiva, ex art. 83, d.lgs. 159/2011, in quanto tale onere spetta unicamente alle stazioni appaltanti, in qualità di uniche parti del rapporto negoziale di appalto con gli operatori economici.

Corollario di tale impostazione è l'onere di tempestiva richiesta di rinnovo dell'attestazione SOA che grava in capo all'impresa, non potendo la stessa esibire come oggettivo impedimento gli effetti dell'informativa, che operano su un piano differente e che pertanto non dispensano l'impresa dall'obbligo in questione.

2.3.2. Verifiche antimafia ai fini del rilascio dell'attestazione.

Per differente impostazione, seguita dalla sentenza in commento, tra i requisiti di carattere generale, necessari per il conseguimento dell'attestato di qualificazione, ai sensi dell'art. 38, d.lgs. 163/2006, è richiesta l'assenza della pendenza del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3, legge 1423/1956 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 575/1965, che prevedevano la decadenza di diritto dai provvedimenti ampliativi della sfera giuridica, per i soggetti destinatari di una misura di prevenzione.

Nell'originario impianto di contrasto alle infiltrazioni criminali nel ciclo delle commesse pubbliche, delineato dalla legge 575/1965, recante "Disposizioni criminali di tipo mafioso", l'intervento si fondava sul sistema di decadenza di diritto dai provvedimenti ampliativi quali licenze, concessioni e iscrizione agli albi di appaltatori nei confronti dei soggetti destinatari, in via definitiva, di una misura di prevenzione di cui alla l.1423/1956.

Tuttavia, la sola decadenza dalle licenze già conseguite non impediva all'impresa affiliata di acquisirne di nuove, sia perché il divieto di rilascio non era espressamente contemplato, sia perché le pubbliche amministrazioni, preposte al conferimento dei provvedimenti in questione, non avevano strumenti appropriati per rilevare l'esistenza di eventuali cause ostative.

La legge 31 maggio 1965, n. 575, presentava due lacune di fondamentale rilievo: l'accertamento era relativo alle sole fasi di aggiudicazione e contrattazione, non estendendosi alla fase dell'esecuzione del pubblico appalto e, solo per il subappalto e per il cottimo era configurabile, oltre alla stipulazione, il requisito della relativa autorizzazione da parte dell'amministrazione appaltante²³.

La legge 575/1965 è stata abrogata per effetto dell'entrata in vigore del Codice Antimafia, d.lgs 6 settembre 2011, n.159, e, pertanto, i richiami normativi operati dall'art. 38, devono ritenersi riferiti alle disposizioni vigenti.

Il Codice Antimafia, esito di un compiuto ed articolato lavoro di adeguamento di una stratificazione normativa spesso disorganica, non si limita a una mera ricognizione della normativa antimafia, ma presenta notevoli innovazioni, quali la previsione delle attestazioni di qualificazione nell'elenco di provvedimenti che non possono essere rilasciati ai soggetti ai quali sia stata applicata, con provvedimento definitivo, una misura di prevenzione, ex art. 67, d.lgs. 159/2011.

La previsione dell'attestazione di qualificazione quale provvedimento il cui rilascio è condizionato alle verifiche antimafia, rende necessario definire l'ampiezza dei poteri delle SOA in ordine all'acquisizione della documentazione antimafia.

A tal proposito, l'art. 83, d.lgs. 159/2011 opera un generico rinvio in tal senso, nella previsione di un obbligo in capo alle amministrazioni aggiudicatrici, e agli altri soggetti indicati nella norma, di acquisire la documentazione antimafia -senza operare alcuna distinzione tra comunicazione e informativa- prima di rilasciare i provvedimenti indicati nell'articolo 67, tra i quali rientra espressamente l'attestazione di qualificazione.

Nella vicenda in esame, l'impresa è stata destinataria di un'informativa antimafia e l'esame del combinato disposto degli articoli 84 e 90, del Codice Antimafia, induce a ritenere

²³ C.TAORMINA, Appalti, subappalti e cottimi nella legislazione antimafia, Milano, Giuffrè, 1985, p. 27 ss

tassativo l'elenco dei rapporti sottoposti a tale verifica²⁴, nel quale manca la categoria dei provvedimenti amministrativi, categoria nella quale vanno ricondotte sicuramente le attestazioni di qualificazione.

Tale impostazione può essere tuttavia mitigata alla luce della previsione contenuta nel comma 3 dell'art. 84 citato, che opera un rinvio generico all'art. 67, che ricomprende, nell'elenco di cui al comma 1, alla lettera e), le attestazioni di qualificazione, senza tuttavia chiarire l'ampiezza dei poteri delle SOA in materia.

Il collegio, mediante un'evidente forzatura ermeneutica dell'impostazione appena delineata, fondata sul dato letterale, rileva che dall'art. 85 del Codice Antimafia si evince che le SOA sono tenute ad eseguire anche i controlli previsti dal suddetto Codice; corollario diretto di tale impostazione è il divieto, in capo alle SOA, di rilasciare attestazione di qualificazione, in presenza di informativa antimafia produttiva di effetti al momento dell'istanza.

La soluzione seguita dal T.A.R., diametralmente opposta alla pronuncia di appello, è più fedele al dato testuale, in quanto dalla lettera dell'art. 83, d.lgs. 159/2011, non risulta che le SOA figurino tra i soggetti sui quali grava l'obbligo di richiedere la documentazione antimafia.

Tuttavia, da un punto di vista sistematico, la formulazione letterale della norma rende percepibile una intentio legis diretta a non individuare come tassativa l'elencazione dei soggetti sui cui grava l'obbligo di acquisire l'informativa antimafia, che condurrebbe a ritenere le SOA quali soggetti abilitati all'acquisizione della documentazione in questione. Come rilevato²⁵, tra le categorie di soggetti non gravati dall'obbligo di acquisizione della documentazione antimafia rientrano i soggetti, comunque denominati, per i quali lo Stato, a seguito di qualsiasi forma di de-istituzionalizzazione, abbia perso ogni forma di controllo, anche sotto forma di golden-share, o abbia rinunciato a dettare una specifica disciplina pubblicistica del servizio pubblico eventualmente reso dal soggetto.

In tale scia interpretativa, emancipando il ragionamento dai "pantani della soggettività"²⁶, attestata la natura ancipite delle SOA²⁷, è possibile ricondurre le stesse alla platea dei

²⁴ Anac, Atto di segnalazione n. 1, 2 settembre 2014, Verifiche antimafia ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione

²⁵ Ministero dell'interno, circolare 18 dicembre 1998, n. 599

²⁶ Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754

²⁷ G. RUGGERI, Codice dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2007; le SOA possono essere considerate come soggetti di diritto privato che esercitano una funzione pubblica le cui relazioni con il mondo esterno

soggetti abilitati alla acquisizione della documentazione antimafia, mediante due opzioni interpretative.

Secondo una prima opzione, che valorizza il dato ontologico della struttura privata delle SOA, le stesse possono essere ricomprese nell'ambito delle "società controllate da ente pubblico", in quanto ai fini dell'attività di attestazione è necessario il rilascio di un apposito provvedimento ministeriale di carattere abilitativo, che esclude la de-istituzionalizzazione del soggetto.

Una differente e preferibile impostazione, privilegia il dato funzionale dell'attività svolta in concreto dalle SOA, in quanto la natura pubblicistica delle funzioni di attestazione si risolve in un'attività amministrativa in senso stretto, che rinviene un diretto corollario nel riconoscimento di una massima latitudine operativa, che consente alle stesse SOA, ai fini del rilascio dell'attestazione, una preventiva verifica della documentazione antimafia.

Emerge chiaramente, coerentemente con la soluzione seguita dal Consiglio di Stato, che ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione, le Società Organismo di Attestazione sono tenute ad eseguire 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.

Tali società svolgono una funzione pubblica di certificazione che sfocia nell'emissione degli attestati di qualificazione, con valore di atto pubblico; si tratta di documenti che hanno una particolare efficacia probatoria, atteso che, ai sensi dell'art. 60, d.P.R. 207/2010²⁸, costituiscono condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione a procedure di gara

rivestono una duplice natura, di diritto privato per quanto attiene ai rapporti con le imprese destinatarie delle attestazioni di qualità e diritto pubblico nei rapporti con l'Autorità che su di esse esercita un penetrante controllo

²⁸ 28 T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 7 marzo 2012, n. 1125; la certificazione di qualità è preordinata ad assicurare, in funzione della garanzia qualitativa di un determinato livello di esecuzione dell'intero rapporto contrattuale, l'idoneità dell'impresa ad effettuare la prestazione secondo il livello medesimo, così come accertata da un organismo esterno qualificato e secondo parametri rigorosi definiti a livello europeo, mediante l'attestazione che il prodotto ovvero il processo produttivo o il servizio è conforme ai requisiti fissati dalle specifiche norme tecniche del settore, garantendone altresì la validità nel tempo attraverso un'adeguata attività di sorveglianza. Invece, l'attestazione di qualificazione, come si deduce dalla disposizione contenuta nell'art. 60, d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici. La diversità delle funzioni cui attendono rispettivamente l'attestazione di qualificazione (possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria) e la certificazione di qualità aziendale (garanzia qualitativa di un determinato livello di esecuzione dell'intero rapporto contrattuale) esclude in radice che il possesso della prima possa assorbire la seconda, trattandosi di due requisiti anomali.

per l'affidamento di lavori pubblici.

3. L'informativa antimafia come strumento di contrasto alla pervasività mafiosa negli appalti pubblici.

Nel caso in esame, l'impresa è risultata destinataria di un'informativa interdittiva antimafia, che nel contesto storico-amministrativo in cui è stata emessa appare accreditata da validi elementi di fatto e di diritto, come rilevato in primo grado e, i cui effetti medio tempore prodotti non sono pregiudicati dalla successiva informativa di carattere liberatorio.

Il Consiglio di Stato annulla la revoca dell'aggiudicazione sconfessando le determinazioni del T.A.R., in base alla decisiva considerazione dell'illegittimità dell'originaria certificazione antimafia; tale determinazione presenta spunti sistematici di particolare rilievo per quel che riguarda l'effetto delle informative antimafia nel ciclo delle commesse pubbliche.

L'infiltrazione mafiosa, nel settore dei pubblici appalti, rappresenta la sintesi verbale di una modalità di inquinamento particolarmente significativa dell'economia pubblica da parte della criminalità organizzata; un'aggressione alle regole del libero mercato e alla libera iniziativa economica nonché un fattore di destabilizzazione dell'intero settore finanziario nazionale.

La disarticolazione del sistema legale di scelta del contraente, causata dalle mafie per conseguire il controllo degli appalti, incide negativamente sugli effetti virtuosi della libera concorrenza²⁹.

Il legislatore, con adozione di strumenti di contrasto evoluti, ha impostato un'azione di carattere spiccatamente preventivo per estromettere le organizzazioni criminali dai pubblici appalti i quali, in alternativa, finirebbero per smarrire le finalità collettive, per le quali gli stessi dovrebbero essere erogati.

Tale impostazione legislativa, ispirata al principio dell'anticipazione della soglia di tutela, rinviene nella documentazione antimafia un efficace strumento per realizzare un sistema di controllo preventivo-amministrativo sul pericolo di infiltrazione criminale nel settore degli

²⁹ C.LEMBO, Appalti di opere pubbliche ed infiltrazioni mafiose: analisi di protocolli investigativi, relazione presso il CSM, Roma, 2007

appalti pubblici.

Il libro II, d.lgs. 159/2011, recante le disposizioni in materia di documentazione antimafia, costituisce diretta attuazione della delega contenuta nell'art. 2 della l. 13 agosto 2010, n. 136, "Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia", che mira all'aggiornamento, alla semplificazione e all'accelerazione delle procedure di rilascio della documentazione antimafia, ha dettato principi e criteri direttivi indirizzati al potenziamento dell'attività di prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa³⁰.

In tale prospettiva, l'informativa antimafia configura una tipica misura cautelare di polizia, preventiva ed interdittiva, che si aggiunge alle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale³¹, e mira ad impedire l'accesso al mercato dei pubblici appalti alle imprese che risultino inficiate da ingerenza, condizionamento, infiltrazione, o mero tentativo di penetrazione criminale da parte di associazioni di tipo mafioso.

L'informativa è emessa dal Prefetto che esegue la ricerca e la valutazione degli indici sintomatici da cui poter evincere connivenze e collegamenti di tipo mafioso ed esplica la sua caratteristica principale nel prescindere dall'accertamento, in sede penale, di reati connessi all'associazione di tipo mafioso e non richiede la prova dell'effettiva infiltrazione, essendo sufficiente il tentativo di condizionamento delle scelte dell'impresa, anche se tale scopo non si è concretamente realizzato.

L'istituto in esame inerisce ad un ambito diverso rispetto all'accertamento penale, in quanto non mira all'affermazione di responsabilità, ma si concretizza come la forma di massima anticipazione dell'azione di prevenzione, inerente alla funzione di polizia e di sicurezza, rispetto alla quale assumono rilievo fatti e vicende solo sintomatici ed indiziari³²; in tale ottica, il provvedimento giurisdizionale e quello amministrativo si collocano su differenti ed autonomi piani.

Le informative del Prefetto in merito alla sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa, rese ai sensi degli artt. 84 e 91, d.lgs. n. 159 del 2011, non devono fornire né

³⁰ M.E. MALAGNINO, *Il codice Antimafia*, Torino, Giappichelli, 2011

³¹ Cons. St., Sez. III, 28 settembre 2015, n. 4527

³² Cons. St. Sez. III, 1 dicembre 2015, n. 5437; il Prefetto adotta legittimamente l'informativa sulla base di elementi sintomatici ed indiziari dai quali è deducibile il tentativo di ingerenza, quali una condanna non irrevocabile, l'irrogazione di misure cautelari, il coinvolgimento in un'indagine penale, collegamenti parentali, cointeressenze societarie e/o frequentazioni con soggetti malavitosi che, nel loro insieme, siano tali da fondare un giudizio di possibilità che l'attività d'impresa sia in grado, anche in maniera indiretta, di agevolare le attività criminali o esserne in qualche modo condizionata

la prova dei fatti di reato, né la prova dell'effettiva infiltrazione mafiosa nell'impresa, né l'accertamento del reale condizionamento delle scelte dell'impresa da parte di associazioni o soggetti mafiosi, ma devono dimostrare la sussistenza di elementi dai quali è deducibile il mero tentativo di ingerenza³³.

È sufficiente, quindi, il tentativo di infiltrazione avente lo scopo di condizionare le scelte dell'impresa, anche se tale scopo non si è in concreto realizzato; l'esercizio del potere interdittivo prefettizio presuppone la concomitanza di un quadro di oggettiva rilevanza, dal quale possano desumersi elementi che, secondo un giudizio probabilistico, o, anche, secondo comune esperienza, possano far presumere non una attuale ingerenza delle organizzazioni mafiose negli affari, ma una effettiva possibilità che tale ingerenza sussista o possa sussistere³⁴.

Tale scelta è coerente con le caratteristiche fattuali e sociologiche del fenomeno mafioso, che non necessariamente si concretizza in fatti univocamente illeciti, potendo fermarsi alla soglia dell'intimidazione, dell'influenza e del condizionamento latente di attività economiche formalmente lecite³⁵.

Il Codice Antimafia, cui l'art. 247 del d.lgs. 163/2006 espressamente rinvia, è ispirato dalla necessità di fruire di strumenti incisivi per contrastare il fenomeno dell'infiltrazione criminale nel settore degli appalti pubblici, unitamente all'esigenza di rendere il più possibile omogenei i criteri di valutazione delle situazioni sintomatiche.

L'infiltrazione mafiosa, per la natura stessa delle organizzazioni criminali dalle quali promana e per la durezza e, insieme, durevolezza dei legami che esse instaurano con il mondo imprenditoriale, ha una stabilità di contenuti e, insieme, una mutevolezza di forme, economiche e giuridiche, capace di sfidare il più lungo tempo e di occupare il più ampio

³³ Cons. St., Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 444; il Prefetto adotta legittimamente l'informativa sulla base di elementi sintomatici ed indiziari dai quali è deducibile il tentativo di ingerenza, quali una condanna non irrevocabile, l'irrogazione di misure cautelari, il coinvolgimento in un'indagine penale, collegamenti parentali, cointeressenze societarie e/o frequentazioni con soggetti malavitosi che, nel loro insieme, siano tali da fondare un giudizio di possibilità che l'attività d'impresa sia in grado, anche in maniera indiretta, di agevolare le attività criminali o esserne in qualche modo condizionata; è pertanto, sufficiente un compiuto quadro fattuale ed indiziario di un tentativo di infiltrazione avente lo scopo di condizionare le scelte dell'impresa, anche se tale scopo non si è in concreto realizzato; siffatta scelta è coerente con le caratteristiche fattuali e sociologiche del fenomeno mafioso, che non necessariamente si concreta in fatti univocamente illeciti, potendo fermarsi alla soglia dell'intimidazione, dell'influenza e del condizionamento latente di attività economiche formalmente lecite.

³⁴ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 6 novembre 2015, n. 1097

³⁵ T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 19 dicembre 2013, n. 1030

spazio possibile³⁶.

Al fine di soddisfare l'esigenza di anticipare la soglia di tutela rispetto all'avvenuta infiltrazione mafiosa, è sufficiente che, all'esito dell'istruttoria, emergano elementi indiziari i quali, complessivamente considerati, rendano attendibile anche il solo tentativo di ingerenza da parte delle organizzazioni criminali; non è richiesta la prova dell'attualità delle infiltrazioni mafiose, dovendosi solo dimostrare la sussistenza di elementi dai quali è deducibile il tentativo di ingerenza o una concreta verosimiglianza dell'ipotesi di condizionamento sulla società da parte di soggetti uniti da legami con cosche mafiose, e dell'attualità e concretezza del rischio³⁷.

La ratio della disciplina, originariamente introdotta con il d.lgs. 490/94, consente di attribuire rilievo a condotte di sudditanza e soggezione che, pur non essendo penalmente rilevanti, denunciano un contributo al perseguimento dei fini criminosi delle associazioni criminali nell'ambito dei contratti pubblici, che la legislazione contrasta con fini preventivi e cautelari mediante l'informativa³⁸.

Il parametro valutativo non è quello della certezza ma quello della "qualificata probabilità"³⁹; la regola della "certezza al di là di ogni ragionevole dubbio" è regola causale che può trovare spazio nel giudizio penale, laddove viene in gioco la libertà personale dell'imputato, ma non nel giudizio amministrativo, che investe la legittimità del provvedimento interdittivo antimafia, ispirato ad una ben diversa logica preventiva e

³⁶ Cons. St., Sez. III, 13 novembre 2015, n. 5197

³⁷ Cons. St., Sez. III, 19 febbraio 2016, n. 691

³⁸ Cons. St., Sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6555

³⁹ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 5 settembre 2012, n. 7566; l'informativa prefettizia di cui agli art. 4, d.lg. n. 490 del 1994 e 10, d.P.R. n. 252 del 1998 è funzionale alla peculiare esigenza di mantenere un atteggiamento intransigente contro i rischi di infiltrazione mafiosa, idonei a condizionare le scelte delle imprese chiamate a stipulare contratti con la p.a., determinando l'esclusione dell'imprenditore, sospettato di detti legami, dal mercato dei pubblici appalti e, più in generale, dalla stipula di tutti quei contratti e dalla fruizione di tutti quei benefici che presuppongono la partecipazione di un soggetto pubblico e l'utilizzo di risorse della collettività.

La fase istruttoria del procedimento finalizzato a comunicare la presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi di un'impresa, si concreta essenzialmente nell'acquisizione di tutte le informazioni di cui le Autorità di p.s. sono in possesso al fine di effettuare, sulla base di tali risultanze, una obiettiva valutazione sulla possibilità di un eventuale utilizzo distorto dei finanziamenti pubblici destinati ad iniziative private o delle risorse pubbliche devolute al settore degli appalti pubblici (utilizzo che la normativa di settore mira appunto ad evitare).

A tal fine, se non è necessario un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso, non possono tuttavia ritenersi sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, essendo pur sempre richiesta l'indicazione di circostanze obiettivamente sintomatiche di connessioni o collegamenti con le predette associazioni. Il parametro valutativo da tenere quindi in considerazione non è quello della "certezza", ma quello della "qualificata probabilità".

improntato alla regola, di stampo civilistico, del "più probabile che non"⁴⁰.

L'informativa antimafia è idonea a intercettare i fenomeni di cd. contiguità soggiacente, figura sintomatica di matrice pretoria, che si caratterizza per le modalità di eterodirezione delle imprese, in virtù delle quali soggetti privi di pregiudizi penali o di prevenzione di connotazione mafiosa, ma sottoposti a pressioni esterne, sono collocati nelle cariche sociali che esercitano la governance societaria⁴¹.

La decisione in rassegna presenta spunti sistematici di assoluto rilievo, in tema di informativa antimafia, suscettibili di essere oggetto di autonomo approfondimento.

In primo luogo, la possibilità di includere o meno l'informativa antimafia nell'alveo dei requisiti di ordine generale, questione che ha generato un notevole contrasto pretorio, con evidenti ricadute sul piano applicativo, che tuttavia pare abbia trovato soluzione nel nuovo Codice, in recepimento delle direttive 2014/UE.

Ulteriore questione, affrontata solo dalla sentenza di primo grado, è quella afferente al periodo di validità temporale dell'informativa, e in generale alla problematica dell'attualità dei dati rilevati legati ai provvedimenti prefettizi antimafia.

Infine, in tema di effetti propagati dal provvedimento prefettizio, assume notevole interesse l'effetto dell'annullamento della revoca dell'aggiudicazione e la relativa prosecuzione del rapporto contrattuale con un'impresa che, a prescindere dalle determinazioni liberatorie successive, nelle more del procedimento è stata destinataria di informativa interdittiva.

3.1. Profili di coordinamento tra il codice antimafia e il codice degli appalti.

Le profonde interrelazioni che esistono tra la normativa antimafia e il codice dei contratti pubblici non rinvengono, sul piano positivo (rectius: nel d.lgs. 163/2006), previsioni di raccordo e coordinamento, con conseguenti aporie e contraddizioni emerse nella prassi

⁴⁰ Cons. St., Sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657

⁴¹ I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone, Torino, Utet, 2009; la figura della contiguità soggiacente va tenuta distinta da quella dalla contiguità compiacente.

La Cassazione, Sez. I, con la sentenza 5 gennaio 1999, n. 84, afferma che va rifiutato, perché prodotto di un'astrazione generalizzante, il modello sociologico secondo cui, nelle realtà caratterizzate dalla presenza mafiosa sul territorio, l'adesione degli imprenditori alle richieste di tali associazioni corrisponda necessariamente ad una situazione di coazione e non piuttosto di interessata connivenza.

In sostanza, non può darsi per scontato che la subordinazione dell'imprenditore alle richieste mafiose sia riconducibile, sempre e comunque, a sottomissione ad una condotta estorsiva al fine di evitare un danno, potendo ricondursi, piuttosto, ad una ricerca di vantaggi dalla contiguità con il fenomeno mafioso

applicativa, per effetto di interpretazioni difformi tese a colmare tale *vulnus legislativo*.

L'esigenza di operare un raccordo tra i due corpi normativi era stata segnalata dall'AVCP in sede di audizione, presso la Commissione giustizia alla Camera, nelle more della discussione sul disegno di legge contenente la delega al Governo in materia di normativa antimafia⁴².

Il d.lgs. 163/2006 prevede, ex art. 247, un mero rinvio alle disposizioni in materia di prevenzione della delinquenza di stampo mafioso e la disciplina della documentazione antimafia, rinvio che ha generato profili di criticità rilevanti.

Nello specifico, vengono in rilievo le notevoli difficoltà esegetiche ed applicative conseguenti all'impiego di formulazioni non uniformi nell'art. 38, d.lgs. 163/2006, in tema di requisiti di ordine generale per partecipare alle gare di affidamento di contratti pubblici e l'art. 84, d.lgs. 159/2011, nella parte relativa alle situazioni di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informativa antimafia⁴³, in relazione alla possibilità di ricondurre il provvedimento prefettizio tra i requisiti di cui all'art. 38.

Per una prima impostazione⁴⁴, l'esigenza di considerare l'informativa antimafia quale requisito di ordine generale⁴⁵, ai sensi dell'art. 38, è stata manifestata dall'Autorità in occasione dell'audizione presso la Commissione parlamentare d'inchiesta, sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali anche straniere, in data 25 maggio 2010.

Secondo tale impostazione, il tessuto connettivo delle informative interdittive acquisisce rilevanza anche ai fini della partecipazione alle gare di appalti pubblici in forza delle previsioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), del Codice, in quanto, mediante una evidente contorsione interpretativa, tale norma considera ugualmente rilevante sia l'accertamento in corso della pericolosità sociale, distintivo dei provvedimenti prefettizi antimafia, sia l'avvenuta irrogazione della misura di prevenzione⁴⁶.

Per differente e preferibile ricostruzione, seguita anche dalla sentenza di primo grado⁴⁷, che valorizza il dato letterale, tra i requisiti di ordine morale di cui all'art. 38, così come tra i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 39, non è contemplata espressamente

⁴² G. D'ANGELO, La documentazione antimafia nel D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici, in *Urb e app.* 3/2013

⁴³ F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici; Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. 90/2014*, Torino, Giappichelli, 2014, pag. 54 e ss.

⁴⁴ Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4602

⁴⁵ M. CLARICH, G. FONDERICO, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 2015

⁴⁶ AVCP, *Parere sulla normativa*, 18 novembre 2010

⁴⁷ T.A.R. Calabria. Reggio Calabria, Sez. I, 11 febbraio 2015, n. 140

l'informativa interdittiva antimafia, la cui sussistenza deve essere verificata, dalla stazione appaltante, a valle della procedura.

Ulteriore argomentazione a sostegno di tale impostazione è relativa alla non simultaneità dell'applicazione delle norme in esame; le verifiche contemplate nell'art. 38 del Codice dei contratti si riferiscono alla fase di gara e sono funzionali alla comprova dei requisiti generali dichiarati dai concorrenti in tale sede, mentre le verifiche contemplate nel Codice antimafia, come emerge dal disposto dell'art. 83 dello stesso corpus normativo attengono, invece, al momento immediatamente antecedente alla stipula del contratto – e come tali sono limitate all'aggiudicatario – ed alla fase esecutiva dello stesso.

Come rilevato⁴⁸, il soggetto ammesso alla gara, in seguito alla verifica dei requisiti di ordine generale, ex art. 38, può essere destinatario di un'informativa, la cui acquisizione avviene tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, con evidenti aggravii in termini di efficienza amministrativa.

In definitiva, il rilascio dell'informativa si può fondare su un elenco di fattispecie, penali e con soglia di tutela più anticipata, che risulta più ampio di quello previsto dall'art. 38, e più in generale, il Codice antimafia costituisce *ius superveniens* rispetto al Codice dei contratti, d.lgs. 163/2006 e, dunque, deve ritenersi che abbia innovato in parte qua il disposto dei requisiti di ordine generale, riferendosi, inoltre, a una fase diversa dell'affidamento delle commesse pubbliche⁴⁸.

3.2. La validità temporale delle informative antimafia.

La misura dell'interdittiva antimafia obbedisce a una logica di anticipazione della soglia di tutela di difesa sociale e non postula, come tale, l'accertamento della contiguità dell'impresa con associazioni di tipo mafioso⁴⁹, potendo essere legittimata dal solo rilievo di elementi sintomatici che dimostrino anche il solo pericolo di infiltrazione; tale anticipazione della soglia di tutela è giustificata dalla sua natura di provvedimento amministrativo, seppur caratterizzato da alta discrezionalità tecnica, dell'informativa antimafia e dal rilievo secondo cui l'apprezzamento degli indici significativi del rischio di

⁴⁸ G. D'ANGELO, op. cit.

⁴⁹ Cons. St., Sez. III, 15 settembre 2014, n. 4693

assoggettamento deve rivelare una valutazione di attualità del condizionamento della gestione dell'impresa da parte di associazioni mafiose.

La validità limitata nel tempo delle risultanze del Prefetto scongiura evidenti disfunzioni del sistema, che si verificherebbero nell'ipotesi del possibile superamento fattuale e giuridico dei presupposti in essa segnalate.

Il carattere di attualità delle risultanze delle informative prefettizie è assicurato dal legislatore, che determina, ex art. 86, d.lgs. 159/2011, in maniera univoca, il termine di validità annuale dell'informativa antimafia, qualora non siano intervenuti mutamenti nell'assetto societario e gestionale dell'impresa destinataria dell'informativa; inoltre la necessità 50 che la Prefettura aggiorni l'esito delle informazioni, al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa, conferma l'utilizzabilità temporalmente e generalmente limitata delle stesse.

L'art. 86 citato eleva a dodici mesi il termine di efficacia e di utilizzabilità dell'informativa, in precedenza saldato a sei mesi dal d.P.R. 252/1998, qualora non siano intervenuti mutamenti dell'assetto societario.

Il contrasto interpretativo⁵⁰, unicamente pretorio, sorto in ordine all'art. 2, d.P.R. 252/1998, rubricato "Validità e ambiti soggettivi della documentazione antimafia", cui peraltro si riferisce l'informativa interdittiva emessa dalla prefettura di Reggio Calabria nel caso in esame⁵¹, può essere riproposto anche con riferimento al rinnovato termine annuale di validità.

La formulazione letterale della norma, sia nella passata che nella vigente enunciazione, non chiarisce se il termine di validità si riferisca alle informative interdittive o anche alle informative cd. liberatorie, che attestano la mancata ingerenza della malavita organizzata nell'impresa.

Per una prima impostazione⁵², la stazione appaltante, nel valutare l'ammissione di un concorrente alla gara d'appalto, non può utilizzare un'informativa prefettizia che, essendo stata emessa oltre il termine legalmente previsto di validità, deve ritenersi non più efficace, sia nelle ipotesi di informative interdittive che in quelle di informative di segno opposto.

Corollario diretto di questa lettura è l'implicita riabilitazione dell'impresa destinataria di

⁵⁰ d.P.R. 252/1998, art. 10, comma 8

⁵¹ In senso più ampio sul punto si veda G. FERRARO, La validità temporale delle informative antimafia, in Urb. e app., 11/2010

⁵² T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 11 febbraio 2015, n. 140

informativa interdittiva al trascorrere del termine di validità, in quanto il mancato provvedimento di rinnovo del Prefetto si interpreta come un implicito riconoscimento del venir meno dei presupposti rilevanti per la conferma della validità dell'informativa⁵³.

In senso contrario⁵⁴, l'attualità dei fatti e del rischio che deriva dall'emersione di tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata in organismi imprenditoriali va intesa nel senso che, se non vi sono fatti nuovi, rispetto ad una precedente valutazione di presenza di tentativi siffatti, con un provvedimento antimafia interdittivo, non è ragionevole, per ciò solo, concludere per il venir meno di essa.

Il rischio si può considerare fugato, non tanto e non solo per il trascorrere di un più o meno breve lasso di tempo dall'ultima verifica fatta, e, senza che sia emersa alcuna nuova evenienza negativa, quanto anche per il sopraggiungere di fatti positivi, idonei a dar conto di un nuovo, e consolidato operare dei soggetti cui è stato ricollegato il pericolo, che persuasivamente e fattivamente giustifichi che si discostino ormai dalla situazione rilevata in precedenza.

In tal senso si determina anche il Collegio, in primo grado, a parere del quale il limite di validità temporale delle informative si riferisce ai soli provvedimenti che attestano la mancanza di connivenze con consorzi criminali, mentre le informative interdittive conservano efficacia anche oltre il termine di validità, fintantoché non intervenga il successivo accertamento di fatti o elementi idonei a dimostrare l'avvenuto scostamento dalla situazione previamente accertata.

In mancanza di un reale ed accertato mutamento della situazione pregressa è opportuno concludere per la persistenza delle cause ostative piuttosto che per la loro automatica caducazione.

In definitiva, per condivisibile ricostruzione⁵⁵, la sola informativa antimafia "favorevole" all'impresa e al cittadino sottoposto a controllo (id est : l'informativa non interdittiva o non pregiudicante) perde automaticamente la propria efficacia allo scadere del termine, rendendosi così necessaria, da tale scadenza, l'acquisizione di una nuova informativa; diversamente, l'informativa antimafia di tipo interdittivo, che attesta la effettiva sussistenza di pericoli di infiltrazione mafiosa, mantiene la propria efficacia anche oltre il decorso dei

⁵³ T.A.R. Lazio, Roma, 28 luglio 2010, n. 28473

⁵⁴ Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2007, n. 3126

⁵⁵ T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 15 gennaio 2016, n. 123

termini di validità, sine die, o comunque fino all'adozione di un espresso provvedimento riabilitativo o di revisione.

Tale interpretazione “in malam partem” implica - perché si resti nell'ambito della legittimità - che la situazione oggetto dell'originario controllo che ha condotto all'informativa interdittiva sia rimasta comunque del tutto invariata.

La situazione di rischio di infiltrazioni non si può considerare automaticamente fugata per il mero e formale trascorrere del tempo da una precedente verifica fatta, occorrendo invece la sopravvenienza e l'accertamento di fatti positivi che diano conto persuasivamente di un oggettivo e reale discostamento della situazione in precedenza rilevata⁵⁶.

Questa ricostruzione, peraltro, è pienamente conforme alle recenti tendenze giurisprudenziali, secondo cui l'interdittiva antimafia può legittimamente fondarsi su elementi indiziari risalenti nel tempo, oltre che su indici più recenti, purché dall'analisi del complesso delle vicende esaminate emerga un quadro indiziario idoneo a giustificare il necessario giudizio di attualità e di concretezza del pericolo di infiltrazione mafiosa nell'amministrazione dell'attività d'impresa⁵⁷.

3.3. ancata revoca dell'affidamento ad impresa colpita da informativa interdittiva.

La decisione in rassegna si caratterizza per una fattispecie peculiare; il Consiglio di Stato si limita ad annullare la revoca dell'aggiudicazione, lasciando impregiudicati i rapporti con un'impresa destinataria, nelle more della procedura ad evidenza pubblica, di un'informativa che, nel contesto storico di emissione, appare legittima e supportata da validi elementi, nonostante sia stata annullata in seguito, sia in via amministrativa che in via giurisprudenziale.

La vicenda involge la più ampia tematica della mancata revoca dell'affidamento ad impresa colpita da informativa antimafia, con riferimento a ipotesi che ontologicamente devono presentarsi come eccezionali, perché eccezionale deve essere la possibilità di pretermettere l'interesse superiore teso a impedire alle amministrazioni pubbliche di intrattenere rapporti con imprese pregiudicate da tentativi di infiltrazioni criminali.

⁵⁶ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 11 giugno 2014, n. 3236

⁵⁷ Cons. St., Sez. III, 5 febbraio 2016, n. 463

L'originaria disposizione, contenuta nell'art. 11, d.P.R. 252/1998, riconosceva primazia all'interesse perseguito dall'amministrazione appaltante, rispetto all'interesse pubblico sotteso ai poteri interdittivi antimafia.

Come rilevato⁵⁸, la stazione appaltante, che aveva ricevuto dalla prefettura informazioni circa possibili infiltrazioni mafiose nella società appaltatrice, non aveva il potere di sindacare la fondatezza di tali informazioni, ma aveva la facoltà - e non l'obbligo - di recedere dal contratto di appalto ai sensi dell'art. 11, comma 2, d.P.R. 252/1998, in base a una valutazione discrezionale che tenesse conto del pubblico interesse.

Il d.lgs. 159/2011 ha operato un ribaltamento di prospettiva a totale beneficio dell'interesse pubblico antimafia, in quanto al preminente principio legale dell'interruzione immediata dei rapporti, l'art. 94, comma 3, pone due sole eccezioni a favore di stringenti ragioni di opportunità e convenienza amministrativa, che richiedano di non interrompere un servizio ritenuto essenziale e difficilmente sostituibile in tempi rapidi, o impongano di completare un'opera in corso di ultimazione⁵⁹, ossia le ipotesi esito della casistica elaborata dalla giurisprudenza amministrativa in applicazione dell'art. 11 d.P.R. 252/1998.

Per bilanciare l'evidente compressione dell'interesse pubblico primario diretto a evitare che la pubblica amministrazione stipuli contratti con imprese collegate, in vario modo, con la malavita organizzata, la stazione appaltante, mentre può limitarsi a richiamare l'informativa interdittiva antimafia a supporto della decisione di risolvere il contratto senza addurre particolari giustificazioni, ha, viceversa, il dovere di motivare adeguatamente la sua decisione, da intraprendere peraltro in ipotesi residuale, nel caso in cui, nonostante la presenza di un intervento mafioso, l'interesse pubblico alla completa esecuzione del contratto è così pregnante da legittimare un'impresa sospetta alla prosecuzione dell'opera⁶⁰. Perplesità suscita la formulazione letterale del comma 3, dell'art. 94, in quanto parrebbe far sorgere un vero e proprio obbligo di prosecuzione del rapporto al ricorrere delle condizioni previste; la ratio legis della disposizione postula una immanente e generalizzata esigenza di continuità nell'erogazione del servizio, ma non consente di proporzionare il bilanciamento tra gli interessi in gioco, in base alla gravità del coinvolgimento o in base ad

⁵⁸ Cons. St., Sez. III, 21 luglio 2014, n. 3873

⁵⁹ M.E. MALAGNINO, op. cit.

⁶⁰ T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 4 gennaio 2016, n. 1

altri fattori rilevanti⁶¹.

La decisione in rassegna risponde a un'altra logica, in quanto non è suscettibile di essere ricompresa nell'ambito di cui al comma 3, dell'art. 94; sebbene un giudizio di contiguità mafiosa possa essere validamente fondato su elementi meramente indiziari, non può tuttavia l'organo prefettizio non tenere conto degli ulteriori sviluppi delle attività di accertamento e di valutazione compiute, in ordine a quegli stessi elementi, dalla competente autorità giurisdizionale⁶².

4. Brevi riflessioni conclusive alla luce del nuovo Codice dei Contratti pubblici.

La sentenza emessa dal Consiglio di Stato appare, nella complessità della vicenda, pienamente condivisibile e coerente, anche in una prospettiva futura, in quanto appare compatibile con le disposizioni del nuovo Codice dei Contratti pubblici, d.lgs. 50/2016, in attesa di riscontro nel diritto vivente dei tribunali amministrativi.

Il suesposto contrasto ermeneutico, in ordine al mancato raccordo tra norme in materia di appalti e Codice Antimafia, appare, prima facie, pienamente risolto dall'art. 80 del nuovo Codice dei Contratti pubblici il quale espressamente annovera tra le cause di esclusione "la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, o di un tentativo infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159".

La norma opera il tanto auspicato raccordo tra le norme del Codice dei Contratti pubblici e il Codice Antimafia, con una scelta che eleva l'informativa antimafia a requisito di carattere generale, la cui sussistenza (*rectius*: mancanza) deve essere verificata ai fini della partecipazione, e non più solo nei confronti dell'aggiudicatario; inoltre, con una clausola di sussidiarietà espressa, richiama la importanza nodale che il Codice Antimafia genericamente riveste nella aggiudicazione degli appalti pubblici, complessivamente considerata.

La circostanza secondo cui la sussistenza di un'informativa interdittiva deve essere

⁶¹ C. CONTESSA, La mancata revoca dell'affidamento ad impresa colpita da informativa antimafia, in *Urb e app.*, 2/2015

⁶² T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1 ottobre 2015, n. 4656

verificata ai fini della partecipazione, e non più a valle della procedura di aggiudicazione, così come previsto nel d.lgs. 163/2006, implica che le SOA siano deputate a tale controllo, in un'ottica di tenuta generale del sistema; la conferma, sul piano positivo, di tale considerazione, si evince dalla lettera del 4° comma dell'art. 84, a norma del quale le SOA sono tenute ad attestare i requisiti di carattere generale di cui all'art. 80⁶³, nella cui norma rientrano espressamente i provvedimenti antimafia.

La scelta legislativa in questione appare condivisibile sotto due distinti profili; da un punto di vista soggettivo, amplia la platea dei soggetti esposti ai controlli antimafia, i quali pertanto non sono più limitati all'aggiudicatario, ma diventano condizione imprescindibile di partecipazione.

Inoltre, da un punto di vista sistematico, la disposizione equipara la verifica in questione alla verifica di una condizione generale di partecipazione, superando il paradosso del codice del 2006, a norma del quale, il soggetto ammesso a partecipare a una gara, ex art. 38, e risultato aggiudicatario, può essere destinatario di informativa antimafia, con un aggravamento ingiustificato in termini di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Inoltre la scelta di transitare da un sistema abilitativo di carattere ministeriale a un apparato che conferisce ampi poteri a un'Autorità altamente specializzata, come l'ANAC, in tema di abilitazione e controllo di autorizzazioni alle SOA, deve essere accolta con assoluto favore; il carattere dell'indipendenza della predetta Autorità, trasfusa nella valutazione dell'autonomia che caratterizza l'attività delle SOA, dovrebbe condurre a un'auspicabile efficienza e trasparenza nella valutazione dei soggetti privati nel ciclo della contrattazione pubblica.

Da ultimo, i numerosi richiami e la norma di raccordo tra il Codice dei Contratti pubblici e il Codice Antimafia può prevenire le aporie e le contraddizioni che si sono verificate, anche nel più recente passato, in relazione a un interesse, quello della prevenzione dalla indefinita pervasività delle organizzazioni criminali, che non può essere bilanciato con nessun altro principio, ma deve essere perseguito come valore finale di prioritario rilievo.

⁶³ Il comma 2, dell'art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stabilisce che "Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia.

Abstract: I profili di coordinamento tra la normativa antimafia e il Codice dei contratti pubblici rappresentano una delle questioni maggiormente complesse, che, in assenza di previsioni di raccordo sul piano positivo, hanno rinvenuto soluzioni spesso difformi, in via pretoria o dottrinale. Il nuovo Codice dei contratti pubblici, in recepimento delle direttive 2014/UE, pare, prima facie, aver risolto una lacuna di notevole interesse che ha generato contraddizioni rilevanti.

Il saggio si propone di analizzare le interrelazioni che sussistono tra l’informativa antimafia e l’attestazione di qualificazione rilasciata dalla SOA, in relazione ai requisiti di ordine generale necessari per la partecipazione alle gare pubbliche.

Abstract: The lack of coordination between the public procurement code and anti-mafia law gave rise to many contradictory and differing solutions in judgments and doctrine, but the Procurement Code of 2016 will try to solve this gap. This paper analyzes the relations between the qualification certificate, issued by SOA, and the antimafia measures in relation to the participation in public tenders.

Parole chiave: Parole Appalti pubblici; informativa antimafia; attestazione SOA.

Key words: Public procurement; Antimafia Measure; SOA attestation.