

assonime

Associazione fra le società
italiane per azioni

CIRCOLARE N. 12 DEL 19 APRILE 2021

ATTIVITA' D'IMPRESA E CONCORRENZA

**Tutela della legalità nelle filiere produttive e verifiche antimafia
dopo il decreto Semplificazioni**

ABSTRACT

Questa circolare illustra gli sviluppi normativi in tema di verifiche antimafia e protocolli di legalità a partire dalle disposizioni del decreto legge n. 76/2020 che hanno introdotto, sino al 31 dicembre 2021, modalità semplificate per le verifiche antimafia ai fini dell'accesso ai contributi pubblici e al mercato dei contratti pubblici nel contesto dell'emergenza pandemica.

La circolare si sofferma in particolare sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha portato a introdurre nel Codice antimafia l'articolo 83-bis sui protocolli di legalità. La nuova disposizione comporta la possibilità per le imprese, nel rispetto di alcune condizioni, di accedere alle informazioni antimafia per assicurare il rispetto della legalità lungo la filiera produttiva anche nel contesto degli appalti privati. Il sistema sarà completato, sul fronte della tutela dei dati personali, dall'attesa adozione del decreto del Ministero della giustizia sul trattamento dei dati relativi a condanne e reati in attuazione dell'articolo 2-octies del Codice privacy.

Da ultimo, viene brevemente illustrata la disciplina dei protocolli di legalità per le infrastrutture e gli insediamenti prioritari pubblicata in Gazzetta ufficiale nel gennaio 2021.

PROVVEDIMENTI COMMENTATI

Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020 n. 120, articolo 3, commi 1-6

Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, articolo 83-bis (introdotto dall'articolo 3, comma 7 del decreto legge n. 76/2020)

Ministero dell'Interno - Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari, delibera del 25 giugno 2020

INDICE

Introduzione	p. 4
1. Verifiche antimafia: il contesto normativo previgente	p. 5
1.1 La disciplina della documentazione antimafia	p. 5
1.2 Codice dei contratti pubblici: la disciplina dei motivi di esclusione	p. 9
2. Le semplificazioni temporanee per le verifiche antimafia nell'emergenza Covid-19	p.10
2.1 Accesso ai contributi pubblici	p.10
2.2 Conclusione dei contratti pubblici	p.11
3. Protocolli di legalità e verifiche antimafia nel settore privato	p.13
3.1 Verifiche antimafia nei rapporti tra privati: la situazione prima del decreto Semplificazioni	p.13
3.2 Il nuovo articolo 83-bis del Codice antimafia	p.14
4. Il rapporto con la disciplina a tutela dei dati personali	p.15
5. I protocolli - tipo per infrastrutture e insediamenti prioritari	p.17

Introduzione

La tutela della legalità lungo le filiere produttive è di importanza cruciale sia ai fini dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza sia, più in generale, per promuovere un percorso di crescita economica senza opacità e distorsioni della concorrenza.

Il decreto legge n. 76/2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 120/2020 (decreto Semplificazioni), all'articolo 3 ha introdotto alcune importanti novità in materia di verifiche antimafia e protocolli di legalità.

Anzitutto, sono state adottate disposizioni volte a semplificare le verifiche antimafia per consentire alle imprese di accedere alle erogazioni pubbliche e al mercato dei contratti pubblici nel contesto dell'emergenza Covid-19, assicurando al contempo l'efficacia dei controlli (articolo 3, commi da 1 a 6). La disciplina ha carattere temporaneo, sino al 31 dicembre 2021.

In secondo luogo, è stato introdotto nell'ambito del Codice antimafia un nuovo articolo 83-bis sui protocolli di legalità, che consente alle imprese di accedere, nel rispetto di determinate condizioni, alle informazioni antimafia per assicurare il rispetto della legalità lungo la filiera produttiva anche nel contesto degli appalti privati.

Si tratta, in entrambi i casi, di previsioni di grande rilievo pratico. Sul fronte della tutela dei dati personali, il sistema sarà completato dall'attesa adozione, da parte del Ministero della giustizia, del decreto sul trattamento dei dati personali relativi a condanne penali e reati in attuazione dell'articolo 2-octies del Codice per la protezione dei dati personali.

Sempre in tema di protocolli di legalità, il 21 gennaio 2021 è stata pubblicata in Gazzetta ufficiale una nuova disciplina per le infrastrutture e gli insediamenti prioritari disciplinati dalla parte V del Codice dei contratti pubblici, adottata con delibera del 25 giugno 2020 dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari (CCASIIP) del Ministero dell'Interno.

Questa circolare è dedicata a questi sviluppi normativi. Riguardo alle verifiche antimafia, ricostruiamo sinteticamente il quadro normativo vigente prima del decreto Semplificazioni, considerando sia il decreto legislativo n. 159/2011 (Codice antimafia) sia il Codice dei contratti pubblici (paragrafo 1), per poi illustrare le semplificazioni

temporanee introdotte dal decreto legge n. 76/2020 per l'accesso a erogazioni e contributi pubblici e per i contratti pubblici (paragrafo 2).

Sui protocolli di legalità, la circolare analizza l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha portato il legislatore a introdurre nel Codice antimafia il nuovo articolo 83-bis specificamente dedicato al tema (paragrafo 3). Viene quindi affrontato il tema della legittimità del trattamento dei dati personali attinenti a condanne penali e reati nel contesto delle iniziative volte a tutelare la legalità nelle filiere produttive e al ruolo che in questo ambito spetta al Ministero della Giustizia nell'adottare il decreto in attuazione dell'articolo 2-octies del Codice privacy (paragrafo 4).

Nel paragrafo 5 descriviamo infine brevemente la nuova disciplina dei protocolli di legalità per le infrastrutture e gli insediamenti prioritari introdotta dalla delibera CCASIP del 25 giugno 2020.

1. Verifiche antimafia: il contesto normativo previgente

1.1 La disciplina della documentazione antimafia

Il decreto legislativo n. 159/2011 (Codice antimafia) contiene una serie di disposizioni a tutela della legalità volte ad assicurare requisiti di integrità dei soggetti con cui la pubblica amministrazione stipula contratti o ai quali attribuisce vantaggi economici o rilascia determinati provvedimenti/attestazioni indicati dall'articolo 67 dello stesso Codice¹. A questo fine, nel Libro II del Codice (articoli 82-99-bis) sono contenute disposizioni in materia di documentazione antimafia ed è istituita la banca dati nazionale unica in materia.

¹ Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, 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. L'articolo 67, comma 1 fa riferimento alle seguenti fattispecie: a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali; c) concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici; d) iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati anonari all'ingrosso; e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici; f) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominate; g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali; h) licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplodenti.

In particolare l'articolo 83 del Codice richiede 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 nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici e i contraenti generali **devono acquisire la documentazione antimafia** prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici. Lo stesso obbligo è previsto prima di effettuare erogazioni pubbliche per lo svolgimento di attività imprenditoriali e di rilasciare gli altri provvedimenti previsti dall'articolo 67².

L'articolo 84 del Codice precisa che la documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione (o informativa) antimafia.

La **comunicazione antimafia** consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di contrarre con la pubblica amministrazione di cui all'articolo 67, tra cui in particolare le misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II del Codice antimafia quali ad esempio la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o il divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quelli di residenza.

L'**informativa antimafia** è più ampia e contiene, oltre a queste informazioni, anche l'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle imprese interessate. La sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa viene desunta da una serie di indicatori, indicati dall'articolo 84, commi 4 e 4-bis. L'acquisizione dell'informazione antimafia è obbligatoria nei casi indicati dall'articolo 91 del Codice antimafia³; la richiesta deve essere effettuata

² Tra le eccezioni all'obbligo di acquisire la documentazione antimafia, elencate nel comma 3 dell'articolo 83, vi sono i provvedimenti, gli atti e i contratti il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro.

³ L'articolo 91 richiede in particolare l'informazione antimafia quando il valore dei contratti è:

- pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi e forniture;
- superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali oppure per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali;
- superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche.

L'informazione antimafia è sempre richiesta per la concessione di terreni agricoli demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 5.000 euro.

al momento dell'aggiudicazione del contratto ovvero trenta giorni prima della stipula del subcontratto.

I soggetti sottoposti alla verifica antimafia sono indicati all'articolo 85. Per le società di capitali gli accertamenti riguardano il rappresentante legale, gli altri eventuali componenti dell'organo di amministrazione, il direttore tecnico e i rispettivi familiari conviventi. Inoltre, gli accertamenti possono essere estesi dal prefetto competente anche ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa (articolo 91, comma 5).

La documentazione antimafia è acquisita mediante consultazione della **banca dati nazionale unica antimafia**, istituita dall'articolo 96 del Codice presso il Ministero dell'Interno con l'obiettivo di accelerare il rilascio delle documentazioni liberatorie o ostative in modalità automatica ai soggetti abilitati alla consultazione.

In base all'articolo 97, la banca dati può essere consultata:

- dai soggetti tenuti ad acquisire la documentazione antimafia ai sensi dell'articolo 83, quindi dalle amministrazioni e dagli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, dagli enti e aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico, dalle società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico, dai concessionari di lavori o servizi pubblici e dai general contractor;
- dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura;
- dagli ordini professionali;
- dall'Autorità anticorruzione.

Il rilascio della comunicazione/informativa antimafia è immediato quando non emerge a carico dei soggetti sottoposti a verifica, la sussistenza delle cause ostative di cui all'articolo 67. In tal caso si tratta di una comunicazione/informativa antimafia liberatoria. Quando dalla consultazione emerge la sussistenza di una delle cause di decadenza, sospensione o divieto contenute nell'articolo 67, il prefetto effettua le verifiche relative alla situazione aggiornata del soggetto sottoposto agli accertamenti, in esito alle quali rilascia, a seconda dei casi, una documentazione antimafia liberatoria o interdittiva. Il prefetto procede alle stesse verifiche se il soggetto risulta non censito.

La **comunicazione antimafia**, nei casi di verifica, deve essere rilasciata dal prefetto entro trenta giorni dalla consultazione della banca dati. Decorso questo termine, i

soggetti possono procedere anche in assenza della comunicazione antimafia previa acquisizione dell'autocertificazione in cui l'interessato attesta che nei propri confronti non sussistono le cause di divieto, di decadenza o sospensione indicate all'articolo 67 (articolo 88, comma 4). In tal caso, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni sono corrisposti sotto condizione risolutiva e, qualora dalle verifiche dovesse risultare l'esistenza di cause interdittive, le pubbliche amministrazioni revocano le autorizzazioni e le concessioni oppure recedono dai contratti, salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione della restante parte, nei limiti delle utilità conseguite (art. 88, comma 4-bis).

Fuori dei casi in cui è richiesta l'informazione antimafia, l'autodichiarazione può essere utilizzata anche per i contratti e subcontratti dichiarati urgenti, i provvedimenti di rinnovo conseguenti a provvedimenti già disposti e nei casi di attività private sottoposte a SCIA o silenzio assenso (art. 89).

Qualora in esito alle verifiche conseguenti a una richiesta di comunicazione antimafia venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il prefetto adotta comunque un'informazione antimafia interdittiva e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti, in luogo della comunicazione antimafia.

La procedura relativa all'**informativa antimafia** è disciplinata dagli articoli 90 e seguenti del Codice, con previsioni analoghe accompagnate a specifici poteri di accesso e accertamento del prefetto nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici riguardo ai tentativi di infiltrazioni mafiose. Quando dalla consultazione della banca dati nazionale unica non consegue il rilascio immediato dell'informazione antimafia liberatoria, il prefetto è tenuto ad effettuare le necessarie verifiche entro 30 giorni (45 giorni nei casi di particolare complessità, cfr. articolo 92, comma 2) .

L'articolo 92, comma 3, del Codice antimafia prevede che decorso questo termine, oppure **nei casi di urgenza** immediatamente i soggetti possono **procedere anche in assenza dell'informativa antimafia**. I contributi sono in tal caso corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti revocano le autorizzazioni e concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente nei limiti delle utilità conseguite. La revoca e il recesso si applicano anche quando i tentativi di infiltrazione mafiosa sono accertati

successivamente alla stipula del contratto, alla concessione dei lavori o all'autorizzazione del subcontratto.

Con specifico riferimento alle ipotesi in cui il prefetto non rilascia l'informazione interdittiva nei tempi previsti ovvero nei casi di lavori e forniture di somma urgenza, se la sussistenza di una causa di divieto indicata dall'articolo 67 o elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui agli articoli 84, comma 4, e 91, comma 6, sono accertati dopo la stipula del contratto, l'articolo 94 del Codice antimafia specifica che i soggetti sono tenuti a revocare le autorizzazioni e le concessioni o recedere 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. Non si procede tuttavia alle revoche o ai recessi se l'opera è in corso di ultimazione o in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale nell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi.

1.2 Codice dei contratti pubblici: la disciplina dei motivi di esclusione

Le disposizioni del decreto legislativo n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) relative ai requisiti di moralità degli operatori che intendono partecipare a una procedura di appalto o di concessione, contenute nell'articolo 80 del Codice, sono strettamente intrecciate alla disciplina antimafia sopra descritta. Ricordiamo che i requisiti di moralità indicati dall'articolo 80 si applicano anche ai contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, e valgono sia nei settori ordinari che nei settori speciali. Il mancato possesso di tali requisiti è causa di esclusione dalla procedura di aggiudicazione del contratto⁴.

Tra i motivi che comportano l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura di appalto o concessione, l'articolo 80, comma 2 indica i casi in cui emerge l'esistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo n. 159/2011 (Codice antimafia), o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, dello stesso decreto legislativo.

Con riferimento alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia viene espressamente fatto salvo quanto previsto dagli articoli 88, 4-bis e 92, commi 2 e 3, del

⁴ I soggetti rispetto ai quali occorre accertare l'assenza dei motivi di esclusione sono elencati al comma 3 dell'articolo 80.

Codice antimafia sui termini per il rilascio della documentazione antimafia e la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere sulla base dell'autocertificazione da parte del soggetto interessato.

L'esistenza dei requisiti di moralità non solo è necessaria ai fini della partecipazione alla procedura di aggiudicazione, ma deve permanere fino alla stipula del contratto e per tutto il periodo della sua esecuzione⁵.

2. Le semplificazioni temporanee per le verifiche antimafia nell'emergenza Covid-19

2.1 Accesso ai contributi pubblici

L'esigenza di velocizzare le procedure per l'erogazione di contributi pubblici nel contesto dell'emergenza Covid-19 si è presentata sin dall'inizio della pandemia, spingendo a prevedere alcune semplificazioni anche per le procedure di verifica antimafia. Si è posta al contempo l'esigenza di non indebolire il sistema, per evitare che la criminalità approfitti delle risorse pubbliche messe in campo per il rilancio dell'economia.

In questo contesto, dopo una serie di semplificazioni nei primi decreti dell'emergenza Covid-19 relative a singole misure di sostegno, con l'articolo 3, comma 1 del decreto Semplificazioni è stata introdotta una misura di semplificazione generale, di natura temporanea, per le verifiche antimafia nei procedimenti avviati su istanza di parte che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati (erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e pagamenti da parte di pubbliche amministrazioni).

Per rispondere "con efficacia e celerità alle esigenze di interventi di sostegno e rilancio del sistema economico produttivo" conseguenti all'emergenza, fino al 31 dicembre 2021 qualora il rilascio della documentazione antimafia non sia immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale, la situazione di urgenza di

⁵L'articolo 108, comma 2, lettera b, del Codice dei contratti pubblici dispone che la stazione appaltante è tenuta a risolvere il contratto pubblico durante il periodo di efficacia qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione ovvero sia intervenuta una sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80.

cui all'articolo 92, comma 3, del Codice antimafia viene considerata sempre esistente e si procede di conseguenza. Pertanto, le somme possono essere erogate immediatamente anche in assenza della relativa documentazione antimafia, ma i benefici sono corrisposti sotto condizione risolutiva: qualora dovesse sopraggiungere una documentazione antimafia interdittiva, le somme ricevute dovranno essere restituite.

Sono fatte salve le semplificazioni procedurali in tema di verifiche antimafia già introdotte dai decreti legge n. 23/2020 (decreto Liquidità) e n. 34/2020 (decreto Rilancio) con riferimento a specifiche misure di sostegno di particolare rilievo. Si tratta in particolare:

- dei finanziamenti erogati da SACE ai sensi dell'articolo 1-bis del decreto legge n. 23/2020⁶;
- degli interventi del fondo di garanzia per piccole e medie imprese di cui all'articolo 13, decreto legge n. 23/2020;
- dei contributi a fondo perduto per esercenti attività di impresa e autonomi di cui all'articolo 25 del decreto legge n. 34/2020⁷;
- delle misure di sostegno al rafforzamento patrimoniale delle imprese di medie dimensioni di cui all'articolo 26 del decreto legge n. 34/2020;
- gli interventi del Patrimonio destinato di cui all'articolo 27 del decreto legge n. 34/2020.

2.2 Conclusione dei contratti pubblici

Un'altra disposizione transitoria che ha ad oggetto le verifiche antimafia e che è stata introdotta dal decreto Semplificazioni mira ad accelerare la conclusione dei contratti pubblici.

⁶ La disciplina si basa sull'autocertificazione da parte degli interessati circa l'assenza delle cause ostative di cui all'articolo 67 del codice antimafia e sulla sottoscrizione di un protocollo d'intesa tra Ministero dell'interno, Ministero dell'economia e delle finanze e SACE per disciplinare i controlli antimafia anche attraverso procedure semplificate.

⁷ Oltre all'autocertificazione e all'erogazione in via d'urgenza del contributo, è previsto che le ulteriori verifiche possano avvenire tramite procedure semplificate previste da un apposito protocollo stipulato tra Ministero dell'Interno, Ministero dell'economia e delle finanze e Agenzia delle entrate. Se dalle verifiche emerge la non idoneità a ricevere il contributo, l'Agenzia delle entrate procede al recupero delle somme e la presentazione dell'autocertificazione non veritiera è punita con la reclusione da 2 a 6 anni.

In base all'articolo 3, comma 2, del decreto, fino al 31 dicembre 2021, per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici si procede mediante il rilascio di un'informativa liberatoria provvisoria. Tale informativa liberatoria viene ottenuta immediatamente in seguito alla consultazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia e all'acquisizione degli esiti delle interrogazioni di tutte le ulteriori banche dati disponibili, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che non risulta censito. E' esclusa naturalmente l'ipotesi in cui dalla consultazione emergano nei confronti dei soggetti sottoposti a verifica cause ostative ai sensi dell'articolo 67 del Codice antimafia o tentativi di infiltrazione mafiosa desumibili dall'applicazione di misure cautelari o da una condanna per specifici delitti (articolo 84, comma 4, lettere a, b, e c).

L'informativa liberatoria provvisoria consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture sotto condizione risolutiva, ferme restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia, che devono completarsi entro sessanta giorni.

L'articolo 3, comma 4 del decreto specifica che qualora la documentazione successivamente pervenuta accerti la sussistenza di una delle cause interdittive previste dal Codice antimafia, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2 del medesimo Codice sono tenuti a recedere dai contratti, fatti salvi il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione della restante parte nei limiti delle utilità conseguite. È escluso il recesso nel caso in cui l'opera è in corso di ultimazione o, nel caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, se il soggetto che la fornisce non è sostituibile in tempi rapidi (articolo 94, commi 3 e 4 del Codice antimafia). Inoltre, è fatto salvo quanto previsto dall'articolo 32, comma 10, del decreto legge n. 90/2014, in base al quale, se esiste l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione il prefetto può ordinare la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto o dell'accordo contrattuale.

Per quanto non espressamente previsto dalle disposizioni temporanee introdotte dai primi commi dell'articolo 3 continuano ad applicarsi le disposizioni del Codice antimafia illustrate nel precedente paragrafo 2 di questa circolare.

3. Protocolli di legalità e verifiche antimafia nel settore privato

3.1 Verifiche antimafia nei rapporti tra privati: la situazione prima del decreto Semplificazioni

Anche nel settore privato la verifica dell'assenza di provvedimenti definitivi di applicazione di misure di prevenzione e di tentativi di infiltrazione mafiosa ai sensi degli articoli 67 e 84 può risultare di grande importanza, nella scelta delle controparti contrattuali, per una *due diligence* volta a prevenire comportamenti corruttivi e infiltrazioni criminali nell'attività economica.

Fino al 2012, l'articolo 87 del Codice antimafia prevedeva espressamente che le persone fisiche, le imprese, le associazioni e i consorzi potessero richiedere l'informativa antimafia, anche per rapporti esclusivamente privati. Sulla base di quel quadro normativo, molte associazioni di imprese avevano stipulato con il Ministero dell'interno protocolli di legalità applicabili alle imprese associate. La singola impresa, sottoscrivendo il contratto associativo si impegnava su base volontaria a condizionare la stipula dei contratti al rispetto degli obblighi indicati nel protocollo. In questo modo, le verifiche antimafia venivano applicate anche per la conclusione di contratti di rilevanza privatistica.

Dopo il 2012 il quadro normativo è cambiato. Il decreto legislativo n. 218/2012 (articolo 4), modificando l'articolo 87 del Codice antimafia, ha limitato l'accesso alla documentazione antimafia ai soggetti indicati all'articolo 83 dello stesso Codice, operanti in ambito pubblicistico, alle camere di commercio, agli ordini professionali e all'Anac. Questa riformulazione della normativa ha precluso l'accesso alla documentazione antimafia da parte di privati e associazioni di imprese. Conseguentemente i protocolli di legalità stipulati tra associazioni di imprese e Ministro dell'interno finalizzati ad applicare la disciplina antimafia anche ai rapporti tra privati hanno perso efficacia.

Il tema è stato oggetto dell'articolata sentenza del Consiglio di Stato del 20 gennaio 2020, n. 452. In questa sentenza i giudici hanno confermato che il Codice antimafia dopo le modifiche del 2012 non consentiva più l'accesso alla documentazione antimafia ai fini di tutela della legalità in rapporti tra privati e che il vuoto normativo non poteva essere colmato da un Protocollo di legalità o un suo atto aggiuntivo, come quelli che nel caso di specie erano stati siglati tra Ministero dell'Interno e Confindustria.

Nella stessa sentenza, peraltro, alla luce dell'esperienza maturata nella materia delle interdittive antimafia, i giudici hanno evidenziato le "possibili conseguenze alla novella del 2012 che - come doverosamente va applicata e interpretata - lascia alle imprese 'più probabilmente che non' colluse o in contatto con le mafie la possibilità di operare nel settore privato, nel quale probabilmente è ancora più forte la capacità 'persuasiva' delle minacce e della violenza fisica o psicologica, tipica della mafia, cosicché il potere fondato sulla forza economica tende a consolidarsi. Sembra in altri termini che il d.lgs 218 del 2012 abbia aperto una breccia nella trama intessuta dal Codice delle leggi antimafia, il cui complesso di norme mira ad isolare le imprese vicine agli ambienti della criminalità organizzata, togliendo loro la linfa data dai guadagni (...)".

Il Consiglio di Stato quindi nella sentenza, pur nel rispetto della divisione dei poteri, sollecitava il legislatore a interrogarsi sull'opportunità di un ripensamento della formulazione del Codice antimafia volta a consentire la richiesta dell'informazione antimafia anche da parte di soggetti privati e per rapporti esclusivamente privati, lasciando il mercato "agli operatori che svolgono l'attività affidandosi esclusivamente al proprio lavoro nel rispetto delle regole".

3.2 Il nuovo articolo 83-bis del Codice antimafia

Nella relazione illustrativa del decreto Semplificazioni viene preso atto delle criticità individuate dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 452/2020 . La scelta compiuta nel decreto è quella di rispondere alle esigenze sistematiche evidenziate dal Consiglio di Stato con un intervento normativo mirato incentrato sulla valorizzazione dei protocolli di legalità, senza reintrodurre in generale la possibilità di accedere alla documentazione antimafia in tutti i rapporti tra privati per evitare un eccessivo appesantimento del sistema.

In questa prospettiva, il nuovo articolo 83-bis del Codice antimafia, introdotto dall'articolo 3, comma 7 del decreto Semplificazioni, fornisce una copertura normativa generale ai protocolli di legalità in modo da consentire, per questa via, l'accesso alla documentazione antimafia anche da parte del settore privato.

Alla luce della nuova disposizione, il Ministero dell'interno può sottoscrivere protocolli, o altre intese comunque denominate, per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata "anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia di cui all'articolo 84 del Codice".

Il comma 1 del nuovo articolo 83-bis prevede espressamente che i protocolli possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale, con le associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali e con le organizzazioni sindacali. I protocolli "possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati, nonché determinare le soglie di valore al di sopra delle quali è prevista l'applicazione degli obblighi previsti dai protocolli medesimi". Inoltre, i protocolli possono prevedere l'applicabilità delle previsioni del Codice antimafia anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi, nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi.

Il comma 2 prevede l'equiparazione al rilascio dell'informativa antimafia liberatoria:

- dell'iscrizione del soggetto nelle *white list* dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori presso le prefetture istituite dall'articolo 1, commi 52 e seguenti della legge n. 190/2021 (c.d. legge Severino) per alcuni settori particolarmente esposti a rischi di infiltrazione mafiosa, e
- dell'iscrizione del soggetto nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita presso il Ministero dell'Interno dall'articolo 30 del decreto legge n. 189/2016 per gli interventi di ricostruzione nei territori colpiti dal sisma del centro Italia.

Viene specificato che le stazioni appaltanti devono prevedere nei bandi di gara, negli avvisi o nelle lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o risoluzione del contratto (art. 83-bis, comma 3).

4. Il rapporto con la disciplina a tutela dei dati personali

La disciplina sulle verifiche antimafia pone un'esigenza di coordinamento con la disciplina a tutela dei dati personali, con particolare riguardo alle disposizioni relative al trattamento di dati personali relativi a condanne penali e reati.

Già prima del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), la direttiva 95/46/CE e la disciplina nazionale di recepimento avevano definito uno specifico insieme di regole per il trattamento di questi dati. In particolare, l'articolo 27 del Codice privacy consentiva il trattamento dei dati giudiziari da parte di privati o enti pubblici economici soltanto se autorizzato da espressa disposizione di legge o provvedimento del Garante che specificasse le rilevanti finalità di interesse pubblico del trattamento, i tipi di dati trattati

e le operazioni eseguibili. In quel contesto normativo l'autorizzazione generale n. 7/2016 del Garante aveva indicato una serie di ambiti in cui, nel rispetto delle prescrizioni ivi contenute e dei principi generali, il trattamento dei dati giudiziari era legittimo.

Questo quadro normativo è stato superato dall'articolo 10 del GDPR, in base al quale il trattamento dei dati relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza sulla base dell'articolo 6, paragrafo 1, del GDPR (relativo alle possibili basi giuridiche) può avvenire soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica o se è autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri che preveda garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati.

In Italia, il decreto legislativo n. 101/2018 adottato per conformare la disciplina nazionale a valle del GDPR, ha eliminato l'autorizzazione generale del Garante per il trattamento dei dati giudiziari e ha introdotto nel Codice privacy l'**articolo 2-octies** recante "Principi relativi al trattamento di dati relativi a condanne penali e reati".

Secondo tale disposizione, laddove il trattamento dei dati personali relativi a condanne penali e a reati non avviene sotto il controllo di un'autorità pubblica, esso è consentito solo se autorizzato da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, che prevedano garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. In mancanza delle predette disposizioni di legge o di regolamento, il trattamento dei dati relativi a condanne penali e reati e le connesse garanzie possono essere individuati con decreto del Ministero della Giustizia da adottarsi sentito il Garante per la protezione dei dati personali.

Il terzo comma dell'articolo 2-octies individua una serie di ambiti in cui il trattamento è consentito, sempre che sia autorizzato da una norma di legge o di regolamento, specificando che se la normativa non individua anche garanzie appropriate, queste sono previste con il decreto ministeriale (tra gli ambiti indicati vi sono, in particolare: l'adempimento degli obblighi normativi in materia di comunicazioni e informazioni antimafia, in materia di prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di pericolosità sociale o per la produzione della documentazione prescritta per partecipare a gare d'appalto; l'accertamento del requisito di idoneità morale di coloro che intendono partecipare a gara d'appalto in adempimento di quanto previsto dalle vigenti normative in materia di appalti e l'attuazione della disciplina in materia di attribuzione del rating di legalità).

Infine, l'articolo 2-octies, comma 6, prevede che con il decreto del Ministero della Giustizia possono essere autorizzati i trattamenti dei dati relativi alle condanne penali e i reati effettuati in attuazione di protocolli di intesa per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata stipulati con il Ministero dell'Interno o con le prefetture. In relazione a tali protocolli, il decreto deve individuare le tipologie di dati trattati, gli interessati, le operazioni di trattamento eseguibili, anche in relazione all'aggiornamento e alla conservazione dei dati e prevedere le garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. Per questi ambiti il decreto è adottato di concerto con il Ministro dell'Interno.

L'adozione del decreto ministeriale appare urgente per completare il quadro normativo ed assicurare la piena legittimità del trattamento dei dati personali relativo alle verifiche antimafia sia nel settore dei contratti pubblici sia, a valle dell'articolo 83-bis del Codice antimafia, nei rapporti tra privati nel contesto dei protocolli di legalità⁸.

5. I protocolli - tipo per infrastrutture e insediamenti prioritari

Il Codice dei contratti pubblici dispone che per le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese, ai quali è dedicata la Parte V del Codice (articoli 200-203), a prescindere dalla modalità di affidamento va assicurato uno specifico sistema di monitoraggio antimafia che garantisca la legalità nella realizzazione dell'opera.

Le procedure sono state individuate con decreto interministeriale del 21 marzo 2017⁹. Il sistema prevede la stipula obbligatoria di protocolli di legalità che il Prefetto sottoscrive con il soggetto aggiudicatore e con il soggetto aggiudicatario dell'opera. Questi protocolli devono coprire tutte le fasi di esecuzione dell'opera e tutti i soggetti che partecipano alla sua realizzazione (attraverso un sistema dinamico di controllo). In caso di gravi inadempienze sono previste sanzioni che possono arrivare fino alla risoluzione del contratto con l'operatore economico compromesso. Il Ministero

⁸ Sugli ambiti da considerare nel decreto ministeriale di attuazione dell'articolo 2-octies del Codice privacy, rinviamo al Note e studi Assonime n. 9/2020.

⁹ Decreto Ministero dell'Interno 21 marzo 2017 Individuazione delle procedure per il monitoraggio delle infrastrutture ed insediamenti prioritari per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa e istituzione, presso il Ministero dell'interno, di un apposito Comitato di coordinamento in Gazzetta Ufficiale 6 aprile 2017, n. 81.

dell'Interno per l'esercizio dell'attività di monitoraggio si avvale del Comitato di coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Infrastrutture e degli insediamenti Prioritari (C.C.A.S.I.I.P.)

Con delibera del 25 giugno 2020, il Comitato di coordinamento ha adeguato alle attuali disposizioni del Codice dei contratti pubblici e al Codice Antimafia le precedenti delibere adottate in materia dal CIPE (in particolare la delibera n. 58/2011 e la delibera n. 62/2015).

L'obiettivo è di contrastare, sin dal momento dell'approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE, eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa o influenza negativa sull'ordine pubblico, sulla percezione di sicurezza e sul quadro istituzionale del territorio interessato dall'opera.

La delibera del Comitato di coordinamento contiene due schemi tipo di protocolli di legalità: uno relativo alle opere affidate con appalto, l'altro per le opere affidate in concessione o tramite general contractor. Il protocollo tipo deve essere allegato insieme all'avviso di aggiudicazione della gara.

Le prescrizioni sono analoghe e vincolanti per tutti i soggetti coinvolti nel ciclo di esecuzione del contratto: in particolare l'impresa aggiudicataria che sottoscrive il protocollo assume l'obbligo di trasferire i relativi vincoli agli operatori della propria filiera, a qualunque titolo questi intervengano nella realizzazione dei lavori.

Al fine di facilitare i controlli da parte dei soggetti pubblici preposti al monitoraggio, il soggetto aggiudicatore e le imprese della filiera sono tenuti a trasmettere, anche in modo informatico, specifici dati e informazioni, come ad esempio quelli relativi agli assetti societari, alle procedure di affidamento delle opere, alla tipologia di lavori, alla qualificazione delle imprese esecutrici, alle rilevazioni effettuate presso i cantieri sul personale e sui mezzi impiegati.

I controlli interessano distinte fasi della realizzazione dell'opera: la fase preliminare all'avvio dei lavori; la fase di definizione del piano degli affidamenti a valle dell'individuazione del soggetto affidatario; la fase della cantierizzazione dell'opera e la fase di esecuzione dei lavori con report periodici.

Gli impegni sottoscritti dagli interessati sono riguardano l'obbligo di collaborazione con le forze pubbliche per prevenire il pericolo di ingerenze della criminalità organizzata (per esempio obbligo di comunicare all'autorità giudiziaria eventuali pressioni illecite

esercitate attraverso richieste di denaro o offerte di protezione, a prescindere che esse siano accompagnate dall'uso di violenza o minaccia) e prevenire tentativi di corruzione o concussione manifestati nei confronti dell'imprenditore o degli organi sociali o dei dirigenti dell'impresa, nonché la collaborazione, a tal fine, tra tutti gli operatori economici della filiera.

Il Direttore Generale

Micossi