

**Cons. Nicola Durante**

(Magistrato amministrativo)

(<http://www.giustizia-amministrativa.it/>)

## **AMBITI DI DISCREZIONALITA' IN MATERIA DI DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA PER LE IMPRESE**

Relazione resa al convegno di studi su "L'informazione interdittiva antimafia", organizzato dal T.A.R. Calabria il 16 novembre 2013, in Catanzaro.

SOMMARIO: 1. Il presupposto applicativo del controllo antimafia; 2. Il procedimento di rilascio; 3. La valutazione sui tentativi di infiltrazione mafiosa; 4. Gli effetti dell'informazione antimafia interdittiva; 5. L'informazione antimafia atipica.

\*\*\*\*\*

### ***1. Il presupposto applicativo del controllo antimafia.***

Il sistema della documentazione antimafia rappresenta una forma di tutela avanzata apprestata dallo Stato nei confronti del pervasivo fenomeno della penetrazione della mafia nell'economia legale<sup>1[1]</sup>, che si concretizza nell'estromissione di un'impresa dal mercato degli appalti e dei finanziamenti pubblici, in presenza non tanto di un effettivo condizionamento da parte della criminalità (fenomeno della così detta "impresa mafiosa"), ma addirittura di un «tentativo di infiltrazione» e, quindi, del pericolo che possa favorire, anche solo per via indiretta, la mafia<sup>2[2]</sup>.

---

<sup>1[1]</sup> Per gli aspetti generali, cfr. CARINGELLA, *La normativa antimafia*, in *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, 2315 e segg.; MUTTONI, *Informazioni prefettizie antimafia e appalti. Testi, contesti e Costituzione*, in *Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, 161 e segg.; DE VITA, *Tutela penale dei pubblici incanti*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 1117 e segg.; FRATTASI-GAMBACURTA, *Il rilascio dell'informazione antimafia e La documentazione antimafia: tipologia e contenuto*, in *Commento al codice antimafia*, Rimini, 2011; CARBONE, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2012, 173 e segg.; BUSCEMA, *L'informativa prefettizia antimafia tra esigenze di prevenzione e libertà d'iniziativa economica privata*, 2012, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 257 e segg.; GULLO, *Commento all'articolo 247 (normativa antimafia)*, in *Il codice dei contratti pubblici commentato*, Assago, 2013, 2569 e segg.

<sup>2[2]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 19 gennaio 2012, n. 254; Sez. VI, 28 aprile 2010, n. 2441.

Risulta quindi evidente che la sensibilità degli opposti interessi in gioco – la salvaguardia dell’ordine pubblico anche economico, da un lato; la certezza del diritto e la libertà d’impresa, garantita dalla Costituzione, dall’altro – impone di definire con la massima certezza possibile la natura e la dimensione degli spazi di discrezionalità riconoscibili in capo all’autorità amministrativa.

La disciplina di tali strumenti di controllo è oggi definita nel libro II° del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante «codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia», cui si aggiungono, quanto agli interventi ed agli insediamenti strategici, le misure di monitoraggio disposte dal C.I.P.E., che si realizzano mediante appositi protocolli antimafia finanziati nell’ambito delle risorse pubbliche complessivamente stanziare per la gara, ai sensi dell’articolo 247, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»<sup>3[3]</sup>.

In primo luogo, l’articolo 83 delinea il presupposto oggettivo del controllo, identificando sia i soggetti tenuti ad acquisire la documentazione<sup>4[4]</sup>, sia gli atti, le attività ed i contratti per i quali questa si rende obbligatoria<sup>5[5]</sup> o non è richiesta<sup>6[6]</sup>.

Di seguito, l’articolo 84 distingue la documentazione in due *species*:

---

<sup>3[3]</sup> Cfr. la delibera C.I.P.E. 3 agosto 2011, n. 58, recante «approvazione linee guida per la stipula di accordi in materia di sicurezza e lotta antimafia ex articolo 176, comma 3, lettera e), del decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.», pubblicata sulla gazzetta ufficiale 4 gennaio 2012, n. 3.

<sup>4[4]</sup> «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» (comma 1), nonché i «contraenti generali» (comma 2).

<sup>5[5]</sup> «Prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell’articolo 67» (comma 1).

Tali ultimi provvedimenti sono i seguenti: *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 denominati; *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».

<sup>6[6]</sup> «La documentazione di cui al comma 1 non è comunque richiesta: *a)* per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1; *b)* per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera a) ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all’articolo 67; *c)* per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza; *d)* per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale; *e)* per i provvedimenti gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro» (comma 3).

- la comunicazione antimafia, che consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67<sup>7[7]</sup>;
- l'informazione antimafia, che consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa.

A seconda del suo contenuto – favorevole o sfavorevole all'interessato –, la documentazione antimafia si distingue in liberatoria od interdittiva.

I soggetti fisici cui la documentazione deve riferirsi, individuati dall'articolo 85 del codice, sono i seguenti:

- per le imprese individuali, il titolare e il direttore tecnico (comma 1);
- per i soggetti collettivi, il direttore tecnico ed i titolari di poteri di influenza, tra cui i sindaci e gli organi di vigilanza<sup>8[8]</sup> (commi 2 e 2-bis).

La documentazione deve inoltre riguardare i familiari conviventi (comma 3).

In base all'articolo 91, l'obbligo di chiedere l'informazione antimafia scatta:

---

<sup>7[7]</sup> Ossia derivante da un provvedimento definitivo di irrogazione di una misura di prevenzione personale da parte dell'autorità giudiziaria ovvero da una condanna per delitto di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, definitiva o confermata in appello.

<sup>8[8]</sup> «La documentazione antimafia, se si tratta di associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, deve riferirsi, oltre che al direttore tecnico, ove previsto: a) per le associazioni, a chi ne ha la legale rappresentanza; b) per le società di capitali anche consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, per le società cooperative, di consorzi cooperativi, per i consorzi di cui al libro V, titolo X, capo II, sezione II, del codice civile, al legale rappresentante e agli eventuali altri componenti l'organo di amministrazione, nonché a ciascuno dei consorziati che nei consorzi e nelle società consortili detenga una partecipazione superiore al 10 per cento oppure detenga una partecipazione inferiore al 10 per cento e che abbia stipulato un patto parasociale riferibile a una partecipazione pari o superiore al 10 per cento, ed ai soci o consorziati per conto dei quali le società consortili o i consorzi operino in modo esclusivo nei confronti della pubblica amministrazione; c) per le società di capitali, anche al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, ovvero al socio in caso di società con socio unico; d) per i consorzi di cui all'articolo 2602 del codice civile e per i gruppi europei di interesse economico, a chi ne ha la rappresentanza e agli imprenditori o società consorziate; e) per le società semplice e in nome collettivo, a tutti i soci; f) per le società in accomandita semplice, ai soci accomandatari; g) per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile, a coloro che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato; h) per i raggruppamenti temporanei di imprese, alle imprese costituenti il raggruppamento anche se aventi sede all'estero, secondo le modalità indicate nelle lettere precedenti; i) per le società personali ai soci persone fisiche delle società personali o di capitali che ne siano socie» (comma 2).

Inoltre, «per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato, la documentazione antimafia deve riferirsi a coloro che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione dell'impresa» (comma 2-ter).

Infine, «per le società di capitali di cui alle lettere b) e c) del comma 2, concessionarie nel settore dei giochi pubblici, oltre a quanto previsto nelle medesime lettere, la documentazione antimafia deve riferirsi anche ai soci persone fisiche che detengono, anche indirettamente, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 2 per cento, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. Nell'ipotesi in cui i soci persone fisiche detengano la partecipazione superiore alla predetta soglia mediante altre società di capitali, la documentazione deve riferirsi anche al legale rappresentante e agli eventuali componenti dell'organo di amministrazione della società socia, alle persone fisiche che, direttamente o indirettamente, controllano tale società, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. La documentazione di cui al periodo precedente deve riferirsi anche al coniuge non separato» (comma 2-quater).

- una volta superata una certa soglia massima di valore dell'atto da compiere<sup>9[9]</sup>, tenuto conto che sono nulli gli eventuali frazionamenti elusivi (commi 1 e 2);

- a prescindere dal valore dell'atto, per quelle attività sottoposte a maggiore rischio d'infiltrazione, da individuarsi con successivo regolamento, in relazione allo specifico settore ed alle situazioni ambientali (comma 7).

L'articolo 89 consente, poi, il ricorso all'autocertificazione in luogo della comunicazione, per i contratti ed i subcontratti relativi a lavori, servizi o forniture dichiarati urgenti, nonché per i provvedimenti di rinnovo di attività *in itinere*.

L'autocertificazione è richiesta anche per le attività private sottoposte al regime della segnalazione certificata di inizio od alla disciplina del silenzio-assenso.

Quanto alla natura giuridica, è opinione diffusa che la comunicazione antimafia, tendendo a far conoscere l'esistenza dei divieti e di altre cause di decadenza o sospensione stabiliti *aliunde*, rappresenti una mera dichiarazione di scienza di fatti preesistenti e, pertanto, è espressione di un potere vincolato, tipico delle certificazioni amministrative<sup>10[10]</sup>.

Diversamente, l'informazione antimafia assume una duplice valenza: in parte identica al contenuto della comunicazione ed in parte fondata su una valutazione ampiamente discrezionale circa la sussistenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa, che muove dall'analisi e dalla valorizzazione di specifici elementi di fatto obiettivamente sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o collegamenti con associazioni criminali. In questo senso, essa si colloca tra gli atti di indagine amministrativa, integrando una tipica misura cautelare di polizia, preventiva e interdittiva, che si aggiunge alle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale e che prescinde dall'accertamento in sede penale di uno o più reati connessi all'associazione di tipo mafioso<sup>11[11]</sup>.

Una prima questione che si pone, alla luce delle norme citate, riguarda la possibilità, per la stazione appaltante, di chiedere il rilascio della documentazione antimafia anche al di fuori dei casi individuati dall'articolo 83.

---

<sup>9[9]</sup> L'articolo 91 prescrive che «i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, devono acquisire l'informazione di cui all'articolo 84, comma 3, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia: a) 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; b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) 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» (comma 1).

<sup>10[10]</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, 22 maggio 1989, n. 361.

<sup>11[11]</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 4 novembre 2011, n. 5118; 29 gennaio 2009, n. 524; 8 novembre 2005, n. 18714.

La risposta è senza dubbio negativa per quanto riguarda la “fascia di esenzione” di cui al comma 3, stante la perentorietà dell’avverbio utilizzato dal legislatore: essa, infatti, «non è comunque richiesta»<sup>12[12]</sup>.

In tutti gli altri casi – come per le gare d’appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria – non è invece preclusa la facoltà di richiedere l’informativa, in situazioni in cui scelte ed indirizzi delle imprese interessate possano ricevere condizionamento da parte della criminalità organizzata. Infatti, nella “zona grigia” esistente tra le ipotesi escluse e quelle obbligatorie, non può essere impedito l’esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, nel senso che la stessa è legittimata a richiedere le informazioni antimafia e che, una volta formulata la richiesta, il prefetto è tenuto darvi seguito<sup>13[13]</sup>.

Allo stesso modo, la fissazione di un limite minimo all’interno di un protocollo di legalità non impedisce all’amministrazione di richiedere l’informativa, anche al di sotto della soglia ivi prevista<sup>14[14]</sup>.

Appare altresì possibile far gravare l’obbligo di richiedere la documentazione in capo a stazione appaltanti diverse da quelle contemplate al comma 1 (e quindi, essenzialmente, su soggetti di natura privata), e ciò in forma sia autoritativa che volontaristica (come, ad esempio, nell’ambito di un accordo di programma o di una convenzione urbanistica), sempreché – mi sentirei di precisare – l’opera da realizzare sia di pubblico interesse od abbia un notevole impatto sul tessuto economico locale (ad esempio, un grande centro commerciale).

Come pure appare possibile ampliare il novero delle persone fisiche interessate al controllo, oltre quelle specificate all’articolo 85.

Del resto, già in passato, speciali provvedimenti del Governo hanno autorizzato l’applicazione dei controlli antimafia con modalità derogatorie rispetto alla normativa per tempo vigente.

Così è stato con le linee-guida del comitato di coordinamento per l’alta sorveglianza sulle grandi opere di cui all’articolo 16, comma 4, decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, convertito con modificazioni dalla legge 24 giugno 2009, n. 77, pubblicate sulla gazzetta ufficiale dell’8 luglio 2009, n. 156, che hanno previsto i casi in cui le

---

<sup>12[12]</sup> Incidentalmente, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 240, con riferimento ai provvedimenti, agli atti, ai contratti ed alle erogazioni il cui valore complessivo non supera i trecentomilioni di lire, di cui all’articolo 1, lett. e), del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, la cui esenzione è stata ribadita dall’articolo 83, comma 3, del codice, con rimodulazione della soglia a 150.000 euro.

<sup>13[13]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 23 maggio 2013, n. 2798; C.G.A. 17 gennaio 2011, n. 26; Sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 240, quanto al disposto dell’articolo 10 del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 che, secondo la giurisprudenza citata, «non pone un divieto assoluto di richiedere informazioni, ma viceversa impone l’obbligo assoluto di acquisire le informazioni qualora l’importo della gara di appalto superi la soglia comunitaria».

<sup>14[14]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, ord. 7 novembre 2013, n. 4383.

verifiche antimafia avvengono esclusivamente con lo strumento dell'informazione, indipendentemente dall'importo, dall'oggetto, dalla durata e da qualsiasi altra condizione e modalità di esecuzione del contratto.

Analogamente, è avvenuto con le linee-guida pubblicate sulla gazzetta ufficiale del 12 agosto 2010, n. 187 (quanto al monitoraggio degli appalti per la ricostruzione dell'Abruzzo post terremoto del 2009) e con quelle pubblicate sulla gazzetta ufficiale del 19 aprile 2011, n. 90 (quanto all'Expo di Milano del 2015).

Di poi, con direttiva del Ministro dell'interno del 23 giugno 2010, indirizzata ai prefetti della Repubblica, sono state impartite disposizioni volte a rafforzare i controlli preventivi su specifiche tipologie di attività imprenditoriali rivelatesi più permeabili al pericolo di condizionamento mafioso<sup>15[15]</sup>, prevedendo, fra l'altro, la costituzione di *white list*<sup>16[16]</sup>, al cui interno individuare gli operatori affidabili, perché sottoposti in via preventiva al controllo antimafia.

E la stessa direttiva ha indicato l'opportunità di inserire, nei bandi di gara per opere strategiche e nei protocolli di legalità, clausole volte a subordinare gli affidamenti a valle dell'aggiudicazione principale all'acquisizione di informative antimafia tipiche, nonché ad obbligare le stazioni appaltanti private a determinarsi in merito al contenuto di eventuali informative atipiche, valutando l'ipotesi della risoluzione contrattuale.

E' stato perciò chiarito che la clausola di risoluzione del contratto in presenza di un'informativa prefettizia atipica, prevista in un protocolli di legalità, non va intesa come operante in modo automatico, con la conseguenza che i provvedimenti di mantenimento o di risoluzione del rapporto devono essere frutto di una scelta motivata<sup>17[17]</sup>.

Talune di queste indicazioni erano, per altro, già contenute nel protocollo di legalità attuativo dell'accordo di programma quadro intitolato alla memoria del generale Carlo Alberto Dalla Chiesa, sottoscritto il 12 luglio 2005, tra la regione siciliana e le prefetture territoriali.

Dette prassi derogatorie hanno trovato avallo nella giurisprudenza amministrativa, la quale ha riconosciuto la legittimità di richieste di rilascio di informativa, in luogo della certificazione prescritta dalla legge<sup>18[18]</sup>.

---

<sup>15[15]</sup> Come il ciclo del calcestruzzo e del bitume, lo smaltimento in discarica, i noli a caldo ed a freddo.

<sup>16[16]</sup> Lo strumento della *white list* – previsto dalla legge in occasione di specifici interventi, quali i lavori di ricostruzione in Abruzzo a seguito del terremoto del 2009, le opere connesse allo svolgimento dell'Expo di Milano del 2015 e l'attuazione del piano straordinario per i carceri – è stato disciplinato a regime dalla legge 6 dicembre 2012, n. 190. Più in generale, sull'istituto, vedasi MAGNANI, *Le white list*, 2013, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>17[17]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 8 maggio 2013, n. 456.

<sup>18[18]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 23 maggio 2013, n. 2798; Sez. V, 19 settembre 2008, n. 4533; Sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 240.

Purtuttavia, il perdurare del potere discrezionale di richiedere l'informazione al posto della certificazione appare oggi dubbio, in ragione del disposto del comma 7 dell'articolo 91 del codice, che rimanda ad un futuro regolamento interministeriale il compito di individuare le tipologie di attività più soggette al rischio di infiltrazione mafiosa, in relazione allo specifico settore ed alle situazioni ambientali.

Sembrerebbe cioè che, nell'ottica di sempre maggiore tipizzazione delle fonti degli obblighi antimafia, la facoltà di ampliare l'ambito operativo dell'informazione oltre i casi predeterminati dalla legge, a discapito della certificazione, non spetti più alla stazione appaltante, che agisce con atti, generali o particolari, ma sempre aventi natura provvedimentale, ma sia riservata al livello normativo di rango secondario.

## ***2. Il procedimento di rilascio.***

In base agli articoli 87 e 90 del codice, competente al rilascio della documentazione antimafia è il prefetto della provincia dove ha sede il soggetto richiedente<sup>19[19]</sup>. Se questo ha residenza o sede all'estero, è competente il prefetto della provincia dove ha inizio l'esecuzione del contratto, del subcontratto o dell'attività oggetto del provvedimento necessitante il rilascio.

Nulla dice l'articolo 83 sul momento entro cui deve intervenire la richiesta della documentazione, limitandosi la norma a disporre che ciò abbia luogo «prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67».

Va però scartato che, dietro l'uso generico dell'avverbio «prima», si celi uno spazio di discrezionalità per la stazione appaltante, andando il vuoto colmato con l'interpolazione dell'articolo 91, comma 3, secondo cui la richiesta dell'informazione (ma – è da ritenersi – anche della comunicazione) «deve essere effettuata attraverso la banca dati al momento dell'aggiudicazione del contratto ovvero trenta giorni prima della stipula del subcontratto».

Resta così confermata la posizione giurisprudenziale assunta in vigenza della pregressa disciplina, secondo cui l'acquisizione favorevole delle verifiche antimafia non è requisito soggettivo per l'ammissione alla procedura di gara, ma è condizione essenziale per la stipula del contratto<sup>20[20]</sup>.

---

<sup>19[19]</sup> E tuttavia, l'attribuzione della competenza in capo alla prefettura del luogo dove ha sede la stazione appaltante reca in sé l'antinomia per cui la prima è chiamata molte volte a prendere posizione su fatti e su soggetti totalmente estranei dal proprio contesto di riferimento e, quindi, in assenza di un'autonoma capacità di riconsiderazione delle circostanze sintomatiche addotte dagli organi locali di polizia.

<sup>20[20]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 gennaio 2004, n. 222; T.A.R. Veneto, 21 giugno 2004, n. 2159.

Di modo che la violazione della clausola del bando di gara che imponga la presentazione della certificazione antimafia sin dal momento dell'offerta non determina l'esclusione dell'impresa, stante l'obbligo dell'amministrazione di fare essa stessa richiesta al prefetto, ai sensi degli articoli 3 e 6 del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252<sup>21[21]</sup>.

A regime – ossia dopo l'emanazione dei regolamenti attuativi di cui all'articolo 99, comma 1 – la documentazione si consegue tramite consultazione della banca dati nazionale da parte della stessa stazione appaltante.

Se dalla consultazione non emerge alcunché, viene emessa immediatamente una comunicazione liberatoria.

Ma se la consultazione riguarda un soggetto non censito in banca dati o se essa fa emergere l'esistenza di motivi ostativi, il prefetto effettua le verifiche di sua spettanza. Quindi, rilascia la comunicazione o l'informazione antimafia – interdittiva o liberatoria, secondo l'esito delle verifiche –, entro quarantacinque giorni dalla richiesta, aumentabili di ulteriori trenta giorni, per i casi di particolare complessità (articoli 88 e 91).

Per la comunicazione antimafia, la versione originaria del codice, in continuità con la normativa previgente, aveva predisposto un sistema duplice di rilascio, a seconda della provenienza della richiesta dall'amministrazione o dal privato, prevedendo nel primo caso la consultazione diretta della banca dati nazionale (sempre dopo l'emanazione dei regolamenti) e nel secondo caso l'acquisizione del certificato della camera di commercio con dicitura antimafia.

Ovviamente, quest'ultimo garantiva solo dell'insussistenza di situazioni ostative derivanti da condanna o da misura di prevenzione personale e non anche dell'inesistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, viceversa accertabili solo tramite informazione antimafia. Era quindi possibile che, a carico di un'impresa in possesso della certificazione camerale con dicitura antimafia liberatoria, fosse adottata un'informazione prefettizia interdittiva<sup>22[22]</sup>.

In questo contesto – ed in assenza dei regolamenti attuativi – la legge di stabilità per il 2012 ha modificato l'articolo 42 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, prevedendo, in attuazione del principio di “decertificazione”, che «le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte

---

<sup>21[21]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2319.

<sup>22[22]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6493; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 16 aprile 2010, n. 480.

dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato».

Per le imprese, è così invalsa la prassi di produrre, al posto del certificato della camera di commercio, una dichiarazione sostitutiva di certificazione ai sensi dell'art. 46 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, circa l'assenza di cause di divieto, di decadenza o di sospensione, lasciando poi all'amministrazione il compito di verificare la veridicità di quanto dichiarato, mediante acquisizione d'ufficio del certificato camerale con dicitura antimafia.

Donde il successivo intervento del legislatore, che ha introdotto un comma *2-bis* all'articolo 99 del codice, il quale, ratificando tale prassi, ha prescritto che «fino all'attivazione della banca dati, e comunque non oltre dodici mesi dalla data di pubblicazione nella gazzetta ufficiale del primo dei regolamenti di cui al comma 1, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, acquisiscono d'ufficio tramite le prefetture la documentazione antimafia».

Dunque, nella fase transitoria (tuttora vigente), è la prefettura l'unica destinataria delle richieste di rilascio di documentazione antimafia da parte delle stazioni appaltanti. Essa è tenuta al rilascio nei termini prescritti dagli articoli 88 e 92, utilizzando il collegamento informatico al centro elaborazione dati di pubblica sicurezza e gli altri collegamenti informatici e telematici a disposizione.

Resta per altro vigente l'articolo 1, comma 5, del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito con modificazioni dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, che impone agli enti pubblici<sup>23[23]</sup> ed alle imprese aggiudicatrici<sup>24[24]</sup> di compilare e trasmettere al prefetto il così detto modello gap (autocertificazione antimafia).

La violazione dell'obbligo è sanzionata penalmente e con l'esclusione dell'impresa dalla gara, e ciò anche in assenza di una clausola in tal senso nel bando di gara o nel disciplinare<sup>25[25]</sup>.

Ai sensi dell'articolo 86 del codice, la validità della comunicazione antimafia è di sei mesi dalla data d'acquisizione; quella dell'informazione è di un anno e decorre dalla stessa data.

---

<sup>23[23]</sup> In caso di approvazione di bandi per appalti di opere pubbliche o di fornitura di beni o di servizi di importo pari o superiore a euro 51.645,69, al netto dell'I.V.A.

<sup>24[24]</sup> Per appalti dello stesso genere di quelli di cui alla nota precedente ovvero per sub-appalti di qualunque importo, purché l'appalto principale sia di importo pari o superiore ad euro 51.645,69, al netto dell'I.V.A.

<sup>25[25]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 1997, n. 614; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 11 agosto 2009, n. 2180.

Il prefetto dev'essere comunque notiziato delle modificazioni soggettive nell'assetto societario o gestionale dell'impresa, entro trenta giorni, pena l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (comma 3).

La documentazione antimafia conserva la propria efficacia anche se il termine di durata viene a scadere nelle more tra la presentazione all'amministrazione erogante ed il compimento dell'atto da parte di questa (comma 5).

Scaduto il termine per il rilascio dell'informazione antimafia o, in caso d'urgenza, decorsi quindici giorni dalla ricezione della richiesta, l'articolo 92, comma 3, prevede che si proceda in assenza di essa, sotto condizione risolutiva<sup>26[26]</sup>.

Sicché, al sopraggiungere di un'informazione interdittiva, i soggetti richiedenti revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite ed il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione della parte rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

A mente dell'articolo 93, l'informazione interdittiva può intervenire anche in corso d'opera, in esito agli accessi ed agli accertamenti nei cantieri dei lavori pubblici disposti dal prefetto ed eseguiti dai gruppi interforze di polizia.

In tal caso, il prefetto territorialmente competente, ricevuta la relazione ispettiva, valuta i dati raccolti e, se ritiene l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nei confronti di soggetti in grado di determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa, emette l'informazione interdittiva entro quindici giorni, previa eventuale audizione dell'interessato.

A questa, seguono la revoca delle autorizzazioni o delle concessioni assentite ed il recesso dai contratti stipulati, ai sensi dell'articolo 92, comma 4, fatte salve le ipotesi legali di prosecuzione.

Una forma di controllo antimafia anticipata al momento di pubblicazione del bando di gara è poi prevista dall'articolo 95, comma 3, per i contratti di valore pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

A tal scopo, la stazione appaltante deve informare tempestivamente il prefetto, perché questi possa svolgere gli accertamenti preliminari sulle imprese locali per le quali, nel caso di partecipazione, è maggiore il rischio di tentativi di infiltrazione mafiosa.

Purtuttavia, dall'accertamento di un tentativo di infiltrazione mafiosa a seguito di tale verifica anticipata non discende – come parrebbe ovvio – il divieto di partecipare alla

---

<sup>26[26]</sup> In ogni caso, può essere sospeso fino al rilascio dell'informazione il versamento delle erogazioni di cui alla lettera f) dell'articolo 67 (articolo 92, comma 5).

gara, ma solamente il divieto di stipulare i contratti ed i sub-contratti con la ditta interessata che, nonostante tutto, ha potuto partecipare all'incanto, addirittura aggiudicandoselo.

In virtù del combinato disposto dell'articolo 24, comma 1, lettera a), della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dell'articolo 3, comma 1, lettere a) e b), del D.M. 10 maggio 1994 n. 415, gli atti istruttori dell'informativa prefettizia sono sottratti all'accesso, attesa la loro inerenza alle funzioni di prevenzione e di repressione della criminalità<sup>27[27]</sup>.

Va infine segnalato che il procedimento finalizzato alla revoca di atti amministrativi ed al recesso dal contratto, susseguente alla comunicazione di un'informazione prefettizia, non necessita del preventivo avviso di avvio di cui all'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, trattandosi di procedimento in materia di tutela antimafia, come tale intrinsecamente caratterizzato da esigenze di riservatezza e di urgenza, e ciò anche se il provvedimento finale avvenga a distanza di tempo dall'acquisizione degli esiti prefettizi<sup>28[28]</sup>.

### ***3. La valutazione sui tentativi di infiltrazione mafiosa.***

L'aspetto dove più si manifesta la discrezionalità dell'amministrazione concerne senz'altro la verifica di sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa<sup>29[29]</sup>.

In proposito, l'articolo 84, comma 4, del codice prevede che questi possano essere principalmente desunti dal contenuto di atti giudiziari<sup>30[30]</sup>, da accertamenti di polizia<sup>31[31]</sup> o da vicende imprenditoriali particolarmente sintomatiche di un intento elusivo<sup>32[32]</sup>.

---

<sup>27[27]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2012 n. 1788; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 19 ottobre 2012, n. 4166; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 10 maggio 2012, n. 447.

<sup>28[28]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 febbraio 2008, n. 75; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 24 luglio 2012, n. 2706; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 7 marzo 2012, n. 1153.

<sup>29[29]</sup> Per gli aspetti generali, cfr. GRIBAUDI, *L'informativa prefettizia relativa ai tentativi di infiltrazione mafiosa: caratteri ed effetti*, in Corr. merito, 2010, 2, 211 e segg.; NERI, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, in Corr. merito, 2010, 8/9, 801 e segg.

<sup>30[30]</sup> E cioè: «a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste».

<sup>31[31]</sup> E cioè: «d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d)».

<sup>32[32]</sup> E cioè: «f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore

Sicché, al variare dell'elemento preso in considerazione, variano i margini dell'apprezzamento discrezionale in capo all'autorità emanante. Margini che sono poi sensibilmente ampliati dalla previsione dell'articolo 91, comma 6<sup>33[33]</sup>, la quale consente al prefetto di prendere in esame anche le condanne non definitive per (non meglio precisati) reati strumentali alle attività mafiose e persino le reiterate violazioni agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari.

Proprio l'ampiezza del potere valutativo e l'opinabilità delle relative conclusioni sembrano ispirare le raccomandazioni contenute nella circolare del gabinetto del Ministro dell'8 febbraio 2013, n. 11001/119/20(6), con cui è stata segnalata ai prefetti la necessità di operare una valutazione complessiva degli elementi a disposizione anche rispetto a situazioni indizianti dotate di un elevato grado di certezza, perché basate su determinazioni dell'autorità giudiziaria, dovendosi sempre verificare la riconducibilità dei fatti evocati nei provvedimenti giudiziari a contesti di criminalità organizzata o comunque a contesti significativi di atteggiamenti di contiguità con questa, e «ciò anche al fine di evitare possibili censure che potrebbero essere mosse, laddove i provvedimenti formassero oggetto di impugnazioni innanzi ai giudici amministrativi».

E di rilievo non minore è l'avvertimento, pure contenuto nel § 3 della rammentata circolare, in base al quale «comunque è utile verificare l'attualità» delle determinazioni adottate dall'autorità giudiziaria, il che dovrebbe portare a rompere la prassi di menzionare nelle informative fatti risalenti nel tempo, sguarniti di ogni interesse ai fini del giudizio sulla contemporaneità del pericolo, ma tuttavia fortemente evocativi stante la loro indiscutibile gravità (ad esempio, vecchie condanne per reati di forte allarme sociale).

Secondo la giurisprudenza, la valutazione dei tentativi di infiltrazione deve avvenire nella logica delle caratteristiche sociologiche del fenomeno, non concretizzandosi necessariamente in fatti univocamente illeciti od in accertate responsabilità penali, ma potendo soffermarsi sulla soglia dell'intimidazione, dell'influenza e del condizionamento latente. Pertanto, a sostegno del quadro indiziario del provvedimento, assumono un rilievo preponderante non tanto le prove, ma tutti quei fattori induttivi che consentono di delineare

---

economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia».

<sup>33[33]</sup> «Il prefetto può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689».

un giudizio prognostico ragionevole e circostanziato, alla luce dell'ampio margine di accertamento e di apprezzamento delle emergenze<sup>34[34]</sup>.

Non di meno, un fatto che abbia trovato smentita all'esito di un procedimento penale non può essere richiamato per assumere nel suo oggettivo accadimento capacità qualificatoria dal punto di vista dell'informativa antimafia, in quanto la valutazione presuntiva e sintomatica dello stesso viene a recedere a fronte del più rigoroso ed esaustivo accertamento cui è stato sottoposto nella sede processuale penale propria<sup>35[35]</sup>.

Essendo espressione di discrezionalità tecnica, la motivazione dell'informazione è sindacabile in sede giudiziaria solo a fronte di evidenti vizi di valutazione<sup>36[36]</sup>.

Ulteriore ambito discrezionale è quello derivante dall'applicazione dell'articolo 91, comma 5, che, in tema di informazioni antimafia, permette al prefetto di estendere gli accertamenti «ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa».

Com'è stato opportunamente posto in luce, il fenomeno degli amministratori occulti – come pure dei soci occulti – è più frequente di quanto si possa pensare e sovente, per ricostruire l'effettivo assetto delle imprese, si rendono necessarie indagini negoziali e patrimoniali mirate, per il cui compimento possono essere utili i principi elaborati dalla giurisprudenza del giudice civile a proposito della prova diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato *ex* articolo 1417 del codice civile, ipotesi in cui si può fare ricorso a presunzioni gravi, precise e concordanti<sup>37[37]</sup>.

Una determinate capacità di influenza può essere riscontrata pure in capo ai soci palesi, tutte le volte in cui, a fronte di un impedimento prettamente formale e giuridico a partecipare alle attività di gestione, si realizzi da parte loro un ascendente atipico sul capitale umano (fornitori, clienti o personale dipendente)<sup>38[38]</sup>.

Quanto ai rapporti di parentela, coniugio od affinità con soggetti malavitosi, è pacifico che essi non sono da soli sufficienti a suffragare l'ipotesi della sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, dovendo accompagnarsi ad ulteriori elementi che inducano a sospettare che il vincolo familiare assuma particolare significatività sotto il profilo della contiguità ed assicuri copertura ad operazioni commerciali di carattere

---

<sup>34[34]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 5 settembre 2012, n. 4708 e 30 gennaio 2012, n. 444; Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3647.

<sup>35[35]</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 22 luglio 2013, n. 793.

<sup>36[36]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 marzo 2007, n. 1056; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 12 febbraio 2007, n. 36; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 10 luglio 2003, n. 8138 e 12 giugno 2002, n. 3403.

<sup>37[37]</sup> Cfr. LEOTTA, *I poteri certificativi del prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, 2010, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), sezione “studi e contributi”.

<sup>38[38]</sup> Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 28 aprile 2009, n. 793.

fiduciario, volte a favorire il reinvestimento o l'occultamento di risorse provenienti da attività illecite<sup>39[39]</sup>.

Pure insufficiente è la frequentazione con soggetti malavitosi, in mancanza di una specifica significatività e pregnanza del dato emerso con la finalizzazione al condizionamento mafioso dell'attività imprenditoriale, risultando perciò necessari indizi aggiuntivi, quali il carattere plurimo e stabile delle frequentazioni e la loro connessione con vicende dell'impresa che depongano nel senso di un'attività sintomaticamente connessa a logiche ed interessi criminali<sup>40[40]</sup>.

Per contro, sono state ritenute rilevanti: la circostanza che un numero congruo di dipendenti di un'impresa sia direttamente ricollegato o ricollegabile a sodalizi criminali operanti nel territorio e che tali sodalizi siano essenzialmente omogenei tra loro<sup>41[41]</sup>; il fatto che l'imprenditore abbia rivolto plurime offerte di lavoro a soggetti controindicati<sup>42[42]</sup>; una stratificata situazione di parentele dirette tra gli amministratori della società e partecipanti di organizzazione mafiosa tratti in arresto<sup>43[43]</sup>; compartecipazioni sociali o societarie<sup>44[44]</sup> ed anche più situazioni tra quelle descritte concorrenti tra loro<sup>45[45]</sup>.

I tentativi di infiltrazione possono altresì evincersi dal fatto che l'impresa sia stata vittima di delitti da parte di un'organizzazione criminale, subendone la pressione estorsiva fino al punto di essere costretta a conformarsi ai voleri del clan che ne ha il controllo, risultando fortemente compromessa, se non addirittura persa, la capacità di autodeterminazione. E' questa la fattispecie sintomatica della "contiguità soggiacente" che, sebbene ontologicamente distinguibile da quella più grave della volontaria sottomissione (indicata come "contiguità compiacente"), non è meno rilevante dal punto di vista degli speciali accertamenti del prefetto, che possono appunto concludersi con l'adozione di un'informazione interdittiva tipica<sup>46[46]</sup>.

---

<sup>39[39]</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1 agosto 2007, n. 7188.

<sup>40[40]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6380; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 26 luglio 2011, n. 271.

<sup>41[41]</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 23 marzo 2011, n. 192, con riferimento ad una cooperativa sociale.

<sup>42[42]</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 7 aprile 2009, n. 224.

<sup>43[43]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5753.

<sup>44[44]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 ottobre 2005, n. 5952; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 28 gennaio 2011, n. 66 e 20 ottobre 2010, n. 943.

<sup>45[45]</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 28 gennaio 2011, n. 66, relativamente alla fattispecie in cui un socio accomandatario è gravato da più precedenti penali, due altri soci accomandatari versano in una serie di stretti legami parentali con pluripregiudicati, mentre la società è, a sua volta, socia accomandataria di altra impresa, attinta da certificazione antimafia.

<sup>46[46]</sup> Cfr. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in Giur. merito, 2009, 4, 1073 e segg.

La fattispecie si trova oggi in massima parte regolata all'articolo 84, comma 4, lettera c), che consente di desumere i tentativi di infiltrazione dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di concussione od estorsione aggravati dalla finalità mafiosa, salvo il ricorrere dell'esimente dello stato di necessità ed anche in assenza di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa nei confronti dell'imprenditore vessato.

Non di meno, in tale ipotesi, dove si corre il rischio di trasformare la vittima in aguzzino<sup>47[47]</sup>, la circostanza dell'omessa denuncia deve risultare quanto meno da una richiesta di rinvio a giudizio e dev'essere comunicata alla prefettura dal procuratore della Repubblica procedente (comma 4-bis).

Va infine segnalato che, in base al principio *tempus regit actum*, l'informativa antimafia interdittiva è legittimamente emanata sulla base del dato di fatto esistente al momento della sua adozione e delle verifiche effettuate dagli organi di polizia, e ciò indipendentemente da ogni azione positiva successivamente intrapresa dagli interessati per eliminare le situazioni suscettibili di integrare il *periculum* di condizionamento mafioso<sup>48[48]</sup>.

#### **4. Gli effetti dell'informazione antimafia interdittiva.**

Per il soggetto richiedente, l'informazione interdittiva determina l'impossibilità di stipulare, approvare od autorizzare i contratti o subcontratti, nonché di autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni.

Questo, a causa di un'ipotesi di incapacità legale a contrarre riguardante l'impresa, che è di tipo speciale, perché è limitata esclusivamente ai rapporti con la pubblica amministrazione e con i soggetti di cui all'articolo 83 del codice antimafia, non avendo essa valore nei rapporti tra privati, in quanto non implica alcuna presunzione di pericolosità, atta a transitare verso i terzi.

La portata dell'atto avente non è quindi generale sull'intero territorio nazionale, ma opera «in seno al singolo rapporto cui afferisce»<sup>49[49]</sup>.

---

<sup>47[47]</sup> Cfr. NAPOLI, *Imprese vittime della criminalità organizzata ed esclusione dalle pubbliche gare*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 12, 1413 e segg., dove si illustrano i principali problemi applicativi ed i vari aspetti conflittuali della disposizione che determina l'esclusione dalle gare pubbliche in caso di omessa denuncia dei reati di estorsione e concussione aggravata, sia rispetto alle direttive comunitarie, sia nei confronti del dettato costituzionale.

<sup>48[48]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 23 maggio 2013, n. 2798, laddove, successivamente all'adozione dell'informativa, era stata mutata la compagine sociale, così da renderla indenne dal pericolo di permeabilità mafiosa.

<sup>49[49]</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 24 settembre 2012, n. 33, in tema di competenza funzionale e territoriale del giudice amministrativo.

In questi termini, essa differisce dall'iscrizione nel casellario informatico dell'autorità di vigilanza sui contratti pubblici, in caso di presentazione di falsa dichiarazione o di falsa documentazione sui violazioni sui requisiti morali, di cui all'art. 38, comma 1, lett. h), del codice degli appalti pubblici, cui consegue l'esclusione dell'impresa da tutte le procedure pubbliche di gara e dall'affidamento dei subappalti<sup>50[50]</sup>.

L'azienda, pertanto, non assume la qualità di "compendio mafioso", dal momento che l'adozione della misura presuppone il rischio – e non la realtà – del suo condizionamento da parte della mafia<sup>51[51]</sup>, mentre la funzione dall'istituto (che si aggiunge alle misure di prevenzione di natura giurisdizionale) è rivolta all'avanzamento della soglia di difesa sociale dalla criminalità organizzata nel settore dei pubblici appalti, a prescindere dall'accertamento di reati<sup>52[52]</sup>.

Un temperamento al divieto di contrarre opera per le associazioni od i raggruppamenti temporanei di imprese e per i consorzi non obbligatori, quando il tentativo di infiltrazione interessi un'impresa non mandataria, consentendo l'articolo 95 l'estromissione o la sostituzione di questa, prima della stipula del contratto od entro trenta giorni dalla comunicazione, se l'informazione segue la stipula del contratto.

Si ottiene così il risultato di favorire il volontario allontanamento e la sterilizzazione delle imprese in pericolo di condizionamento malavitoso, in chiave di un bilanciamento tra le esigenze afferenti alla sicurezza ed all'ordine pubblico connesse alla repressione dei fenomeni di stampo mafioso ed i principi di personalità della responsabilità e di libera iniziativa economica<sup>53[53]</sup>.

Non si procede a revoca dell'affidamento od a recesso dal contratto quando le opere sono in via d'ultimazione o quando si tratta di forniture di beni e servizi essenziali al perseguimento dell'interesse pubblico, per le quali il fornitore non è sostituibile in tempi rapidi (articolo 94, commi 2 e 3).

L'esistenza di elementi relativi a tentativi di infiltrazione non è di ostacolo sia al riconoscimento delle somme dovute per il recesso, sia alla permanenza del contratto nei casi di legge (articolo 94, comma 4).

---

<sup>50[50]</sup> E per la quale è invece obbligatoria la comunicazione di avvio del procedimento: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 6210.

<sup>51[51]</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 9 aprile 2013, n. 209.

<sup>52[52]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 6 settembre 2011, n. 5019: «l'interdittiva prefettizia antimafia non obbedisce a finalità di accertamento di responsabilità, bensì di massima anticipazione dell'azione di prevenzione, rispetto alla quale risultano rilevanti anche fatti e vicende solo sintomatiche ed indiziarie».

<sup>53[53]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 maggio 2013, n. 3008 e 7 ottobre 2010, n. 7345.

L'insieme di tali disposizioni sembra porre un vero e proprio obbligo, per la stazione appaltante, di proseguire il rapporto con l'impresa sospetta, in caso di opere in via d'ultimazione o di servizi e forniture non interrompibili<sup>54[54]</sup>.

Precedentemente, invece, l'articolo 11 del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 prevedeva una mera facoltà in tal senso, dovendo l'amministrazione dare conto delle ragioni di interesse pubblico che, in via del tutto eccezionale, consentono di pretermettere l'interesse superiore teso a impedire o recedere i legami con le imprese pregiudicate da tentativi di infiltrazioni mafiosa. Da ciò conseguendo che il provvedimento di prosecuzione del rapporto contrattuale è soggetto ad un "onere motivazionale rafforzato", nel senso che l'ente pubblico, quando ritenga di non aderire alla portata inibitoria dell'informativa, deve darne ampia e dettagliata motivazione<sup>55[55]</sup>.

Sicché, l'avanzata esecuzione del contratto e la difficoltà di trovare un nuovo contraente costituivano solo uno degli aspetti della valutazione di convenienza a non revocare l'appalto, assegnata alla stazione appaltante<sup>56[56]</sup>.

Sulle relative controversie è competente il giudice amministrativo, essendo l'esercizio del recesso dal contratto comunque espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente<sup>57[57]</sup>.

### ***5. L'informazione antimafia atipica.***

Una notazione a sé va fatta in tema di informazione atipica<sup>58[58]</sup>.

Com'è noto, nel vigore della precedente normativa, le certificazioni prefettizie antimafia potevano essere ricondotte a tre tipi:

- la comunicazione, ricognitiva di cause di per sé interdittive;
- l'informazione tipica, attestante eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, la cui efficacia interdittiva discende da una valutazione del prefetto;
- l'informazione atipica o supplementare, che espone delle evenienze che non denotano, con sufficiente limpidezza indiziaria, l'esistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa, ma che purtuttavia rappresentano un sintomo negativo di affidabilità dell'impresa,

---

<sup>54[54]</sup> Cfr. CAPUZZA, *Nuovi tratti normativi del codice antimafia sull'informazione prefettizia*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui l'articolo 94 del codice ha eliminato ogni discrezionalità ai fini della decisione sulla prosecuzione del contratto.

<sup>55[55]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 19 settembre 2011, n. 5262, con commento di DI CRISTINA, *L'informativa prefettizia quale presupposto della revoca dell'aggiudicazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 1, 50 e segg.

<sup>56[56]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 settembre 2013, n. 4467 e Sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 197.

<sup>57[57]</sup> Cfr. Cass. civ. Sez. un., 29 agosto 2008, n. 21928, con commento di CERRETO, *Recesso della P.A. da un contratto di appalto di lavori pubblici per effetto di informativa antimafia e riparto di giurisdizione tra giudice ordinario*, 2008, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), sezione "studi e contributi".

<sup>58[58]</sup> Cfr. NICODEMO, *Il contenuto minimo dell'informativa antimafia tipica*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 9, 1088 e segg.

alla luce di una serie di considerazioni comunque basate su elementi di fatto, che possono anche risalire ad eventi verificatisi a distanza di tempo, perché riguardano la valutazione sull'idoneità morale del concorrente e non producono l'esclusione automatica dalla gara<sup>59[59]</sup>.

Essa assume, dunque, un valore meramente notiziale<sup>60[60]</sup> od endoprocedimentale<sup>61[61]</sup>, nei confronti della stazione appaltante, non necessitando di un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per l'informazione tipica.

Pertanto, rispetto a questa, la mancata stipula (o la risoluzione) del contratto non costituisce un effetto automatico, ma deve trovare adeguata giustificazione da parte della stazione appaltante<sup>62[62]</sup>, la quale non può affidarsi al semplice sospetto od a mere congetture prive di riscontro fattuale, ma deve specificare gli idonei e specifici elementi di fatto, obiettivamente sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o collegamenti con le associazioni malavitose<sup>63[63]</sup>.

Corollario di tale ragionamento è che l'informativa atipica, a differenza di quella tipica, non è dotata di autonoma capacità lesiva, sicché l'interesse alla sua impugnazione sorge solo al momento dell'emanazione del successivo provvedimento dell'amministrazione<sup>64[64]</sup>.

Il fondamento normativo dell'informazione atipica si rinviene nell'articolo 1-*septies* del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito con modificazioni dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, come poi integrato dall'articolo 2 della legge 15 novembre 1988, n. 486, che assegna all'alto commissario per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa il compito «di comunicare alle autorità competenti al rilascio di licenze, autorizzazioni, concessioni in materia di armi ed esplosivi e per lo svolgimento di attività economiche, nonché di titoli abilitativi alla conduzione di mezzi ed al trasporto di persone o cose, elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge, dei requisiti soggettivi richiesti per il rilascio, il rinnovo, la sospensione o la revoca delle licenze, autorizzazioni, concessioni e degli altri titoli menzionati».

Successivamente, l'articolo 2, comma 2-*quater*, del decreto-legge 29 ottobre 1991, n. 345, convertito con modificazioni dalla legge 30 dicembre 1991, n. 410 e quindi

---

<sup>59[59]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6902.

<sup>60[60]</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 2003, n. 3163.

<sup>61[61]</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 14 luglio 2006, n. 7510.

<sup>62[62]</sup> Cfr. C.G.A. 8 maggio 2013, n. 456; Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1948.

<sup>63[63]</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 26 maggio 2009, n. 51, secondo cui un automatismo risolutorio sarebbe contrario ai principi di legalità e di certezza del diritto, determinando il travalicamento in uno stato di polizia.

<sup>64[64]</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 24 giugno 2009, n. 3469.

sostituito dall'articolo 1 della legge 7 agosto 1992, n. 356, ha trasferito le funzioni dell'alto commissario al Ministro dell'interno, con facoltà di delega ai prefetti ed al direttore della Direzione investigativa antimafia.

Infine, l'articolo 10, comma 9, del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 ha previsto che le disposizioni in parola non si applicano alle informazioni previste dalla normativa medesima, «salvo che gli elementi o le altre indicazioni fornite siano rilevanti ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge»<sup>65[65]</sup>.

E' attraverso questo richiamo, solo apparentemente escludente («salvo siano rilevanti»), che lo strumento dell'informazione atipica – sino ad allora confinato a settori tutto sommato marginali (atti di assenso in materia di armi ed esplosivi, di svolgimento di attività economiche, di conduzione di mezzi e di trasporto di persone o cose) – ha messo piede nel campo degli appalti e dei finanziamenti pubblici.

Il codice antimafia del 2011 non reca l'abrogazione dell'articolo 1-*septies* del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629 (che è dunque rimasto in vigore), ma d'altro canto non opera alcun rinvio al detto articolo, a differenza di quanto si verificava nel vigore del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 che, per altro, è interamente abrogato dall'articolo 120, comma 2, lettera b).

Da tali ultime due circostanze sono stati tratti argomenti decisivi per sostenere la tesi dell'espunzione dell'informazione prefettizia supplementare, non già dal novero dei poteri prefettizi<sup>66[66]</sup>, ma dal sistema della documentazione antimafia, tornando la disposizione ad essere confinata nel ridotto ambito ad essa inizialmente riservato<sup>67[67]</sup>.

---

<sup>65[65]</sup> Esso così recita: «le disposizioni dell'articolo 1-*septies* del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, come successivamente integrato dalla legge 15 novembre 1988, n. 486, non si applicano alle informazioni previste dal presente articolo, salvo che gli elementi o le altre indicazioni fornite siano rilevanti ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge. Sono fatte salve le procedure di selezione previste dalle disposizioni in vigore in materia di appalti, comprese quelle di recepimento di direttive europee».

<sup>66[66]</sup> Posto che l'articolo 120, comma 1, lettera i), del codice, abrogando espressamente gli articoli 1, 3 e 5 del decreto-legge 29 ottobre 1991, n. 345, ha di conseguenza fatto salvo l'articolo 2, che assegna le funzioni di alto commissario al Ministro dell'interno, con facoltà di delega ai prefetti.

<sup>67[67]</sup> Ciò si afferma al § 2.1 delle linee-guida approvate il 19 dicembre 2012 dal comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza sulle grandi opere presso il Ministero dell'interno e pubblicate sulla gazzetta ufficiale del 21 gennaio 2013, n. 17, con riferimento alla ricostruzione dell'Emilia-Romagna dopo il terremoto del 2012: «lo strumento delle informazioni atipiche è destinato a venire meno a decorrere dal 12 febbraio 2013, data che, con l'integrale entrata in vigore del Libro II del codice antimafia, segnerà l'uscita di scena dell'articolo 10, comma 9, del D.P.R. n. 252/1998, il quale, come precisato, attraeva nel sistema della certificazione antimafia il ricordato articolo 1-*septies*. In questo periodo di residua vigenza del citato D.P.R. n. 252/1998, il potere di adottare tali provvedimenti è soggetto, mano a mano che si avvicina il predetto termine, ad un processo di graduale "affievolimento"».

Il contenuto delle linee-guida è stato fatto proprio dalla circolare del gabinetto del Ministro dell'interno dell'8 febbraio 2013, n. 11001/119/20(6), recante le prime indicazioni interpretative sul correttivo del 2012 al codice antimafia. Della stessa opinione è, inoltre, un commento dell'associazione nazionale costruttori edili (A.N.C.E.) del febbraio 2013, secondo il quale: «ora la nuova normativa, se ha mantenuto in vita l'articolo 1-*septies* del D.L. n. 629/82, ha invece abrogato l'articolo 10, comma 9 del D.P.R. n. 252/89, senza riprodurne il contenuto in alcuna disposizione del codice. E' dunque da ritenere che le informazioni atipiche, che avevano appunto la loro fonte normativa nella norma abrogata,

Deve insomma ritenersi che il legislatore abbia attribuito al prefetto, quale unico soggetto a ciò deputato, la funzione di pronunciarsi sull'esistenza di tentativi di infiltrazione nell'impresa, col rilascio di un'informazione di segno inequivocabilmente interdittivo o liberatorio, senza più la possibilità di "scaricare" sull'anello debole della catena, e cioè sulla stazione appaltante, le valutazioni conseguenti al ricevimento di un'informazione atipica, avente il più delle volte contenuto criptico o generico.

Pertanto, situazioni marginali che ieri avrebbero dato luogo ad un'informazione atipica, oggi devono necessariamente confluire in un supplemento investigativo ad opera del prefetto, volto a chiarire, una volta per tutte, l'esatta posizione dell'impresa rispetto al fenomeno mafia.

---