

GLI STRUMENTI DI LOTTA E CONTRASTO ALLA CRIMINALITA' ORGANIZZATA NEI CONTRATTI DI APPALTO

Dott. ssa Cristina Cicogna

*Specializzanda presso la Scuola di Specializzazione
per le professioni legali dell'Università di Roma Tor Vergata*

Dal confronto tra la disciplina comunitaria e quella nazionale dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi sono emerse in dottrina e giurisprudenza alcune problematiche degne di nota.

La prima di queste riguarda la normativa applicabile ai contratti sottosoglia comunitaria. Infatti, le Direttive europee nn. 17 e 18 del 2004 (recepite dal Codice dei contratti pubblici) si riferiscono solamente agli appalti di valore superiore a 136.000 € per le forniture e i servizi e di 5.186.000 € per gli appalti di lavori.

La giurisprudenza comunitaria, con la sentenza emessa dalla Corte di Giustizia del 7 dicembre 2000 (causa C-324, caso Teleaustria) ha ritenuto che, sebbene le direttive appalti prese in esame non facciano esplicito riferimento ai contratti sottosoglia, ciò non toglie che gli enti aggiudicatori siano tenuti a rispettare i principi generali del Trattato (di economicità, imparzialità, concorrenza e non discriminazione)¹.

Di conseguenza, il fatto che il legislatore comunitario si interessi solo di appalti superiori ad una certa soglia non esclude che per appalti sottosoglia vi sia un interesse economico alla creazione di un mercato unico, e che quindi gli stessi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario².

¹ Conforme, Trib. I grado U.E., sez. V, 20 maggio 2010, n. 258, in *Foro amm. CDS 2010*, 5, 928; Corte di Giust., sez. I, 14 giugno 2007, n. 6, in Guida al dir. 2007, 26, 104.

² *F. Caringella*, Manuale di diritto amministrativo, VI ed., 2012, p. 1577 ss.
Via Orazio Raimondo, 18 - 00173 Roma
P.Iva 02133971008 - C.F. 80213750583

Concludendo, ogniqualvolta un ente aggiudicatore voglia affidare un servizio, una fornitura o un lavoro a un'impresa, occorre che questo adotti una procedura, benché diversa da quella per gli appalti soprasoglia, rispettosa dei suddetti principi generali. Il Codice dei contratti pubblici 2006 (D.lgs n. 163/2006, Codice De Lise), recependo le Direttive europee nn. 17/2004 e 18/2004, ha recepito questa impostazione della giurisprudenza comunitaria, prevedendo, all'art. 27 del Codice dei contratti pubblici, che *"l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità"*.

Ciò posto, in disparte la distinzione tra contratti sopra e sottosoglia comunitaria, ci si è interrogati sulla disciplina applicabile alle imprese pubbliche³, qualora queste vogliano scegliere un soggetto cui affidare un contratto in uno dei settori ordinari.

Nulla quaestio se le imprese pubbliche intendono concludere dei contratti in settori come quello del gas, dell'elettricità o dell'acqua: in questi casi si applicherà la disciplina ordinaria in quanto le imprese pubbliche sono fatte rientrare esplicitamente dall' art. 27 del Codice tra gli enti aggiudicatori.

Più problematico è il caso in cui queste imprese pubbliche operino, oltre che nei settori speciali, anche in quelli ordinari: ci si è chiesti in dottrina e in giurisprudenza quale procedura debbano seguire in siffatte ipotesi.

Ebbene, la dottrina ha formulato essenzialmente tre ipotesi: si applica la disciplina comune; si applicano i principi generali di economicità, trasparenza, imparzialità ex art. 27 del D.lgs. n. 163/2006; si tratta di appalti esclusi dalla disciplina in questione, con la conseguenza che in questi casi le imprese pubbliche debbono operare come un'impresa privata.

³ Imprese cioè dotate di personalità giuridica, sottoposte a influenza pubblica dominante che svolgono anche attività a carattere industriale o commerciale.

Il Consiglio di Stato, nell'Adunanza Plenaria n. 16/2011 ha condiviso la terza delle tesi testé riportate sostenendo che, nel caso in cui l'impresa pubblica operi in settori non speciali, non si potrebbe applicare la disciplina comune in quanto l'impresa pubblica non rientra nella definizione di "amministrazioni aggiudicatrici" fornita dall'art. 3 del Codice dei contratti pubblici, né si potrebbe fare applicazione dell'art 27 del Codice, a questa ostando la distinzione che il Consiglio opera tra appalti esclusi dalla disciplina dei contratti pubblici per effetto di un'espressa disposizione (es. appalti segreti) e appalti del tutto estranei alla procedura di evidenza pubblica, come ad esempio le gare di appalto all'estero di un'impresa italiana.

Il Consiglio ha quindi concluso che, nei casi in cui l'impresa pubblica si trovi ad operare nei settori ordinari, non si applicherà alcuna disciplina pubblicistica in quanto l'impresa pubblica si muoverà al pari di un'impresa privata, mentre nei settori speciali seguirà la disciplina ordinaria del Codice dei contratti pubblici. Peraltro, in conseguenza dell'*iter* argomentativo sposato dal Consiglio di Stato in siffatte ipotesi la giurisdizione spetta, al giudice ordinario.

Diversamente dall'impresa pubblica, l'organismo di diritto pubblico⁴ dovrà rispettare la procedura ordinaria nei casi in cui abbia bisogno di lavori, forniture o servizi nell'ambito dei settori ordinari e i principi generali di economicità, imparzialità e trasparenza ex art. 27 del Codice dei contratti nei casi in cui operi nei settori speciali.

Distinto problema inerente ai contratti di rilevanza comunitaria è la discrepanza tra la soglia al di sopra della quale si applicano le Direttive Appalti individuata in sede europea e la soglia al di sopra delle quale occorre la documentazione antimafia per partecipare alla gara.

Il Regolamento (CE) n. 1251/2011 e successivamente il Regolamento (CE) n. 1336/2013 hanno modificato le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio nn. 2004/17 CE,

⁴ L'organismo di diritto pubblico, oltre al requisito della personalità giuridica e la sottoposizione a un'influenza pubblica dominante, svolge, a differenza dell'impresa pubblica attività a carattere non commerciale o industriale.

2004/18 CE e 2009/81 CE riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti incidendo inevitabilmente sull'art. 28 del d.lgs. 163/2006.

Quindi a partire dal 1 gennaio 2014 le soglie previste dal citato art. 28 hanno subito per effetto del Regolamento (obbligatorio in tutti i suoi elementi) un significativo innalzamento⁵.

Ne deriva che per gli appalti di forniture e di servizi la soglia è passata da 130.000 Euro (prima del Regolamento n. 1251/2011 la soglia fissata era di 125.000 Euro) a 134.000 Euro per le amministrazioni aggiudicatrici centrali indicate nell'allegato IV del Codice dei contratti; negli appalti pubblici di servizi e forniture aggiudicati da stazioni appaltanti diverse da quelle indicate dall'allegato in questione la soglia è passata da 200.000 Euro (prima 193.000 Euro) a 207.000 Euro; negli appalti pubblici di lavori siamo passati da 5.000.000 (prima 4.845.000) a 5.186.000 Euro.

Da una prima analisi è possibile rilevare che le nuove soglie comunitarie non coincidono con quelle indicate dall'art. 83, comma 3, lett. e) del nuovo codice antimafia (decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159).

Ricordiamo infatti che con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il Capo dello Stato ha approvato il nuovo Codice antimafia nato con il nobile scopo di racchiudere in un unico testo normativo la frammentata disciplina esistente (di natura penale, processuale e amministrativa) in tema di lotta e contrasto alla criminalità organizzata.

Il nuovo Codice antimafia riprende la distinzione tra comunicazione e informazione antimafia precedentemente operata dal D.P.R. 252/1998.

La comunicazione antimafia attesta la sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del codice derivanti dall'applicazione di una misura di prevenzione, dall'emanazione di sentenza di condanna, anche non definitive, ma confermate in grado di appello per talune tipologie di reati particolarmente gravi legati alla criminalità organizzata.

⁵ <http://lavoripubblici.it>

L'informazione antimafia attesta oltre a quanto previsto dalla comunicazione antimafia anche la sussistenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa.

Ebbene, l'art. 83, comma 3, lett. e) del nuovo codice prevede che sotto i 150.000 Euro non sia richiesta la documentazione in questione; soglia diversa da quella prevista dall'art. 28 dei contratti pubblici come modificato dal Regolamento (CE) 1336/2013⁶.

Pertanto la *comunicazione antimafia* deve essere richiesta per quei contratti di appalto il cui valore è compreso tra i 150.000 euro e le soglie comunitarie e quindi per i contratti di lavoro quando questi sono compresi tra 150.000 Euro e 5.186.000 Euro; per i contratti di servizi e forniture per quelli compresi tra i 150.000 Euro e i 207.000 Euro.

Per quanto concerne *l'informazione antimafia* deve essere acquisita prima di stipulare i contratti di appalto "*(...) con valore pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati*" (art. 91, comma 1, lett. a); *o di autorizzare subcontratti, cessioni o cottimi di importo superiore a 150.000 Euro* (art. 91, comma 1, lett. c).

Sebbene sia pacificamente ammessa la richiesta della documentazione antimafia per tutti i contratti che si trovano nella c.d. *zona grigia*, ovvero per quei contratti che hanno un valore compreso tra i 150.000 euro e le nuove soglie comunitarie, più problematica appare la possibilità di richiedere la documentazione per i contratti sotto soglia.

Al riguardo mancano in giurisprudenza casi in cui sia stata accolta questa possibilità.

A dimostrazione di quanto appena detto possiamo ricordare la sentenza del Consiglio di Stato Sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 240 con la quale è stata da una parte negata la richiesta della documentazione antimafia sotto la soglia dei 150.000, dall'altra riconosciuta per i contratti di valore compreso tra i 150.000 e le soglie comunitarie⁷.

⁶ <http://lavoripubblici.it>

⁷ Sul punto cfr. V. Capuzza, *Le esclusioni non codificate dal D. lgs. N. 163/2006 e dal D.P.R. n. 207/2010* pagg. 13 ss, in *Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici*, <http://www.osservatorioappalti.unitn.it>

Sarebbe auspicabile un intervento del legislatore volto ad estendere la possibilità di richiedere la documentazione antimafia da parte dei soggetti debitamente autorizzati di cui all'art. 97, comma 1, del Codice indipendentemente dal valore del contratto.

È infatti innegabile che il Codice antimafia sia nato con il compito di offrire un valido strumento di lotta e contrasto alla criminalità organizzata prescindendo dal valore del contratto posto in essere. Non si può certo ignorare il fenomeno delle infiltrazioni mafiose ogni qual volta interessi un contratto di valore inferiore alle soglie fissate.

Le osservazioni fin qui fatte possono aiutarci a comprendere la *ratio* dell'art. 3, comma 1, della legge 136/2010 (tracciabilità dei flussi finanziari).

La normativa di riferimento sulla tracciabilità dei flussi finanziari relativa ai contratti di appalto di lavori, forniture e servizi la rinveniamo nell'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 come modificato dalla legge n. 217/2010 di conversione del decreto legge n. 187/2010; nell'art. 6 della stessa legge n. 136/2010 in tema di sanzioni; nell'art. 6 del suddetto decreto legge n. 187/2010 convertito con legge n. 217/2010 che contiene la disciplina transitoria e alcune norme interpretative e di attuazione del predetto art. 3.

Diversamente da quanto visto in tema di richiesta della documentazione antimafia per i contratti sotto soglia l'art. 3 della legge sulla tracciabilità dei flussi finanziari non prevede alcun tipo di esenzione.

Al contrario *impone l'obbligo di registrare tutti i movimenti finanziari relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici, nonché alla gestione dei finanziamenti.*

La *ratio* della norma è abbastanza evidente: il legislatore ha voluto rendere più agevole il controllo sull'utilizzo del corrispettivo derivante dai contratti pubblici in modo tale intercettare eventuali usi di questi da parte della criminalità organizzata⁸.

Tale finalità è chiarita dallo stesso art. 3 dove leggiamo che la finalità della tracciabilità dei flussi finanziari è proprio quella di prevenire infiltrazioni criminali.

⁸ L'autorità sulla vigilanza dei contratti pubblici ha infatti rilevato che la finalità è: *“rendere trasparenti le operazioni finanziarie relative all'utilizzo del corrispettivo dei contratti pubblici, in modo da consentire un controllo a posteriori sui flussi finanziari provenienti dalle amministrazioni pubbliche ed intercettare eventuali usi degli stessi da parte di imprese malavitose”*.

La disciplina in questione deve essere quindi riferita a tutti i trasferimenti di risorse pubbliche riferibili a contratti per l'esecuzione di lavori, la prestazione di servizi o la realizzazione di forniture configurati come : appalti, conseguenti all'aggiudicazione di gara mediante procedure aperte o ristrette, nonché ad aggiudicazioni mediante procedure negoziali, dirette o procedute da gara informale (artt., 57 e 122, d.lgs 163/2006); cottimi fiduciari (art. 125 d.lgs. 163/2006); subappalti quando correlati ad appalti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 118 d.lgs. 163/2006).

L'attenzione rivolta dal legislatore alla trasparenza nei contratti pubblici è evidenziata dall'art. 3, comma 8, del d.lgs. 136/2010, dove leggiamo che : *“la stazione appaltante , nei contratti sottoscritti con gli appaltatori relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al comma 1, inserisce, a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola con la quale essi assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla presente legge. Il contratto deve essere munito, altresì, della clausola risolutiva espressa da attivarsi in tutti i casi in cui le transazioni sono state eseguite senza avvalersi di banche o della società Poste italiane Spa. L'appaltatore, il subappaltatore o il subcontraente che ha notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria di cui al presente articolo procede all'immediata risoluzione del rapporto contrattuale, informandone contestualmente la stazione appaltante e la prefettura-ufficio territoriale del Governo territorialmente competente”*.

Quindi, non solo la legge 136/2010 non prevede soglie di esenzione per la tracciabilità dei flussi finanziari ma pone anche un *obbligo* di tracciabilità e una clausola risolutiva volta al suo rispetto.

Tali obblighi si articolano in tre adempimenti principali: utilizzo dei conti corrente bancari o postali dedicati alle commesse pubbliche⁹; effettuazione dei movimenti finanziari relativi alle commesse pubbliche mediante lo strumento del bonifico bancario o postale ovvero attraverso l'utilizzo di altri strumenti di pagamento idonei a consentire

⁹ I conti corrente bancari o postali utilizzati non devono essere esclusivamente impiegati per la tracciabilità del flussi finanziari, ciò che rileva è infatti che i flussi finanziari relativi a una commessa pubblica transitino in un conto corrente dedicato.

la piena tracciabilità delle operazioni; indicazione negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione del codice identificativo di gara (CIG)¹⁰ e, se previsto come obbligatorio ai sensi dell'art. 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, del codice unico di progetto (CUP)¹¹.

Gli obblighi di tracciabilità coinvolgono tutti i soggetti che hanno a che fare con le commesse pubbliche senza considerare la forma giuridica e il tipo di attività svolta.

Pertanto vi sono sottoposti anche i professionisti e gli studi professionali che partecipano agli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, i vincitori di concorsi idee o di progettazione, affidatari dei progetti preliminari, definitivi ed esecutivi a essi relativi, i concessionari di finanziamenti pubblici, inclusi i finanziamenti europei, e tra essi i soggetti, anche privati, destinatari di finanziamenti pubblici che stipulano appalti per la realizzazione dell'oggetto del finanziamento, a prescindere dall'importo. È, inoltre, necessario conservare la documentazione che attesti l'adempimento degli obblighi di tracciabilità.

Con riguardo all'ambito di applicazione oggettivo, non pare ci siano dubbi sul fatto che per "contratti di appalto" si devono intendere tutti i contratti aventi a oggetto lavori, servizi e forniture, indipendentemente dall'importo (quindi di valore superiore, pari o inferiore alla soglia comunitaria) e indipendentemente dalla circostanza che siano affidati nell'ambito dei settori ordinari o nei settori cosiddetti speciali (acqua, energia, trasporti).

Proprio al fine di salvaguardare il rispetto della suesposta normativa legislatore ha previsto pesanti sanzioni volte a garantire gli obblighi fissati all'art. 3, l. 136/2010: se le transazioni sono effettuate senza avvalersi di banche o della società Poste Italiane S.p.A., al soggetto inadempiente è applicata una sanzione amministrativa pecuniaria che va dal 5 al 20 per cento del valore della transazione stessa; se le transazioni sono effettuate su un conto corrente non "dedicato", se non viene utilizzato lo strumento del bonifico, è

¹⁰ Il codice identificativo di gara (CIG) è un codice alfanumerico che consente l'identificazione univoca delle gare e permette di tracciare i movimenti finanziari degli affidamenti di lavori, servizi e forniture prescindendo sia dalla procedura di scelta del contraente adottata che dall'importo dell'affidamento stesso.

¹¹ Sul punto <http://avcp.it>

applicata al soggetto inadempiente una sanzione amministrativa pecuniaria che va dal 2 al 10 per cento del valore della transazione stessa; se gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera omettono di comunicare alla stazione appaltante gli estremi del conto corrente "dedicato" e le generalità delle persone abilitate a operare su di esso, ovvero se la comunicazione è tardiva o incompleta, si applica una sanzione amministrativa pecuniaria che va da 500 a 3.000 Euro.

Ciò posto non si spiega perché il legislatore abbia previsto una disciplina così puntuale per la tracciabilità dei flussi finanziari, tanto da prevedere delle sanzioni volte a garantire il rispetto degli obblighi fissati dall'art. 3 della legge in questione, e non si sia invece curato di garantire un controllo antimafia anche per i contratti al di sotto dei 150.000 Euro.

Interessante è stata la motivazione data sul tema dal T.A.R. di Reggio Calabria, con sentenza n. 258/2013.

Essendo l'importo a base di gara pari a 75.073, 54 Euro il T.A.R. ha argomentato l'illegittimità della richiesta di documentazione antimafia sulla base di due considerazioni: gli opposti interessi che il legislatore mira a bilanciare fissando la soglia di esenzione e l'eccessivo dispendio di energie e di risorse umane che impedisce di indirizzare lo strumento di prevenzione verso fattispecie contrattuali di rilevanza economica.

Secondo il T.A.R. di Reggio Calabria la *ratio* di siffatta soglia di esenzione risiede nella volontà del legislatore di tutelare la libertà di impresa e la speditezza negli affari nei confronti di operatori economici che non sono colpiti da condanne o soggetti a interdizioni sanzionatorie di natura penale.

La scarsa efficienza del sistema ha inoltre favorito l'utilizzo dei c.d. "Protocolli di legalità".

Di regola, nei Protocolli le amministrazioni assumono l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva da parte degli operatori economici di determinate clausole che hanno come scopo la prevenzione, il

controllo e il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro¹².

A dimostrazione di quanto appena detto ricordiamo che l'art. 1, co. 17, l.190/2012¹³ prevede che: *“le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”*.

L'articolo in parola ha posto per molto tempo alcuni problemi di carattere interpretativo. Parte della giurisprudenza, infatti, interpretava il testo come *“possibilità di pretendere espressamente l'accettazione di tali Protocolli con apposita dichiarazione di allegare gli atti di gara”*¹⁴. Ne deriva che la legge anticorruzione avrebbe reso obbligatorio tutto il contenuto dei Protocolli di legalità, ivi compreso le sanzioni previste per il suo mancato rispetto, e subordinato alla loro mancata osservanza l'esclusione dalla gara.

Questa interpretazione contrastava, a detta di parte della giurisprudenza, con il dettato normativo che prevedeva come unica sanzione l'esclusione dell'impresa dalla gara dovuta al mancato rispetto delle clausole di legalità.

Di regola le clausole inserite nei Protocolli riguardavano comportamenti che le imprese sono tenute ad osservare ma realizzabili solo nella fase dell'esecuzione del contratto. Pertanto l'impresa non potrà più essere punita con l'esclusione dal bando da gara ma necessariamente in altri modi come ad esempio attraverso la risoluzione del contratto.

Ciò posto, è stato osservato che il legislatore avrebbe dovuto prevedere come causa di esclusione dal bando non il mancato rispetto delle clausole contenute dei Protocolli ma la loro mancata accettazione.

Questa interpretazione veniva avvalorata da quanto affermato dall'Autorità della vigilanza sui contratti pubblici in base alla quale *“mediante l'accettazione delle clausole*

¹² G. D'Angelo, *La documentazione antimafia nel D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, pag. 267, in rivista *Urbanistica e appalti*, 3/ 2013.

¹³ L'art. 1 della l.190/2012 è rubricato: *“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità della Pubblica Amministrazione”* e pone nuovi obblighi e adempimenti in capo alla Pubblica Amministrazione.

¹⁴ T.A.R. Sicilia – Palermo, Sezione Seconda, ordinanza n. 585/2013

sancite nei protocolli di legalità al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, infatti, l'impresa concorrente accetta, in realtà, regole che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara..”¹⁵.

Sulla base di quanto appena detto una parte della giurisprudenza e della dottrina ha ritenuto che la fonte degli obblighi dell'impresa dovesse necessariamente essere il contratto di appalto svuotando di significato i Protocolli di legalità.

Soltanto con la delibera 10 ottobre 2012 n. 4 l'Autorità di vigilanza ha riconosciuto la possibilità di condizionare la partecipazione alla gara all'accettazione dei Protocolli. Precedentemente, infatti, si riteneva che l'istituto non potesse essere preso in considerazione sulla base al principio di tassatività delle clausole di esclusione.

¹⁵ Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, determinazione n. 4/2012, cit., parte II, punto 3; conforme in dottrina, S. FOA', Le novità della legge anticorruzione, Urbanistica e appalti, 2013, 3, 293 .