

Prot. n. 350/C/2013

A TUTTI I SIGG.SOCI

LORO SEDI

Ragusa, 30 Luglio 2013

Oggetto: **Codice delle leggi antimafia: criticità e problematiche applicative**

Si ritiene opportuno ritornare sul tema concernente il nuovo codice delle leggi antimafia per affrontare alcune specifiche problematiche emerse nella prima fase di applicazione della normativa sulla documentazione prefettizia (comunicazione e informazione).

Verifica antimafia e verifica sul concorrente in fase di gara ai sensi dell'articolo 38 del codice appalti

Un primo punto da chiarire riguarda l'ambito di applicazione della comunicazione antimafia, considerato che si crea spesso confusione tra questo momento di verifica e quello riguardante i requisiti generali di cui all'articolo 38, comma 1, lettera b) del codice dei contratti pubblici; infatti, i due accertamenti presentano un contenuto simile, riguardando sostanzialmente la sussistenza delle cause ostative o interdittive a contrarre con la Pubblica Amministrazione, di cui all'articolo 67 del codice antimafia.

Va evidenziato che si tratta di due tipologie di verifica che intervengono in momenti diversi del procedimento di affidamento dell'appalto. Più in particolare, la verifica ai sensi dell'articolo 38, viene attuata in fase di gara ed è funzionale a comprovare i requisiti generali dichiarati dai concorrenti, mentre l'acquisizione della comunicazione antimafia riguarda il momento immediatamente antecedente alla stipula del contratto e, quindi, è sempre limitata al solo aggiudicatario.

La diversità dei momenti della verifica giustifica il diverso ambito di applicazione soggettivo degli accertamenti, che è più ristretto nel momento della partecipazione alla gara e più ampio rispetto all'aggiudicatario contraente.

Infatti, la verifica da effettuare ai sensi dell'articolo 38, lettera b) riguarda unicamente i soggetti ivi menzionati e cioè, oltre al direttore tecnico: il titolare, per le imprese individuali; i soci, per le società in nome collettivo; i soci accomandatari, per le società in accomandita semplice; gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza per le società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società.

Viceversa, l'acquisizione della comunicazione antimafia, oltre ai soggetti sopra menzionati, riguarda, ai sensi dell'articolo 85 del codice antimafia, necessariamente anche:

- per le società di capitali, tutti i componenti l'organo di amministrazione, il socio di maggioranza, anche nel caso di società con un numero di soci pari a quattro, e il socio unico, senza la specificazione presente nell'articolo 38 che si tratti di persona fisica;
- per tutti i tipi di società, anche i membri del collegio sindacale o il sindaco unico nonché i soggetti che svolgono compiti di vigilanza, di cui alla legge n. 231/2001.

Va, infine, evidenziato anche il diverso ambito oggettivo dei due momenti di verifica. Infatti, ai sensi dell'articolo 38, lettera b), non rileva soltanto l'esistenza di un provvedimento definitivo di applicazione di una misura di prevenzione, come si verifica per la comunicazione antimafia, ma anche la semplice pendenza del procedimento

diretto all'irrogazione di quella misura che, dunque, le stazioni appaltanti dovranno verificare, rivolgendo apposita domanda alle cancellerie dei tribunali competenti.

La verifica nel caso di socio di maggioranza o socio unico persona giuridica

Come sopra detto, il codice antimafia prevede che tra i soggetti da verificare ci siano anche il socio di maggioranza o il socio unico, senza alcuna precisazione in relazione alla qualità di persona fisica o giuridica.

L'assenza di tale indicazione porta a ritenere che la verifica debba riguardare anche la persona giuridica.

In tal caso, se si tratta di società, la platea di soggetti da verificare si identifica con quella individuata dall'articolo 85 del codice antimafia. Nell'ipotesi, poi, che sussista una struttura di partecipazioni societarie a catena, tale circostanza potrebbe dar luogo ad un sistema di controlli particolarmente ampio, non essendo chiaro se sia possibile fermare gli accertamenti al primo livello della compagine societaria.

Ciò, peraltro, potrebbe rivelarsi particolarmente oneroso sia per le imprese ma soprattutto per le Prefetture, in particolare fino a quando non sarà operativa la Banca dati.

Si evidenzia che segnaleremo la questione all'Autorità di Vigilanza nell'ambito del documento di consultazione propedeutico all'emanazione dei bandi-tipo, affinché la stessa possa valutare l'opportunità di suggerire un'interpretazione che consenta di limitare il riferimento al solo socio persona fisica e non anche all'eventuale socio persona giuridica, in linea con quanto già precisato per l'articolo 38, comma 1, lettera c); in alternativa, si potrebbe precisare che gli accertamenti, da effettuarsi anche sui soci persone giuridiche, si debbano fermare al primo livello di controllo societario.

In attesa che intervenga un chiarimento da parte dell'Autorità di Vigilanza, si ritiene opportuno suggerire una linea cautelativa per le imprese, rispondendo positivamente alla richiesta dell'Amministrazione di dichiarare la composizione azionaria della società nonché, in caso di informazione prefettizia, l'elenco dei conviventi per tutti i soggetti da verificare rispetto ad ogni livello societario.

La verifica sui soggetti conviventi

Nella precedente circolare Ance si è precisato che la verifica antimafia sui familiari conviventi va effettuata sia nel caso della comunicazione che della informazione prefettizia. Tale indicazione necessita, tuttavia, di una precisazione, avendo dato luogo ad interpretazioni equivocate.

Per quanto riguarda la comunicazione antimafia, occorre tener conto del contenuto dell'articolo 67, comma 4, del codice antimafia, ai sensi del quale il Tribunale può disporre una misura di divieto o decadenza a contrarre con la pubblica amministrazione, anche nei confronti di chiunque conviva con persona sottoposta a misura di prevenzione antimafia.

Tale indicazione normativa viene talvolta interpretata dalle stazioni appaltanti nel senso di dover richiedere all'aggiudicatario contraente di indicare i familiari conviventi, al fine di acquisire la comunicazione prefettizia anche nei loro confronti.

In realtà tale richiesta non è necessaria, in quanto l'eventuale provvedimento giudiziario che estende il divieto dal convivente al soggetto interessato a contrarre con la pubblica amministrazione, è emesso a carico di quest'ultimo e, quindi, risulta dalla verifica che la Prefettura compie direttamente nei confronti di quest'ultimo, ai fini del rilascio della comunicazione a lui relativa.

Peraltro, la verifica prefettizia sul convivente potrebbe essere fuorviante: si pensi al caso in cui il convivente dell'aggiudicatario contraente sia destinatario di misure di

prevenzione, ma il Tribunale non abbia ritenuto di estendere il provvedimento interdittivo anche a quest'ultimo.

Pertanto, la verifica antimafia finalizzata al rilascio della comunicazione prefettizia va effettuata con esclusivo riferimento all'aggiudicatario interessato, rilevando unicamente i provvedimenti interdittivi emessi a suo carico. Di conseguenza, nei casi in cui l'Amministrazione richieda all'aggiudicatario l'autocertificazione della comunicazione prefettizia, ai sensi dell'articolo 89 del codice antimafia, sussistendo ragioni di urgenza, questa non deve essere resa con riferimento ai familiari conviventi.

Si evidenzia che anche tale questione sarà segnalata all'Autorità di Vigilanza nell'ambito del documento di consultazione propedeutico all'emanazione dei bandi-tipo, al fine di fare chiarezza sulla documentazione che le Amministrazioni devono richiedere all'aggiudicatario contraente per la verifica antimafia.

Diverso discorso va fatto, invece, con riferimento all'informazione prefettizia.

In tale ambito, infatti, l'articolo 85, comma 3, del codice antimafia, prevede espressamente la necessità di estendere la verifica anche ai familiari conviventi. Ciò si giustifica in relazione al particolare contenuto dell'informazione prefettizia che, rispetto alla comunicazione, attesta anche la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa, il quale si desume da un'indagine complessa che tiene conto di diversi elementi indizianti, tra i quali rileva anche il comportamento dei conviventi.

Un'ulteriore precisazione si ritiene utile con riferimento alla nozione di "familiare convivente". Infatti, la circolare del Ministro dell'Interno del 19 aprile 2013, ha precisato che in tale categoria deve ritenersi incluso chiunque conviva con la persona sottoposta ad accertamento.

Pertanto, è da ritenere che l'acquisizione dell'informazione prefettizia debba effettuarsi rispetto a tutti i soggetti che figurino nel certificato attestante lo stato di famiglia dell'aggiudicatario contraente, al di là della sussistenza di un vero rapporto di parentela, coniugio o affinità tra gli stessi.

La verifica antimafia in caso di subappalto

L'articolo 91, comma 1, lettera c) del codice antimafia, dispone che l'acquisizione dell'informazione prefettizia è necessaria per l'autorizzazione di subcontratti di importo superiore a 150.000 euro.

Pertanto, con riferimento ai contratti di subappalto di lavori pubblici, la disposizione del codice antimafia sembrerebbe limitare l'obbligo di effettuare la verifica antimafia soltanto ai casi in cui il subappalto abbia un importo superiore a 150.000 euro.

In realtà tale norma va coordinata con la previsione di cui all'articolo 118, comma 1, n. 4 del codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale, ai fini dell'autorizzazione al subappalto, occorre sempre dimostrare che non sussista nei confronti dell'affidatario dello stesso alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (ora art. 67 del codice antimafia), ciò che corrisponde al contenuto della comunicazione antimafia.

Pertanto, dalla lettura combinata delle due norme sopra richiamate, sembra potersi ritenere che, ai fini dell'ottenimento dell'autorizzazione al subappalto, per importi compresi fino a 150.000 euro, l'amministrazione appaltante debba acquisire la comunicazione prefettizia. Per quanto riguarda, invece, i subappalti di importo superiore ai 150.000 euro, la stazione appaltante dovrà acquisire l'informazione prefettizia.

La documentazione antimafia nei rapporti tra i privati

Un problema fortemente segnalato dalle imprese riguarda l'impossibilità di attestare la regolarità della posizione antimafia nell'ambito dei rapporti tra privati, al fine di

cautelarsi, in via di autoregolamentazione, dal rischio di interagire con controparti inaffidabili.

Infatti, il codice antimafia ha eliminato ogni possibilità per i privati di rivolgersi alle Prefetture per richiedere la documentazione antimafia. Tale fatto è peraltro ulteriormente aggravato dalla circostanza che è contestualmente venuta meno la possibilità per le Camere di Commercio di rilasciare il certificato camerale con la dicitura antimafia.

Si pone, dunque, il problema di individuare una soluzione alternativa che, da un punto di vista pratico, abbia gli stessi effetti del vecchio certificato camerale. A tal proposito non potrebbe, infatti, essere utilizzato il certificato del casellario giudiziale che, nella formulazione rilasciata al privato, omette di indicare i provvedimenti per l'irrogazione di una misura di prevenzione.

Una soluzione potrebbe essere quella di richiedere la visura delle iscrizioni nel casellario giudiziale, ai sensi dell'articolo 33 del DPR 14 novembre 2002, n. 313 (T.U. delle disposizioni in materia di casellario giudiziale).

Infatti, tale documento, pur non avendo efficacia certificativa, riporta tutte le iscrizioni contenute nel casellario giudiziale, comprese quelle di cui non è fatta menzione nei certificati rilasciati al privato. Al fine di avere una completa conoscenza dei provvedimenti a carico del soggetto, la visura dovrebbe essere accompagnata dal certificato dei carichi pendenti, che attesta l'eventuale sussistenza di sentenze di condanna anche non definitive.

Infatti, attraverso questi due documenti si potrebbe avere una verifica analoga a quella scaturente dalla comunicazione prefettizia, che attesta l'insussistenza di provvedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione o di sentenze di condanna, non definitive ma confermate in grado di appello, per i delitti menzionati nell'articolo 67 del codice antimafia.

Tuttavia, anche questa soluzione non risulta praticabile, dal momento che la parte della visura che viene rilasciata all'interessato non contiene l'indicazione delle generalità dello stesso.

Si segnala, comunque, che le Camere di Commercio sono incluse tra i soggetti abilitati a consultare la Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia, ai sensi dell'articolo 97 del codice antimafia. Pertanto, una volta che tale Banca Dati sarà operativa, è ipotizzabile che queste possano rimettere certificati camerali analoghi a quelli con dicitura antimafia. Affinché questo possa avvenire è, tuttavia, necessaria una specifica modifica normativa, che potrebbe essere contenuta in uno dei decreti correttivi del codice antimafia, che possono essere adottati entro due anni dall'entrata in vigore del codice stesso.

Su tale questione, abbiamo formulato un'apposita segnalazione al Ministero dell'Interno.

Tipologie di attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa e White list

Si ricorda che il codice antimafia, all'articolo 91 comma 7, demanda ad uno specifico Regolamento, ancora da adottarsi, l'individuazione delle diverse tipologie di attività suscettibili di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa, per le quali è sempre obbligatoria l'acquisizione della documentazione antimafia, indipendentemente dal valore del contratto o del subcontratto.

Questa norma costituisce il raccordo tra la disciplina del codice antimafia e quella delle "white list" contenuta nella legge 6 novembre 2012, n.190 (legge anticorruzione), che è ora divenuta operativa a seguito della pubblicazione sulla G.U. del 15 luglio 2013, n.164, del D.P.C.M. 18 aprile 2013 contenente le modalità per l'istituzione e

l'aggiornamento degli elenchi, presso le prefetture, dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa.

Infatti, l'articolo 1, commi da 52 a 57 della legge anticorruzione, prevede, per la prima volta in maniera organica ed in via generale, gli elenchi, da istituire presso le prefetture, di imprese operanti in settori di attività particolarmente esposte all'azione della malavita organizzata, da sottoporre a controlli periodici da parte delle prefetture medesime.

In questo caso è la norma stessa ad indicare i settori economici considerati maggiormente a rischio, elencandoli in modo tassativo. Si tratta delle seguenti attività, che si pongono tutte "a valle" dell'aggiudicazione degli appalti:

- a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
- b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- e) noli a freddo di macchinari;
- f) fornitura di ferro lavorato;
- g) noli a caldo;
- h) autotrasporti per conto terzi;
- i) guardiania dei cantieri.

L'elencazione sopra indicata può essere aggiornata annualmente con decreto del Ministro dell'Interno, di concerto con quelli della Giustizia, delle Infrastrutture e Trasporti, dell'Economia e Finanze.

E' auspicabile che il Regolamento che sarà adottato ai sensi dell'articolo 91, comma 7 del codice antimafia confermi, quali settori di attività soggetti a particolare rischio di infiltrazione mafiosa, le stesse tipologie indicate nella legge anticorruzione, per le quali le "White list" sono divenute operative. Ciò sembra essenziale al fine di garantire una complessiva coerenza al meccanismo dei controlli antimafia.

Distinti saluti

ANCE | RAGUSA
Il Direttore
(Dott. Ing. Giuseppe Guglielmino)