

**CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN  
MAGISTRATURA**

**2017/2018**

**GIAPPICHELLI EDITORE**

**Responsabile scientifico  
Vincenzo Lopilato**

**Diritto amministrativo**

**1. Corruzione amministrativa: rinvio a quanto detto a lezione anche con riferimento al ruolo dell'ANAC e allo scioglimento del consiglio comunale per infiltrazione mafiosa (si vd. CdS, sez. III, 24 Aprile 2015, n. 2054). Si riporta di seguito una sintesi solo in relazione al significato dell'espressione "corruzione amministrativa."**

Nel linguaggio giuridico italiano, il termine "corruzione" è stato finora un termine essenzialmente penalistico, con il quale ci si è riferiti a specifiche figure di reato. Questa accezione, restrittiva, è coerente con la circostanza che la lotta alla corruzione si è svolta principalmente sul piano della repressione penale. Esiste, tuttavia, anche nel linguaggio giuridico, un'accezione più ampia del termine, che è connessa alla prevenzione del malcostume politico e amministrativo, da operare con gli strumenti propri del diritto costituzionale e del diritto amministrativo. L'importanza dell'approccio preventivo è stata sottolineata da diverse commissioni di studio e organismi internazionali, che hanno suggerito numerose misure concrete, di natura legislativa o amministrativa. Sulla base dei loro rapporti e di altri approfonditi studi sulla corruzione (3), si può dire che ciò che vi è da fare, per combattere la corruzione, è ormai abbastanza noto, in quanto vi è un ampio consenso su molti dei possibili rimedi.

Con la legge n. 190 del 2012, la nozione amministrativistica di corruzione acquista piena cittadinanza nell'ordinamento e dà luogo a una disciplina generale. La legge, dunque, è importante non solo perché alcune delle sue previsioni possono realmente contribuire ad arginare il malcostume nella pubblica amministrazione italiana, ma anche perché essa definisce finalmente i contorni della politica di prevenzione della corruzione nel nostro ordinamento.

Questa legge ha creato l'Autorità nazionale anticorruzione

Si distingue tra una corruzione soggettiva, finalizzata a contrastare i comportamenti di corrotti e corruttori da una corruzione oggettiva, che "è la degenerazione del sistema istituzionale e amministrativo in sé; in altri termini, la corruzione intesa come disfacimento delle regole" (M. D'Alberti). In particolare, "l'eccesso e il disordine delle leggi, le complicazioni amministrative, l'inefficacia dei controlli, diverse regole da migliorare nella materia degli appalti e delle concessioni, sono altrettante disfunzioni che connotano una "corruzione oggettiva" del sistema istituzionale e alimentano la "corruzione soggettiva" (M. D'Alberti).

In questo ambito devono essere richiamate

- a livello organizzativo, la citata legge che ha creato l'ANAC, che prevede i cd. piani di prevenzione;
- le nuove disposizioni sulla trasparenza amministrativa, che riguardano anche il settore degli appalti pubblici;
- la disciplina dei conflitti di interesse.

**2. Sistema delle qualificazioni nei contratti pubblici. Sintesi della lezione.**

**L'art. 40 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163** (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) aveva previsto un sistema unico di qualificazione per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici.

Sul piano delle *fonti di regolazione*, la suddetta norma primaria demandava ad un regolamento di esecuzione di dettare le prescrizioni attuative.

Tale prescrizioni sono contenute negli artt. 60 e ss. del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010 n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»).

Sul piano dei *soggetti coinvolti*, si prevedeva che tale sistema fosse attuato da “organismi di diritto privato di attestazione” (SOA), appositamente autorizzati dall’Autorità di vigilanza dei lavori pubblici. Ad essi era demandato il compito di attestare l’esistenza negli operatori economici dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di ordine speciale di natura tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria.

La stessa normativa prevedeva che “soggetti accreditati” rilasciassero la certificazione di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, la cui esistenza era anch’essa attestata dalle SOA.

Il regolamento disponeva, tra l’altro, che le imprese fossero qualificate per categorie di opere generali (OG) e speciali (OS), indicate nell’Allegato A, nonché per classiche che avevano riguardo all’importo dei lavori.

L’art. 63, comma 2, del regolamento prevedeva che la certificazione del sistema di qualità aziendale fosse riferita *«agli aspetti gestionali dell’impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche»*.

L’Autorità di vigilanza dei lavori pubblici svolgeva attività di controllo nonché attività amministrativa strettamente connessa a tale funzione.

In particolare, l’Autorità autorizzava gli organismi privati a svolgere l’attività di attestazione delle imprese e vigilava, anche mediante ispezioni, sul sistema di qualificazione mediante lo svolgimento di funzioni di controllo sulle SOA e sulle attestazioni ad esse rilasciate, potendo disporre, ricorrendo determinati presupposti, la sospensione o l’annullamento di tale attestazione (artt. 68 e 71 del d.P.R. n. 207/2010).

**Il Codice del 2016, agli art. 83 e ss., riprende il modello del sistema di qualificazione unico del precedente Codice, con attribuzione di rilevanti funzioni all’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).**

Si tratta di un sistema “non definitivo”.

L’art. 84, comma 12 prevede, infatti, che entro un anno dalla data di entrata in vigore del Codice, *«con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell’ANAC, sentite le competenti Commissioni parlamentari, vengono individuate modalità di qualificazione, anche alternative o sperimentali da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate (...), per migliorare l’effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e la moralità delle prestazioni degli operatori economici, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici»*.

Inoltre si dispone che l’ANAC effettui una ricognizione straordinaria circa il possesso dei requisiti di esercizio dell’attività da parte dei soggetti attualmente operanti in materia di attestazione e relazioni sugli esiti di detta ricognizione al Governo e alle Camere *«circa la rispondenza del sistema attuale di qualificazione unica a requisiti di concorrenza e trasparenza, anche in termini di quantità degli organismi esistenti ovvero di necessità di individuazione di forme di partecipazione pubblica agli stessi e alla relativa attività di attestazione»* (84, comma 3).

**Sul piano dei soggetti, continuano ad operare le SOA e gli altri soggetti privati di certificazione. In particolare, l’art. 84, primo comma, dispone che il possesso dei requisiti di qualificazione avviene *«mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall’ANAC»*.**

L’ANAC svolge funzioni di vigilanza e, a tale fine, effettua ispezioni, anche senza preavviso, o richiede qualsiasi documento ritenuto necessario (art. 84, comma 6).

*12 aprile 2006, n. 163»*.

**Segue: Rating di impresa e requisiti reputazionali: solo accennato a lezione ma importante**

Si tratta di sistema da applicarsi ai fini della qualificazione delle imprese. Anche tale sistema è istituito e gestito dall’ANAC. Il sistema è ancorato a requisiti reputazionali che dovranno basarsi su indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, e su accertamenti definitivi che esprimano la capacità strutturale e l’affidabilità dell’operatore economico. I requisiti, i criteri di valutazione, le

modalità di rilascio della relativa certificazione, sono rimessi a linee guida dell'ANAC, da vararsi entro il 19 luglio 2016.

In tale sistema sono previste premialità e penalità, e, segnatamente, misure sanzionatorie amministrative nel caso di omessa o tardiva denuncia obbligatoria di richieste estorsive o corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici (ivi compresi subappaltatori e subfornitori). Nei requisiti reputazionali si terrà conto del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'AGCM (v. art. 213, c. 7), dei "precedenti comportamentali" dell'operatore economico, con rispetto dei tempi e costi nell'esecuzione dei contratti e l'incidenza del contenzioso in sede di gara e di esecuzione del contratto (art. 83, c. 10).

Anche *in parte qua* si è tenuto conto del parere del Consiglio di Stato. La versione originaria prevedeva tra i parametri del *rating* di impresa "l'assenza di contenzioso" sia con riferimento alla fase di gara che a quella di esecuzione del contratto (art. 84, c. 4, lett. d) della bozza).

Il parere del Consiglio di Stato aveva rilevato che la giusta esigenza di requisiti reputazionali non potrà andare a scapito dell'insopprimibile diritto costituzionale di azione in giudizio (art. 24 Cost.), potendosi e dovendosi piuttosto stigmatizzare gli abusi del processo perpetrati con liti emulative e condotte processuali dilatorie ma non la proposizione, in sé, di un contenzioso. La versione definitiva del codice non fa perciò più riferimento all'assenza di contenzioso, ma alla incidenza del contenzioso. In sede di atto attuativo, si dovrà ancorare tale parametro alle liti emulative e pretestuose.

### **3. Protocolli di legalità Sentenza Corte di Giustizia C-425/14**

#### Principio di diritto

Le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un'amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici. Tuttavia, nei limiti in cui tale protocollo preveda dichiarazioni secondo le quali il candidato o l'offerente non si trovi in situazioni di controllo o di collegamento con altri candidati o offerenti, non si sia accordato e non si accorderà con altri partecipanti alla gara e non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla medesima procedura, l'assenza di siffatte dichiarazioni non può comportare l'esclusione automatica del candidato o dell'offerente da detta procedura.

#### *Segue.* Dottrina. **I PROTOCOLLI DI LEGALITÀ E IL DIRITTO EUROPEO - IL COMMENTO**

**di Stefano Vinti, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 3, 318** (commento a Corte di Giustizia C.-425/14)

#### Premessa

L'impatto della giurisprudenza europea sulla materia degli appalti pubblici è testimoniato dal crescente numero di questioni interpretative che le corti nazionali deferiscono al giudice del Lussemburgo. Gli appalti pubblici rappresentano dunque uno dei terreni privilegiati per comprendere e analizzare le profonde trasformazioni subite dal diritto amministrativo interno sotto l'influenza del diritto eurounitario(1).

Come è stato giustamente evidenziato, quello dei contratti pubblici è un settore in cui, più di altri, si può apprezzare l'intensità del vincolo europeo e il suo impatto sulla legislazione domestica e sull'autonomia negoziale delle amministrazioni pubbliche(2). Le norme settoriali sugli appalti pubblici sono espressione continua del processo d'integrazione amministrativa da tempo in atto sul versante sovranazionale e consentono di cogliere le ricadute pratiche del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno(3).

**In questo contesto si inserisce la sentenza della Corte di Giustizia UE C-425/14 che si annota.**

La pronuncia ha affrontato una questione di particolare attualità nell'ordinamento interno: la **compatibilità col diritto europeo dei cc.dd. "protocolli di legalità" finalizzati a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici.**

Genesi e funzione dei protocolli di legalità nell'ordinamento italiano

Prima di esaminare nel dettaglio il contenuto della sentenza annotata, occorre spendere qualche parola sulla genesi e sulla funzione dei protocolli di legalità nell'ordinamento nazionale.

In Italia i protocolli di legalità hanno tratto origine dalla prassi amministrativa nel settore delle cd. "grandi opere" per garantire maggiore trasparenza ai processi decisionali pubblici ed evitare l'insorgenza di fenomeni corruttivi derivanti dall'infiltrazione delle organizzazioni criminali di stampo mafioso(4).

Dopo alcuni iniziali interventi della giurisprudenza del Consiglio di Stato, che si era interrogata sulla portata cogente dei protocolli di legalità ed era pervenuta a una risposta sostanzialmente affermativa(5), il legislatore nazionale ha **introdotto l'art. 176, comma 3, lett. e), D.Lgs. n. 163/2006** e ha stabilito che i soggetti aggiudicatori di opere strategiche possono stipulare "appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano". Tali accordi devono prevedere "l'adozione di protocolli di legalità che comportino clausole specifiche di impegno, da parte dell'impresa aggiudicataria, a denunciare eventuali tentativi di estorsione, con la possibilità di valutare il comportamento dell'aggiudicatario ai fini della successiva ammissione a procedure ristrette della medesima stazione appaltante in caso di mancata osservanza di tali prescrizioni". Gli accordi sono "vincolanti per i soggetti aggiudicatori e per l'impresa aggiudicataria, che è tenuta a trasferire i relativi obblighi a carico delle imprese interessate a qualunque titolo alla realizzazione dei lavori".

L'art. 176, comma 3, lett. e), D.Lgs. n. 163/2006 ha specificamente indicato la funzione dei protocolli di legalità nell'ordinamento nazionale: rafforzare la tutela della legalità e prevenire le infiltrazioni delle organizzazioni criminali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici(6).

**In particolare esso ha chiarito che i protocolli di legalità sono atti che obbligano le imprese che partecipano alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici a tenere in futuro (ossia, in prevalenza, durante l'esecuzione del contratto sotto pena di risoluzione del vincolo negoziale stretto con l'amministrazione) determinate condotte finalizzate ad assicurare una tutela anticipata contro i tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata.**

In seguito all'introduzione dell'art. 176, comma 3, lett. e), D.Lgs. n. 163/2006 il Consiglio di Stato ha avuto occasione di soffermarsi nuovamente sulla portata obbligatoria delle clausole contenute nei protocolli di legalità. È così pervenuto alla conclusione che i protocolli di legalità configurano un **"sistema di condizioni"** che vanno necessariamente accettate in offerta dalle imprese partecipanti alle gare d'appalto pubbliche. Accettando **le clausole contenute nel protocollo di legalità al momento della presentazione della domanda le imprese si vincolano infatti a serbare determinati comportamenti doverosi che conducono all'estromissione dalla gara in caso di loro violazione(7).**

Sulla scia del Consiglio di Stato si è posta anche l'AVCP (ora ANAC) secondo cui i protocolli di legalità tendono ad assicurare la trasparenza nell'esecuzione di un contratto pubblico e a prevenire i tentativi di infiltrazione mafiosa. A tal fine le amministrazioni devono inserire nei bandi di gara **l'obbligo per i concorrenti di accettare le clausole dei protocolli di legalità come condizione per partecipare alla procedura di aggiudicazione. La mancata accettazione delle clausole contenute nei protocolli di legalità conduce all'esclusione del concorrente dalla gara atteso che tali clausole discendono da norme imperative di ordine pubblico connesse al contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti(8).**

Seppure con riferimento all'art. 176, comma 3, lett. e), D.Lgs. n. 163/2006 - norma, si ripete, dettata per la materia delle cd. "grandi opere" - il Consiglio di Stato e l'AVCP avevano quindi avuto

occasione di affermare che costituiscono legittime cause di esclusione da una gara d'appalto **pubblica sia la mancata accettazione, in sede di offerta, delle clausole contenute nei protocolli di legalità da parte dei concorrenti; sia il mancato rispetto delle medesime clausole in fase di esecuzione del contratto con possibilità di risoluzione del vincolo negoziale da parte dell'amministrazione.**

Si vedrà a breve come tale posizione interpretativa può forse essere sottoposta a revisione critica sulla scorta dell'esegesi dell'art. 1, comma 17, L. n. 190/2012.

La natura giuridica dei protocolli di legalità alla luce dell'art. 1, comma 17, L. n. 190/2012

**Con l'art. 1, comma 17, L. n. 190/2012 il legislatore nazionale ha esteso l'applicazione dei protocolli di legalità a ogni appalto pubblico** e ha generalizzato la regola secondo cui 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".

La norma pone anzitutto in evidenza il problema, tuttora irrisolto, **della natura giuridica dei protocolli di legalità.**

Sul punto si registrano due differenti orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo orientamento i protocolli di legalità avrebbero valore di atti solo programmatici e sarebbero privi di forza cogente per la stazione appaltante. Essi, in particolare, sarebbero da qualificare come "**atti politici di indirizzo**" idonei a vincolare le amministrazioni nell'esercizio della loro attività istituzionale(9).

Il ragionamento che sorregge tale orientamento riposa sulla premessa per cui l'amministrazione è soggetta solo al principio di legalità, cioè a norme di legge di rango primario o secondario: i protocolli di legalità, **essendo atti politici a contenuto programmatico, non potrebbero mai condizionare lo svolgimento dell'attività delle singole amministrazioni** dato che ad esse spetta, nell'esercizio della propria discrezionalità, adeguare i propri atti amministrativi all'indirizzo politico vigente.

Secondo un diverso orientamento, che ha trovato maggiore consenso tra gli interpreti, i protocolli di legalità sarebbero **invece strumenti convenzionali** che legano le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese che con esse contrattano.

Più in particolare i protocolli di legalità andrebbero qualificati come "**accordi fra pubbliche amministrazioni**" ai sensi dell'art. 15 della L. n. 241/1990 e servirebbero a disciplinare attività di interesse comune che attengono alla prevenzione del fenomeno mafioso nel settore degli appalti pubblici(10).

Ora entrambe le ricostruzioni teoriche appena citate prestano il fianco a qualche rilievo di ordine critico di cui occorre dare rapido conto.

La prima tesi non appare condivisibile perché, propendendo per la natura solo programmatica e non vincolante dei protocolli di legalità, li riduce al rango di documenti privi di qualsiasi conseguenza in caso di loro inosservanza. Ciò sembra porsi in contrasto con la stessa finalità perseguita dai protocolli di legalità: contrastare l'insorgenza di fenomeni corruttivi nelle gare d'appalto.

La seconda tesi appare invece preferibile nelle sue coordinate generali, ma non si può comunque omettere di rilevare che l'adesione ai protocolli di legalità, più che corrispondere a una scelta concordata tra il privato e l'amministrazione, sembra discendere da una sostanziale imposizione di quest'ultima(11).

La tesi della natura convenzionale dei protocolli di legalità (dalla quale si fa discendere la loro vincolatività) può dunque essere accolta non senza considerare che l'autonomia del privato di accettare o meno le clausole in essi contenute appare sostanzialmente condizionata dalla volontà unilaterale della pubblica amministrazione.

Quel che è comunque certo è che l'art. 1, comma 17, L. n. 190/2012 non ha contribuito a dirimere il contrasto giurisprudenziale sulla qualificazione giuridica dei protocolli, né la sentenza della Corte di Giustizia annotata sembra aver offerto una valida soluzione in tal senso.

Allo stato attuale la questione relativa alla natura giuridica dei protocolli di legalità non può quindi

ritenersi risolta. Anzi, a ben vedere, i profili di criticità appena evidenziati risultano complicati dai correlati dubbi esegetici che discendono dall'art. 1, comma 17, L. n. 190/2012 e che appresso si procederà ad affrontare.

*Omissis*

### **Protocolli di legalità e diritto dell'UE**

**Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha quindi chiesto alla Corte di Giustizia di prendere posizione sulla compatibilità col diritto europeo dei protocolli di legalità ex art. 1, comma 17, L. n. 190/2012.**

In particolare il giudice siciliano ha chiesto alla Corte di verificare se il diritto dell'UE e, in particolare, l'art. 45, §§ 1 e 2, Dir. 2004/18/CE permettano alle stazioni appaltanti di escludere da una gara i concorrenti che non abbiano accettato nella loro offerta le clausole contenute nei protocolli di legalità volti a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore dei contratti pubblici.

Ha poi chiesto alla Corte di stabilire se la fattispecie in esame possa legittimare una deroga al principio di tassatività delle cause soggettive di esclusione dalle gare d'appalto sancito all'art. 45 della medesima direttiva.

**I quesiti interpretativi posti dal giudice rimettente sono stati in gran parte elusi dalla Corte europea.**

**Nonostante essa sia giunta alla conclusione che, in base al diritto europeo, è possibile escludere da una gara d'appalto il concorrente che non abbia accettato le clausole contenute in un protocollo di legalità, tuttavia essa ha pronunciato il giudizio di compatibilità non in riferimento all'art. 45, §§ 1 e 2, Dir. 2004/18/CE, bensì in riferimento ai principi generali dell'ordinamento eurounitario:** ciò in quanto "l'appalto pubblico di lavori di cui trattasi nel procedimento principale è di un valore inferiore alla pertinente soglia di applicazione di tale direttiva"(36) e quindi "l'articolo 45 della direttiva 2004/18 non trova applicazione"(37).

Nell'ottica della Corte europea il mancato superamento della soglia comunitaria è il motivo per cui, nel caso di specie, non possono trovare applicazione le direttive in tema di appalti pubblici, ma solo i principi generali dell'ordinamento europeo.

Così argomentando la Corte ha deciso di pronunciarsi sul quesito pregiudiziale posto dal giudice italiano solo per la "sussistenza di un interesse transfrontaliero certo" atteso che alla gara avevano partecipato "imprese che non hanno sede in Italia"(38). Al contempo essa ha però riformulato la domanda pregiudiziale nel seguente modo: "se le norme fondamentali e i principi generali del Trattato, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un'amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso da una procedura di gara relativa ad un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità"(39).

Impostate le premesse del successivo ragionamento la Corte ha osservato che i protocolli di legalità, "ostacolando l'attività criminale e distorsioni della concorrenza nel settore degli appalti pubblici", sono idonei a "rafforzare la parità di trattamento e la trasparenza nell'aggiudicazione di appalti"(40). Per conseguenza "non si può ritenere che l'obbligo di dichiarare l'accettazione degli impegni contenuti in un protocollo di legalità sin dall'inizio della partecipazione a una gara per l'aggiudicazione di un appalto ecceda quanto necessario al fine del raggiungimento degli obiettivi perseguiti"(41).

La conclusione a cui la Corte è pervenuta è stata in linea con le sue premesse: **"le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un'amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da una procedura di gara relativa a un appalto**

**pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici"(42).**

*Omissis*

#### **4. Interdittiva antimafia. (v. artt. 90-95 Codice antimafia)**

##### **Consiglio di Stato, sez. III, 04/04/2017, n. 1559**

1. La disciplina pregressa

L'art. 10 del decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252 (Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia), prevedeva che:

“Quando, a seguito delle verifiche disposte dal prefetto, emergono elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate, le amministrazioni cui sono fornite le relative informazioni, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni” (comma 2).

Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa sono desunte:

a) “dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluno dei delitti di cui agli articoli 629, 644, 648-bis, e 648-ter del codice penale, o dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale;

b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di cui agli articoli 2-bis, 2-ter, 3-bis e 3-quater della legge 31 maggio 1965, n. 575; c)

dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno, ovvero richiesti ai prefetti competenti per quelli da effettuarsi in altra provincia (comma 7).

Le fattispecie di cui alle lettere a) e b) sono “tipiche” e “non lasciano all'Organo statale margini di valutazione, dovendo quest'ultimo limitarsi a verificare se siano stati adottati i provvedimenti espressamente contemplati dalle medesime disposizioni”.

La fattispecie di cui alla lettera c), prevede una fattispecie “atipica”, con la conseguenza che “la Prefettura deve fornire puntuali e motivate indicazioni in ordine agli accertamenti in concreto disposti (anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento all'uopo delegati) al fine di stabilire la sussistenza di concreti elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa idonei a condizionare le scelte dell'impresa” (Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2014, n. 1730).

La disciplina attuale e l'orientamento della giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, sez. III, n. 669 del 2017; che sintetizza il contenuto più ampio di Consiglio di Stato, sez. III, 03/05/2016, n. 1743 (in particolare punto. 4.11 e ss); per brevità si riporta solo quella del 2017  
*Omissis..*

È opportuno richiamare, sinteticamente, taluni principi espressi dalla Sezione in tema di interdittiva antimafia (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743):

-- l'informativa antimafia, ai sensi degli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, del d.lgs. n. 159/2011, presuppone "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";

-- quanto alla ratio dell'istituto della interdittiva antimafia, si tratta di una misura volta -ad un tempo -

alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica Amministrazione: l'interdittiva antimafia comporta che il Prefetto escluda che un imprenditore - pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione - meriti la fiducia delle Istituzioni (vale a dire che risulti "affidabile") e possa essere titolare di rapporti contrattuali con le pubbliche Amministrazioni o degli altri titoli abilitativi, individuati dalla legge;

-- ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo, rileva il complesso degli elementi concreti emersi nel corso del procedimento: una visione 'parcellizzata' di un singolo elemento, o di più elementi, non può che far perdere a ciascuno di essi la sua rilevanza nel suo legame sistematico con gli altri;

-- è estranea al sistema delle informative antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno latamente sanzionatori, qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio (né - tanto meno - occorre l'accertamento di responsabilità penali, quali il "concorso esterno" o la commissione di reati aggravati ai sensi dell'art. 7 della legge n. 203 del 1991), poiché simile logica vanificherebbe la finalità anticipatoria dell'informativa, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente rilevante;

-- il rischio di inquinamento mafioso deve essere valutato in base al criterio del più "probabile che non", alla luce di una regola di giudizio, cioè, che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, qual è, anzitutto, anche quello mafioso;

-- pertanto, gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione;

-- tra gli elementi rilevanti - per quanto di interesse in base al contenuto dell'interdittiva oggetto di giudizio - vi sono "i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia, di titolari, soci, amministratori, dipendenti dell'impresa con soggetti raggiunti da provvedimenti di carattere penale o da misure di prevenzione antimafia, l'Amministrazione può ragionevolmente attribuire loro rilevanza quando essi non siano frutto di casualità o, per converso, di necessità.

(...) Tali contatti o frequentazioni (anche per le modalità, i luoghi e gli orari in cui avvengono) possono far presumere, secondo la logica del "più probabile che non", che l'imprenditore -

direttamente o anche tramite un proprio intermediario - scelga consapevolmente di porsi in dialogo e in contatto con ambienti mafiosi.

(...) Quand'anche ciò non risulti punibile (salva l'adozione delle misure di prevenzione), la consapevolezza dell'imprenditore di frequentare soggetti mafiosi e di porsi su una pericolosa linea di confine tra legalità e illegalità (che lo Stato deve invece demarcare e difendere ad ogni costo) deve comportare la reazione dello Stato proprio con l'esclusione dell'imprenditore medesimo dal conseguimento di appalti pubblici e comunque degli altri provvedimenti abilitativi individuati dalla legge.

(...) In altri termini, l'imprenditore che - mediante incontri, telefonate o altri mezzi di comunicazione, contatti diretti o indiretti - abbia tali rapporti (e che si espone al rischio di esserne influenzato per quanto riguarda le proprie attività patrimoniali e scelte imprenditoriali) deve essere consapevole della inevitabile perdita di 'fiducia', nel senso sopra precisato, che ne consegue (perdita che il provvedimento prefettizio attesta, mediante l'informativa)".

- "rileva il complesso degli elementi concreti emersi nel procedimento: una visione parcellizzata di un singolo elemento, o di più elementi, non può che far perdere a ciascuno di essi la sua rilevanza nel suo legame sistematico con gli altri";

- nondimeno, la valutazione del provvedimento prefettizio si può ragionevolmente basare anche su un solo indizio, che comporti una presunzione, qualora essa sia ritenuta di tale precisione e gravità da rendere inattendibili gli elementi di giudizio ad essa contrari".

A questi principi enucleati di recente dalla Sezione, occorre aggiungere quelli che sono stati costantemente affermati dalla giurisprudenza:

- non è richiesta la prova dell'attualità delle infiltrazioni mafiose, dovendosi solo dimostrare la sussistenza di elementi dai quali è deducibile - secondo il principio del 'più probabile che non' - il tentativo di ingerenza, o una concreta verosimiglianza dell'ipotesi di condizionamento sulla società da parte di soggetti uniti da legami con cosche mafiose, e dell'attualità e concretezza del rischio (Cons. Stato, Sez. III, 5 settembre 2012 n. 4708; Cons. Stato n. 3057/10; 1559/10; 3491/09);

- la valutazione del pericolo di infiltrazioni mafiose, di competenza del Prefetto, è connotata, per la specifica natura del giudizio formulato, dall'utilizzo di peculiari cognizioni di tecnica investigativa e poliziesca, che esclude la possibilità per il giudice amministrativo di sostituirvi la propria, ma non impedisce ad esso di rilevare se i fatti riferiti dal Prefetto configurino o meno la fattispecie prevista dalla norma e di formulare un giudizio di logicità e congruità con riguardo sia alle informazioni assunte, sia alle valutazioni che il Prefetto ne abbia tratto (Cons. Stato, n. 5130 del 2011; Cons. Stato, n. 2783 del 2004; Cons. Stato n. 4135 del 2006);

- l'ampia discrezionalità di apprezzamento del Prefetto in tema di tentativo di infiltrazione mafiosa comporta che la valutazione prefettizia sia sindacabile in sede giurisdizionale in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, mentre al sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'informativa antimafia rimane estraneo l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento (in termini, Cons. Stato, n. 4724 del 2001).

Tale valutazione costituisce espressione di ampia discrezionalità che, per giurisprudenza costante, può essere assoggettata al sindacato del giudice amministrativo sotto il solo profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati (Cons. Stato n. 7260 del 2010).

Altra giurisprudenza CDS 2017 ha affermato quanto segue

L'interdittiva antimafia comporta che il Prefetto escluda che un imprenditore - pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione - meriti la fiducia delle Istituzioni (vale a dire che risulti "affidabile") e possa essere titolare di rapporti contrattuali con le pubbliche Amministrazioni o degli altri titoli abilitativi, individuati dalla legge; trattandosi di una misura a carattere preventivo, prescinde dall'accertamento di singole responsabilità penali nei confronti degli imprenditori coinvolti, e si fonda sugli accertamenti compiuti dai diversi organi di polizia valutati, per la loro rilevanza, dal Prefetto territorialmente competente; tale valutazione costituisce espressione di ampia discrezionalità, che può essere assoggettata al sindacato del giudice amministrativo sotto il profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati; essendo il potere esercitato espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzato ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata, la misura interdittiva non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazione malavitosa e, quindi, del condizionamento in atto dell'attività di impresa, ma può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata (cfr., per una ricostruzione sistematica, Cons. Stato, III, n. 1743/2016; in ultimo, sinteticamente, idem, n. 669/2017 e n. 256/2017).

Il rischio di inquinamento mafioso deve infatti essere valutato in base al criterio del "più probabile che non", che si pone quale regola di giudizio - fondata anche su dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, qual è, anzitutto, quello mafioso - e insieme strumento di controllo della valutazione prefettizia, e che, in particolare, consente di verificare la correttezza dell'inferenza causale che da un insieme di fatti sintomatici, di apprezzabile significato indiziario, perviene alla ragionevole conclusione di permeabilità mafiosa, secondo una logica che nulla ha a che fare con le esigenze del diritto punitivo e del sistema sanzionatorio, laddove vige la regola della certezza al di là di ogni ragionevole dubbio per pervenire alla condanna penale