



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

AG 483
Il Presidente

SENATO DELLA REPUBBLICA

1[^] COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI E 2[^] COMMISSIONE GIUSTIZIA

UFFICI DI PRESIDENZA

L'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

formula le seguenti

Osservazioni

all'atto del Governo n. 483 recante disposizioni integrative e correttive al 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

Onorevoli Presidenti, Onorevoli Senatori, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, qui rappresentata dal Presidente Sergio Santoro, desidera ringraziare vivamente, anche a nome dei componenti Luciano Berarducci, Giuseppe Borgia, Piero Calandra, Andrea Camanzi, Sergio Gallo ed Alfredo Meocci, gli uffici di presidenza delle Commissioni 1[^] Affari Costituzionali e 2[^] Giustizia del Senato per l'invito rivolto nell'ambito dei lavori parlamentari sull'atto del Governo n. 483 recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia).

Premessa

L'importanza del monitoraggio centralizzato del mercato degli appalti ai fini della prevenzione delle infiltrazioni mafiose costituisce ormai un dato ampiamente acquisito e condiviso. L'acquisizione e condivisione delle informazioni relative a tutte le fasi del procedimento, con particolare riferimento ai subappalti ed ai sub-affidamenti, risulta particolarmente necessaria ai fini del contrasto del fenomeno mafioso. L'esperienza ultradecennale e l'*expertise* specifica al riguardo acquisita dall'Autorità si è già dimostrata utile in diverse occasioni di collaborazione interistituzionale, ad esempio, nell'ambito del Comitato di coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Grandi opere (CASGO), istituito con il d.m. 14 marzo 2003, nonché con riguardo alle indicazioni fornite in merito alla tracciabilità dei flussi finanziari.

Da questo punto di vista, non può che salutarsi con favore la perdurante e crescente attenzione del legislatore alle complesse problematiche che concernono l'istituzione ed il rafforzamento di saldi presidi a tutela della legalità delle procedure di gara e, in linea generale, ritiene importante ribadire la necessità di un approccio sinergico che veda, nel continuo confronto tra le istituzioni a vario titolo interessate alla tematiche, una costante del sistema di prevenzione.

Diversi sono gli aspetti che interessano le specifiche competenze dell'Autorità tra quelli disciplinati nello schema di decreto, connessi anche con le recenti modifiche normative che stanno delineando un nuovo rapporto tra stazioni appaltanti ed operatori economici improntato alla massima razionalizzazione e semplificazione delle procedure di gara.

La riduzione della complessità amministrativa e normativa è, infatti, indispensabile, oltre che in vista della riduzione della spesa pubblica, anche al fine di garantire un celere espletamento dell'attività di controllo da parte dei soggetti a ciò preposti (cfr. Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici - Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - Atto di Segnalazione n. 1 del 12 gennaio 2012). Vanno in questo senso il completamento della banca dati nazionale sui contratti pubblici (art. 6-bis del

Codice dei contratti), la standardizzazione delle procedure di gara attraverso la redazione dei bandi-tipo con la tipizzazione delle cause di esclusione dalle procedure di gara (art. 46 comma 1-*bis* e art. 64, comma 4-*bis* del Codice).

Occorre, al riguardo, garantire che le importanti modifiche normative già introdotte e le ulteriori da varare siano correttamente coordinate all'interno di un quadro unitario di regole atto a rafforzarne l'efficacia.

1. La BDNCP

Come noto, il decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante “*Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e sviluppo*”, convertito in legge n. 35 del 4 aprile 2012, introducendo un nuovo articolo 6-*bis* al Codice dei Contratti Pubblici, ha delineato l'ulteriore sviluppo della Banca dati dei contratti pubblici (BDCP) istituita presso l'Autorità, prevedendo che, a partire dal 1° gennaio 2013, tutta la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche in capo ai partecipanti sia acquisita dalle stazioni appaltanti direttamente dalla suddetta banca dati.

Il progetto così delineato risponde alla necessità di semplificare e rendere più efficace l'adempimento degli obblighi informativi relativi al mercato degli appalti pubblici riducendo al minimo gli adempimenti a carico degli operatori economici e delle stazioni appaltanti.

Per raggiungere tale ambizioso obiettivo è fondamentale che vi sia la possibilità di un raccordo diretto tra le amministrazioni certificanti e l'Autorità, per l'acquisizione di tutte le informazioni rilevanti ai fini della partecipazione alle gare.

A tale riguardo la proposta di modifica contenuta all'art. 4, comma 4, dello schema di decreto (modifica dell'art. 91 con introduzione del comma 7-*bis*) è del tutto auspicabile, poiché prevede la trasmissione diretta dell'informazione antimafia all'Autorità consentendo alla stessa, mediante l'inserimento nella BDNCP, di riprodurla alla stazione appaltante, mentre nella precedente versione

del Codice (articolo 93, comma 6) era prevista la trasmissione della informativa solo a seguito dell'accesso ai cantieri.

Il regime transitorio, delineato dall'art. 6, prevede che nelle more dell'attivazione della banca dati nazionale unica delle informazioni antimafia, le stazioni appaltanti si rivolgano direttamente alle prefetture ai fini dell'acquisizione della documentazione antimafia.

Il nuovo Codice antimafia prevede l'accesso diretto della stazione appaltante per le verifiche antimafia mentre il Codice dei Contratti prevede per la verifica dei requisiti generali per la partecipazione alle gare degli operatori economici l'accesso esclusivo alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici. Le due norme richiedono una armonizzazione nell'ottica della chiarezza, della certezza e della semplificazione degli adempimenti.

Quindi al fine di ridurre ad unità il sistema dei controlli in materia di appalti pubblici, sarebbe opportuno prevedere l'Autorità come interlocutore unico per le richieste relative all'antimafia finalizzate alla verifica dei requisiti generali anche prima dell'attuazione della suddetta banca dati nazionale.

A tale riguardo sarebbe inoltre auspicabile, ad integrazione dell'art. 6 dello schema di decreto in commento, includere l'Autorità tra i soggetti titolati all'accesso alla banca dati nazionale della documentazione antimafia, di cui all'art. 97 del D.lgs 159/2011.

Invero potrebbe permanere la necessità di un accesso diretto delle stazioni appaltanti alla documentazione antimafia (mediante consultazione diretta della banca dati, ovvero mediante richiesta alle prefetture nel regime transitorio) in sede di stipula del contratto e di autorizzazione del subappalto.

Al riguardo potrebbe essere auspicabile estendere l'utilizzo della BDNCP, anche per la verifica dei requisiti dei subappaltatori.

In linea più generale la BDNCP includerà tutte le informazioni rilevanti per la partecipazione alle gare, incluse quelle relative alla iscrizione del procedimento per l'irrogazione della misura di prevenzione, contenute nell'apposito Registro presso le cancellerie dei tribunali.

2. Rapporto con le disposizioni di cui all'art. 38, comma 1 lettera b) del Codice

Le prospettate modifiche normative ampliano la lista dei soggetti sottoposti alla verifica antimafia attualmente contemplati all'art. 85 del Codice antimafia¹, disciplinando:

1. il regime delle verifiche nei confronti dei gruppi europei di interesse economico (art. 2 comma 1, lett. a dello schema di decreto);
2. l'obbligo di espletamento dei controlli anche nei confronti dei membri dei collegi sindacali di associazioni e società, nonché dei componenti dell'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001;
3. il regime dei controlli delle imprese prive di sede principale o secondaria in Italia.

La norma deve essere posta in correlazione con quanto previsto in tema di misure di prevenzione dall'articolo 38, comma 1, lett. b del Codice dei contratti, come recentemente modificato dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 ("Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per

¹ Secondo tale disposizione la documentazione antimafia:

- se si tratta di imprese individuali, deve riferirsi al titolare ed al direttore tecnico, ove previsto.

- 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, 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.

Inoltre, l'informazione antimafia, oltre che ai soggetti elencati, deve riferirsi anche ai familiari conviventi.

l'economia", convertito in legge con modifiche dalla legge 12 luglio 2011, n. 106). Più in dettaglio, come noto, la previsione concerne l'esclusione dalle procedure di affidamento disposta per i soggetti sottoposti a procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione antimafia. Come osservato dall'Autorità nella determinazione n. 1/2012 in materia adottata, l'ultima novella apportata all'art. 38, comma 1, lett. b), del Codice ha inteso ampliare l'elenco dei soggetti interessati dalla disposizione in esame includendovi - oltre a titolare o direttore tecnico per le imprese individuali; soci o direttore tecnico per le società in nome collettivo; soci accomandatari o direttore tecnico per le società in accomandita semplice; amministratori con poteri di rappresentanza o direttore tecnico per le altre società - anche il socio unico, persona fisica, o il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, "se si tratta di altro tipo di società".

Lo schema di decreto prevede, ora, una ulteriore estensione; si suggerisce di valutare l'opportunità di un coordinamento con quanto previsto dal citato art. 38, comma 1 lettera b), al fine di evitare possibili incertezze interpretative sul perimetro di applicazione della causa ostativa alla partecipazione alle procedure di gara.

3. Decertificazione e soggetti che possono richiedere le comunicazioni antimafia

L'articolo 3 dello schema di decreto muove nel senso dell'applicazione del principio di decertificazione di cui all'art. 15 della legge n. 183/2011 nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, sopprimendo le disposizioni del vigente articolo 87 del Codice antimafia che attualmente consentono ai privati di richiedere il rilascio della comunicazione antimafia e di utilizzare la copia autentica della documentazione antimafia rilasciata.

Conseguentemente, la richiesta potrà essere avanzata soltanto dai soggetti di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 83 del Codice antimafia (pubbliche amministrazioni ed enti pubblici, enti e aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico; società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro

ente pubblico, concessionari di opere pubbliche; contraenti generali di cui all'articolo 176 del Codice dei contratti).

Ai sensi dell'articolo 99, comma 2-*bis*, come modificato dallo schema di decreto legislativo, fino all'attivazione della Banca Dati Antimafia, la richiesta è presentata alle prefetture che utilizzano l'accesso al CED interforze, nonché i collegamenti con le camere di commercio.

In linea generale, si osserva che da una parte, il novero dei soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici è più ampio dell'elencazione contenuta al citato articolo 83, commi 1 e 2, dall'altra, l'ambito di applicazione della normativa in materia di "decertificazione" riguarda, ai sensi dell'articolo 2 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, la pubblica amministrazione ed i gestori di pubblici servizi nei rapporti tra loro e in quelli con l'utenza, e ai privati che vi consentono.

4. Reiterata violazione degli obblighi di tracciabilità *ex lege* n. 136/2010

L'articolo 4, comma 3, dello schema di decreto legislativo modifica l'art. 91 del Codice antimafia, che disciplina l'informazione antimafia necessaria prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67 (concessioni, licenze, etc.) di valore superiore alle soglie indicate dallo stesso art. 91.

Il comma 6 del citato art. 91 stabilisce che il prefetto possa desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa, *inter alia*, "*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*". Accanto a tale fattispecie, lo schema di decreto introduce quale elemento di valutazione prefettizia la reiterata violazione degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari sanciti dall'articolo 3 della legge 12 agosto 2010, n. 136.

Quest'ultimo, come noto, ha introdotto, nell'ambito del piano straordinario antimafia, un peculiare regime di tracciamento dei flussi finanziari *lato sensu* riconducibili a contratti pubblici di appalto al

fine di garantire un monitoraggio della spendita di denaro pubblico a valle della commessa principale. Il tracciamento avviene seguendo il passaggio dei flussi finanziari interessati all'interno della cd. filiera delle imprese direttamente o indirettamente interessate all'esecuzione dell'appalto attraverso un complesso integrato di strumenti: l'introduzione della clausola di tracciabilità nei contratti, l'utilizzo di conti correnti dedicati e di strumenti di pagamento tracciabili, nonché l'apposizione – per contraddistinguere il pagamento – del cd. codice identificativo di gara (CIG) rilasciato dall'Autorità e, ove necessario, del codice unico di progetto (CUP) ove obbligatorio ai sensi dell'art. 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3.

I contratti d'appalto pubblici privi della clausola di tracciabilità sono nulli.

Sono poi previste dall'art. 6 della citata legge n. 136/2010 sanzioni amministrative pecuniarie in caso di violazione degli obblighi succintamente illustrati.

Così riassunto il quadro normativo nei termini essenziali, la prospettata modifica legislativa è atta a realizzare un rafforzamento qualitativo del sistema di prevenzione in quanto anticipa la soglia di attenzione ad una fase preliminare a quella della stipula del contratto.

Nel dettaglio, si prevede che il tentativo di infiltrazione mafiosa possa essere desunto dall'accertamento *“delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari (...) commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689”*.

Tale ultima previsione dispone che si abbia reiterazione:

- quando, nei cinque anni successivi alla commissione di una violazione amministrativa, accertata con provvedimento esecutivo, lo stesso soggetto commette un'altra violazione della stessa indole

ovvero

- quando più violazioni della stessa indole commesse nel quinquennio sono accertate con unico provvedimento esecutivo.

Benché l'art. 8-*bis* in commento stabilisca che la reiterazione non operi nel caso di pagamento in misura ridotta, attesa la portata interdittiva che sarà collegata alla violazione degli obblighi di tracciabilità, potrebbe valutarsi l'opportunità di meglio dettagliare le violazioni che possono essere prese in considerazione al fine della informazione interdittiva, in relazione ad esempio al caso di incompleta comunicazione alla stazione appaltante da parte dell'operatore economico degli elementi informativi di cui all' articolo 3, comma 7 (estremi identificativi dei conti correnti dedicati, generalità e codice fiscale delle persone delegate ad operare su di essi).

5. Sfera dei soggetti cui si riferisce la documentazione antimafia

Più in particolare, può osservarsi che l'art. 2 dello schema di decreto, nell'inserire i commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater* all'art. 85 del vigente Codice antimafia, amplia la sfera dei soggetti cui si riferisce la documentazione antimafia, andando a ricomprendere anche i soggetti membri del collegio sindacale di società e associazioni di qualunque tipo.

Inoltre si preoccupa di precisare l'ambito dei soggetti cui si riferisce la documentazione antimafia anche nei casi di società costituite all'estero e di concessionarie nel settore dei giochi pubblici.

L'art. 38, co. 1, lett. b) del D.lgs. 163/2006 prevede, quale causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento, la presenza di cause ostative, ai sensi del codice antimafia, riferite ai titolari, soci o direttori tecnici e non contempla allo stesso modo l'esclusione nel caso in cui la causa ostativa riguardi un componente del collegio sindacale.

Ora, tenuto conto che il collegio sindacale non esercita compiti operativi e decisionali, la proposta di modifica che estende anche a tali soggetti la documentazione antimafia sembrerebbe rendere opportuno un coordinamento con il citato art. 38.

Infatti non appare possibile estendere l'esclusione dalle gare anche ad ipotesi ivi non espressamente contemplate.

Lo stesso art. 67 del Codice Antimafia, nel disciplinare gli effetti delle misure di prevenzione, pone il divieto, per le persone cui sia stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione, di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, e il tribunale dispone che tale divieto operi anche nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona “sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi”.

Sembrerebbe pertanto opportuno un coordinamento anche con la suddetta norma, al fine di chiarire gli effetti di una possibile informativa antimafia nei confronti dei componenti del collegio sindacale e le sue ripercussioni sulla società, da esso vigilata, che partecipi a gare per l’aggiudicazione di contratti pubblici.

Si osserva infine che i soggetti indicati all’art. 83 del Codice Antimafia, i quali possono richiedere il rilascio dell’informazione antimafia, non coincidono del tutto con le amministrazioni aggiudicatrici di contratti pubblici, rendendo così necessario un ulteriore coordinamento tra le disposizioni.