

Dott. Francesco Luigi Ariemma

Specializzando presso la Scuola di Specializzazione per le professioni

legali dell'Università di Roma Tor Vergata

Novità in tema di *white lists*: il D.l. n. 90 del 24 giugno 2014.

I. Origine e *ratio* delle cc.dd. *white lists*.

Il primo nonché unico articolo della Legge 6 novembre 2012, n. 190 (cosiddetta legge anticorruzione), al comma 52, introduce a livello nazionale le cc.dd. *white lists*: si tratta di elenchi, costantemente monitorati e aggiornati dalle Prefetture, contenenti la documentazione antimafia dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori che non presentano rischi di infiltrazioni mafiosa¹. L'intento del Legislatore che le ha istituite è evidente: agevolare, attraverso la consultazione da parte delle stazioni appaltanti degli elenchi *de quibus*, le verifiche antimafia loro imposte sull'aggiudicatario in base all'articolato normativo di cui al D.lgs. n. 159/2011 (Codice delle leggi antimafia).

¹ I soggetti tenuti ad acquisire la documentazione antimafia sono indicati dall'art. 83 del Codice delle leggi antimafia (D.lgs n. 159/2011) : 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 opere pubbliche. Le attività considerate maggiormente a rischio infiltrazioni, per le quali quindi si fa obbligo alle stazioni appaltanti di svolgere le verifiche antimafia, sono quelle indicate dall'art. 1 comma 53 della L. n. 190/2012 (trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; noli a freddo di macchinari; fornitura di ferro lavorato; noli a caldo; autotrasporti per conto di terzi; guardiania dei cantieri). Per documentazione antimafia si intende, dopo il D.l. n. 90/2012, sia la comunicazione che l'informazione antimafia. Ai sensi dell'art. 84 del D.lgs. n.159/2011, la prima consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di cause di decadenza, di sospensione o di divieto tipizzate *ex lege* e conseguenti, a loro volta, all'irrogazione con provvedimento definitivo di una misura di prevenzione o alla pendenza del relativo procedimento. L'informazione antimafia implica un'indagine più approfondita in quanto, oltre alla certificazione dell'insussistenza di cause ostative tipizzate, postula l'accertamento dell'eventuale esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tesi a condizionare le scelte delle imprese interessate.

Per vero, l'origine dell'istituto è precedente alla L. 190/2012, seppure in relazione ad ambiti territoriali circoscritti e in risposta a eventi catastrofici eccezionali. Infatti, presso alcune Prefetture, le *white lists* erano già presenti prima del 2012 per effetto dei D.l. n. 39/2009 e D.l. n. 174/2012 per la ricostruzione post-terremoto in Abruzzo e in Emilia Romagna e del D.l. n. 135/2009 per i lavori dell'Expo 2015, i quali hanno disposto l'iscrizione negli elenchi *de quibus* per le imprese interessate ad appalti pubblici e privati. L'iscrizione nei suddetti elenchi era considerato presupposto necessario per la partecipazione agli appalti nelle zone considerate, garantendo così l'efficacia dei controlli in sede di aggiudicazione. Ed è proprio questa efficacia delle verifiche antimafia consentita dalla consultazione delle *white lists* a suggerire al Legislatore, con la Legge n. 190/2012, di prevederne l'estensione a tutto il territorio nazionale². Tuttavia non viene previsto un obbligo per le imprese d'isciversi³; ebbene, fino al D.l. n. 90/2014 di cui si tratterà di seguito, questa scelta legislativa di mantenere facoltativa l'iscrizione, unita alla mancata previsione di qualsivoglia beneficio per le imprese iscritte, ha influito negativamente sull'utilizzabilità delle *white lists* da parte delle stazioni appaltanti⁴.

II. Il D.l. n. 90/2014 dispone l'obbligatorietà dell'iscrizione nelle *white lists* ?

² L'iscrizione nell'elenco, che è di natura volontaria, può essere richiesta tassativamente solo per l'esercizio di una o più delle seguenti attività di cui all'art. 53 Legge 190/2012. Sono presupposti per l'iscrizione l'assenza, in capo ai soggetti da sottoporre alle verifiche ex art. 85 del D. Lgs. 159/2011, delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del Codice Antimafia nonché di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa, come previsto dall'art. 84, comma 4 e all'art. 91, comma 6, dello stesso Codice. L'iscrizione conserva efficacia per un periodo di dodici mesi a decorrere dalla data in cui essa è disposta, salvi gli effetti degli accertamenti disposti dalla Prefettura per la verifica della permanenza dei requisiti per l'iscrizione. L'inserimento nell'elenco prefettizio conferisce all'impresa alcuni vantaggi sul piano della semplificazione delle procedure di rilascio della documentazione antimafia. Ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, comma 52 bis della Legge 190/2012, così come sostituito dal DL 90/2014, convertito con modificazioni dalla Legge 114/2014, l'iscrizione nella *white list* "tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria, anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è disposta"; www.prefettura.it

³ Le modalità d'iscrizione sono contenute nel D.P.C.M. del 18 aprile 2013 pubblicato in G.U. il 15 luglio 2013 ed entrato in vigore il 14 agosto 2013

⁴ ANCE (Associazione Nazionale Costruttori Edili), Audizione presso le Commissioni riunite Affari costituzionale e Giustizia del Senato sullo schema di Decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (codice delle leggi antimafia), 25 luglio 2012, www.senato.it

L'art. 29 del D.l. del 24 giugno 2014, n. 90, modificando l'art. 1 comma 52 della L. 190/2012, incide proprio sul profilo inerente l'obbligatorietà dell'iscrizione nelle c.d. *white lists*.

Come accennato in premessa, prima del D.l. n. 90/2014, che obbliga le amministrazioni appaltanti ad acquisire, attraverso la consultazione anche telematica delle *white lists*, la documentazione antimafia ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture, l'iscrizione volontaria delle imprese nei suddetti elenchi costituiva un evidente ostacolo alla stessa utilizzabilità di questo strumento. Impostata l'iscrizione su base volontaria, infatti, l'istituto in esame finiva per trasformarsi, da strumento acceleratorio utile a tutti gli attori della procedura di evidenza pubblica⁵, in una penalizzazione per le poche imprese che decidevano di iscriversi, dal momento che quest'ultime divenivano le uniche a costituire oggetto di accurati controlli antimafia da parte delle Prefetture.

Dunque, l'art. 29 del D.l. 90/2014, al fine di rendere finalmente efficaci questi elenchi, dispone l'acquisizione obbligatoria da parte delle stazioni appaltanti, in sede di stipula o di approvazione di contratti o sub-contratti, della documentazione antimafia relativa all'impresa appaltatrice o subappaltatrice, attraverso la consultazione, per l'appunto, delle *white lists*⁶.

Appare opportuno chiarire fin d'ora che nella prassi applicativa la giurisprudenza ha equiparato, nella sostanza, l'acquisizione all'iscrizione.

⁵ La semplificazione della procedura di verifica richiesta alle amministrazioni grazie alla consultazione delle *white lists* non comporta in alcun modo un affievolimento dell'intensità delle verifiche antimafia giacchè quest'ultime vengono periodicamente effettuate dalle Prefetture sulle imprese iscritte nelle *white lists*.

⁶ Così recita il D.l. 90/2014: "Per le attività imprenditoriali di cui al comma 53 la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria e' obbligatoriamente acquisita dai soggetti di cui all' articolo 83, commi 1 e 2, del Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 indipendentemente dalle soglie di cui al D.lgs 159/2011, attraverso la consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori". La verifica antimafia, attraverso la consultazione, anche per via telematica, delle *white lists* da parte delle amministrazioni, si colloca quindi a valle dell'evidenza pubblica. L'iscrizione dell'impresa in tali elenchi non costituisce un requisito di partecipazione alla gara ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163/2003). Il possesso dei requisiti di ordine generale da parte dei soggetti idonei a vincolare la volontà del partecipante alla gara (legale rappresentante, direttore tecnico, procuratore speciale) viene infatti verificato fin dalla fase di ammissione alla procedura e incidono sull'integrità morale e professionale di tutti gli operatori economici partecipanti alla gara. Diversa è anche la *ratio* dei due istituti: quella dell'art. 38 D.lgs. 163/2003 è di garantire che l'eventuale controparte contrattuale del soggetto pubblico sia affidabile dal punto di vista della moralità professionale, al fine di prevenire alterazioni del procedimento, mentre l'iscrizione nelle *white lists*, collocandosi a valle della procedura di evidenza pubblica, costituisce condizione necessaria per la stipula del contratto o l'approvazione dei subcontratti. In altri termini, la verifica antimafia sull'aggiudicatario persegue un'esigenza di tutela dell'ordine pubblico, anticipando la soglia di difesa sociale per contrastare la criminalità organizzata (*ex multis* C.d.S., Sez. V, 20 giugno 2011, n. 3697).

Dunque, l'iscrizione negli elenchi in questione è, di fatto, obbligatoria. Tuttavia, la scelta legislativa di rendere obbligatoria l'acquisizione, in luogo dell'iscrizione, della documentazione *de qua* dai citati elenchi, ha posto due distinti problemi interpretativi: ci si è chiesti, in primo luogo, se ad ogni buon conto anche l'iscrizione fosse da considerare obbligatoria o meno, e, soprattutto, per quale ragione il Legislatore abbia disposto in tal senso. Quanto al primo profilo, alla luce della *ratio* della disciplina in questione, che si sostanzia in un contrasto più efficace alle infiltrazioni mafiose negli appalti attraverso una semplificazione della procedura di verifica antimafia richiesta ai committenti pubblici, è apparsa più consona all'intenzione del Legislatore un'interpretazione estensiva dell'art. 29 del D.l. 90/2014. Quest'ultimo, infatti, introducendo un obbligo di acquisizione, da parte delle stazioni appaltanti, della documentazione antimafia direttamente dalle *white lists*, di fatto impone alle imprese che intendano aggiudicarsi un appalto, l'iscrizione nelle stesse.

Quanto al secondo quesito, è ipotizzabile che il Legislatore non abbia voluto scontrarsi con le possibili censure di incostituzionalità prospettate dalla tesi in base alla quale la previsione di un obbligo a carico delle imprese di iscriversi in registri pubblici si sarebbe posta in contrasto con la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost. Sembrerebbe quindi ipotizzabile che la tecnica legislativa adoperata sia stata dettata dall'esigenza di evitare le critiche testè illustrate, nonostante, come è noto, sia lo stesso art. 41 Cost. a consentire una limitazione della libertà di iniziativa economica quando quest'ultima si svolga "*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*". Ebbene, appare del tutto evidente come lo strumento dell'iscrizione nelle *white lists*, perseguendo l'obiettivo di migliorare il contrasto alla criminalità organizzata negli appalti pubblici, svolga una funzione conforme all'utilità collettiva.

La disposizione dettata dall'art. 29 D.l. 90/2014 prevede, infine, un regime transitorio per la stipula di contratti o l'autorizzazione di subcontratti che avvengano entro dodici mesi dalla pubblicazione del decreto legge: nell'arco di questo lasso temporale è consentito alle stazioni appaltanti di considerare sufficiente la domanda di iscrizione alle *white lists* presentata dall'impresa. Nel caso di diniego di iscrizione da parte della Prefettura, si applicano ai contratti e subcontratti cui è stata data esecuzione le disposizioni di cui all'art. 94 del D.lgs 159/2011⁷.

⁷ Le conseguenze economiche di questa previsione a carico per le amministrazioni pubbliche non sono di poco conto: l'art. 94 del D.lgs 159/2011 dispone, infatti, che, qualora la sussistenza di una causa di divieto alla stipula sia accertata successivamente alla conclusione del contratto, le stazioni appaltanti revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite. Le amministrazioni non procedono alle revoche o ai recessi nel caso in cui l'opera sia



Alla luce delle considerazioni suesposte, tenendo conto del quadro normativo così come ricostruito, è possibile concludere che la domanda di iscrizione negli elenchi prefettizi *de quibus* è necessaria per tutte le imprese che intendano contrarre con la pubblica amministrazione.

in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi.