

WHITE LIST, ELENCHI DI MERITO E RATING DI LEGALITÀ: SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA?

*Prof. Giovanna Marchianò**

SOMMARIO: Introduzione: oggetto dell'indagine. - 1. Problemi de jure condito e de jure condendo in tema di idoneità delle imprese nella contrattualistica pubblica. - 2. Gli elenchi delle imprese e il ruolo dell'Autorità di Vigilanza. - 2.1. Il rating delle imprese adottato dall'Autorità antitrust. - 2.2. Le White list istituite presso le Prefetture con particolare riferimento all'esperienza maturata nelle zone sismiche. - 2.3. Le liste di merito nella Legge regionale dell'Emilia Romagna n. 11/2010. - 3. Le incrinature del «bando tipo» e del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche. - 4. Riflessioni finali.

Introduzione: oggetto dell'indagine.

Il presente lavoro intende mettere in luce come in tema di qualificazione/idoneità delle imprese, sembra che si sia «scoperto», solo oggi, il metodo delle c.d. «liste», ovvero la prospettiva di inserire gli operatori economici virtuosi, in specifici elenchi per rendere più agevole il compito degli amministratori nel controllo sulla serietà dell'impresa nei contratti ad evidenza pubblica. L'idea non è sicuramente né nuova né tanto meno garante della idoneità dell'impresa, ma come spesso accade, ci si è lasciati «conquistare» da tale metodologia, quale panacea di tutti i mali. Tutto ciò ha portato ad un moltiplicarsi di «liste» in quanto ciascuna Autorità o soggetto pubblico si è assunto il compito di proporre una sua «white list».

Si assiste, pertanto, ad un proliferare di liste di merito che, sia pure con obiettivi apparentemente diversi, tendono a sovrapporsi venendo a creare una più accentuata burocratizzazione in tema di qualificazione

* Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Bologna. L'articolo sarà pubblicato in versione integrale su *Munus. Rivista giuridica dei servizi pubblici*, Editoriale Scientifica, 2, 2013.

delle imprese, che sicuramente non snellisce la materia, ma la rende ancora più complessa accrescendone il profilo formalistico.

Nel presente lavoro, si intende comparare gli elenchi delle imprese adottati dalla Autorità di vigilanza, dall'Autorità antitrust, dalla legge antimafia presso le Prefetture e dalla Regione Emilia Romagna, al fine di sottolinearne gli aspetti di sovrapposizione che costringeranno le imprese ad una proliferazione dei documenti da presentare, rendendo così la fase di qualificazione e/o attribuzione dei contratti, ancora più complessa di quanto già non lo sia nell'attuale Codice degli appalti ed ampliando i casi di inidoneità a contrarre con l'amministrazione.

E' pur vero che l'aver lasciato un'ampia discrezionalità alle singole stazioni appaltanti, ha creato un ampio contenzioso proprio in tema di qualificazione delle imprese, con evidenti riflessi negativi soprattutto in tema di tempistiche dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, nonché dei costi finali gravanti sulla collettività. Né in verità, il c.d. «bando-tipo» previsto dalla normativa vigente, era riuscito ad evitare che la stazione appaltante potesse aggiungere requisiti ulteriori dell'operatore a garanzia di un «presunto» interesse pubblico, ma, siffatto contesto, tende oggi ad accentuarsi ulteriormente con la previsione di iscrizioni alle liste oggetto della presente indagine. Il che porta le imprese a non considerare appetibile il contratto con la pubblica amministrazione, oltre che per gli aspetti relativi ai pagamenti di cui da tempo si discute, anche per la mole di documenti che la sola partecipazione alla gara richiede all'operatore privato. In verità la via che da più parti veniva auspicata, era quella della semplificazione della fase di partecipazione ad una gara da parte delle imprese e della tassatività delle cause di esclusione, non certo di un aumento del profilo burocratico dei contratti pubblici, come invece, la previsione di una pluralità di liste, può dar luogo.

Il vero è che ciascuno degli attori, ovvero sia le Autorità amministrative indipendenti, sia le Prefetture, ritengono di essere i

«veri garanti» delle imprese che contraggono con la pubblica amministrazione. Il vero è che, (tralasciando l'esperienza della Regione Emilia Romagna che, come si dirà, risente di un contesto specifico) si ha la sensazione che, anche per la contestualità degli interventi, tutti i soggetti sopra citati non intendono perdere terreno nel quadro del tema in oggetto.

La criticità di questo sistema non deriva, ad avviso di chi scrive, dall'intervento *ex se* in un settore, come quello degli appalti pubblici particolarmente delicato (ed economicamente molto rilevante) ma dalla sovrapposizione degli interventi che in questi anni sono interposti a vario titolo nei contratti ad evidenza pubblica. Pertanto, poiché i meccanismi risultano particolarmente complessi, si dovranno analizzare le singole situazioni alla luce del diritto positivo, evidenziandone le criticità.

1. Problemi *de jure condito* e *de jure condendo* in tema di idoneità delle imprese nella contrattualistica pubblica. Prima di affrontare in modo specifico le singole liste di merito, pare opportuno inquadrare il tema della qualificazione degli operatori economici nell'ambito della contrattualistica pubblica che funge da parametro per verificare l'efficienza delle soluzioni che si sono intese adottare.

Occorre premettere che in materia di contratti ci si era avviati verso la creazione di un sistema di qualificazione delle imprese identico e/o equipollente per numero e tipologia, non solo all'interno del territorio nazionale, ma capace di coordinarsi con un sistema europeo, sotto la spinta dell'acquisita necessità volta al superamento del formalismo documentale per rapportarsi a criteri reputazionali dell'impresa. Inoltre, il tentativo non del tutto riuscito, era quello di sottrarre potere discrezionale alla singola stazione appaltante a favore di un sistema uniforme in merito ai requisiti dell'impresa chiamata a contrattare con l'amministrazione.

In questo modo si voleva, e si vuole, dare risposta ad una maggiore semplificazione della procedura di gara, come emerge dalla Proposta di Direttiva europea del 20.12.2011, lì dove nel considerando 33 si fa riferimento ad un sistema informatico *e-Certis*, il cui scopo è quello di facilitare lo scambio di certificati fra le amministrazioni aggiudicatrici a livello europeo¹.

L'utilizzo dell'*e-Certis*, nella prospettiva adottata in sede comunitaria, tende a diventare obbligatorio per tutti gli Stati membri sia pure fondandosi, in un primo momento, su base volontaria. Accanto a tale sistema va poi ricordato il sistema IMI, che nella Proposta di direttiva risulta essere la risposta alla necessità della cooperazione tra le stazioni appaltanti di tutti gli Stati membri. In definitiva, le due proposte rispondevano e rispondono al medesimo obiettivo: semplificare il procedimento di selezione delle imprese avvalendosi di una documentazione riferitasi alla qualità e ai requisiti propri dell'impresa certificata riconosciuta a livello europeo².

In tal modo ci si propone la realizzazione del c.d. «*passaporto europeo*» per gli appalti pubblici, redatto sulla base di criteri uniformi

¹ Nella Proposta di Direttiva si legge che la Commissione mette a disposizione e gestisce un sistema elettronico – *e-CERTIS* che viene aggiornato e verificato su base volontaria dalle Autorità nazionali. L'obiettivo è quello di favorire lo scambio di certificati e altri documenti probatori richiesti in genere dalle amministrazioni aggiudicatrici. Sul punto nelle relazioni proposte, si rileva come l'esperienza finora acquisita, non consenta di verificare se tale sistema possa semplificare e agevolare gli scambi di documentazione tra le stazioni appaltanti, soprattutto in relazione alle PMI. Da qui la necessità di prevederne il regime obbligatorio per un periodo di tempo salvo verifica dello strumento.

² Tramite la previsione di un documento standard che costituisce il mezzo di prova di assenza di motivi di esclusione dell'impresa dal contrarre con la pubblica amministrazione, si mira a facilitare per le imprese, la produzione effettiva delle prove documentali in sede di gara, anche attraverso una dematerializzazione dei documenti.

per tutti gli operatori economici europei, secondo quanto dispone la Proposta di Direttiva 20.12.2011³. Il passaporto europeo, inoltre, secondo le intenzioni del legislatore comunitario, deve essere ammesso da tutte le amministrazioni aggiudicatrici operanti nell'area dell'Unione, come prova del rispetto delle condizioni di partecipazione in esso previsto e non può essere contestato dalle singole amministrazioni, se non per giustificati motivi che vanno esplicitati in modo dettagliato⁴.

Va da sé che l'introduzione del «*passaporto europeo*» richieda necessari interventi legislativi uniformi in tutti gli Stati membri, posto che l'adozione dello stesso, se assunto in modo differente in ogni singolo Stato, potrebbe dar luogo ad applicazioni non conformi ai principi europei in merito alla libera prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento, contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Europa (TFUE) e già stabilito nella Direttiva 2006/123/CE.

³ Si osservi che il legislatore europeo, abilita la Commissione ad adottare atti delegati, al fine di modificare l'allegato XIII per motivi inerenti al progresso tecnologico, o per ragioni “*amministrative*”, sempre legate all'obiettivo primario della fluidificazione del procedimento di selezione della gara. Da ultimo non si può fare a meno di sottolineare come in merito al passaporto europeo, mentre tale proposta viene mantenuta dal Parlamento, oggi il Consiglio ha chiesto di togliere la previsione facendo salva la possibilità di utilizzo delle banche dati nazionali *ex art.* 57 della Proposta di direttiva 20.12.2011.

⁴ Nel caso di appalti pubblici di servizi o di forniture, le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, traccia: i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale, le ripercussioni sul clima, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (compresa l'accessibilità per i disabili) e la valutazione della conformità, la proprietà d'uso del prodotto, la sicurezza o le dimensioni, compresi i requisiti applicabili al prodotto quali la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione ad ogni stadio del ciclo di vita della fornitura o dei servizi, nonché le procedure di valutazione della conformità.

Proprio per ovviare a tali problematiche si è reputato di dover adottare certificati standardizzati così come previsto nell'art. 60 della Proposta di direttiva (20.12.2011) redatti con regole uniformi per tutti gli ordinamenti mediante applicazione informatica garantita da una revisione periodica degli stessi. In tal senso la Commissione con il Libro Verde sulla modernizzazione della politica della UE, ha messo in evidenza che l'aumento delle garanzie procedurali, per contrastare prassi commerciali scorrette a livello UE, tende a rendere le *procedure d'appalto meno vulnerabili alla corruzione ma più «pesanti»*; da qui si è evidenziato che l'introduzione di garanzie supplementari, comporta ulteriori oneri a carico dei committenti e delle imprese, talché si è auspicata la necessità di operare una ponderazione tra le garanzie rispetto all'impatto negativo che queste avrebbero sull'obiettivo finale di semplificazione delle procedure⁵.

Tutto ciò ha dato luogo ad un ampio dibattito inerente la necessità di non riconoscere all'amministrazione appaltante una libertà incondizionata nella scelta dei criteri di ammissione, pena lo stravolgimento della concorrenza a danno del mercato. Il problema che si pone concerne, da un lato, la capacità della stazione appaltante di gestire la gara, dall'altro alla uniforme applicazione delle *cause di esclusione* (comprehensive sia di quelle di inidoneità a contrarre, sia di

⁵ *La ratio* è quella desumibile dalla Proposta di direttiva europea del 20.12.2011, nella quale si sottolinea che per una modernizzazione del mercato degli appalti, è necessaria l'oggettivizzazione dei criteri espressi nel bando per l'individuazione delle offerte migliori; sotto il profilo qualità-prezzo, la domanda dell'amministrazione deve essere sempre rapportata all'oggetto del contratto, al quale, altresì, devono essere riferite le specifiche tecniche e tutto quanto richiesto per l'aggiudicazione dello stesso. Si rinvia a C. Pappagallo *Semplificare la semplificazione in La tela di Penelope. Primo rapporto ASTRID sulla semplificazione legislativa e burocrazia*. Il Mulino, Bologna, 2010, 85 ss.

mancanza di requisiti tecnici) previste a livello domestico dal Codice degli appalti e successive modificazioni⁶.

In risposta a tale esigenza nel nostro sistema si è pervenuti alla creazione di una serie di «liste» per le imprese, su base volontaria, volte ad attestare i requisiti generali, i requisiti professionali e le garanzie delle imprese che in esse si iscrivono o vengono iscritte. In questo modo assumono rilievo non solo i requisiti generali dell'impresa condizionanti l'accesso alla gara pubblica, ma anche altri requisiti che sovente hanno effetto escludente dalla iscrizione e che sono introdotti dalle liste stesse. Pertanto, le cause di esclusione vengono ad ampliarsi, fermo restando la distinzione tra le clausole di esclusione *ex art. 38* del Codice degli appalti e le altre cause di esclusione, che, venendo a precludere l'iscrizione in talune liste, si riverberano anch'esse sull'inidoneità dell'impresa a contrarre con l'amministrazione.

⁶ Da tempo anche l'Autorità di vigilanza, segnala la necessità di una riduzione delle stazioni appaltanti, al fine di accorpare la domanda pubblica e prevederne una gestione unica. L'Autorità non ha mancato di evidenziare l'importanza degli strumenti di aggregazione della committenza pubblica, qualificandoli alla stregua di un fenomeno fondamentale per offrire un supporto specialistico idoneo a consentire una *gestione* trasparente ed efficace delle procedure di gara, a valle della programmazione strategica dei bisogni e delle risorse, in vista della previsione del rischio di infiltrazioni illegali, nel pieno rispetto dei canoni di efficienza e di economicità. È, infatti, indicativo che l'Autorità, annoveri tra i suoi obiettivi quello dell'elaborazione di linee guida in relazione sia alle modalità di costituzione delle stazioni uniche appaltanti, ovvero delle centrali uniche di committenza, sia alla corretta redazione dei documenti di gara e alla gestione delle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, anche attraverso mirati piani di formazione. Si veda lo studio elaborato nel 2012 dal Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione Patroni Griffi *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione*, avente ad oggetto l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione.

In definitiva, la pluralità di liste oggi in atto, crea non solo problemi di sovrapposizione e di incertezza giuridica, ma non semplifica la procedura di selezione di gara, anzi, per alcuni versi, confonde il quadro giuridico di riferimento sui requisiti dell'impresa.

2. Gli elenchi delle imprese e il ruolo dell'Autorità di Vigilanza.

Prima di esaminare le nuove «*liste di imprese*», realizzate in quest'ultimo periodo, occorre partire dal ruolo che, proprio da ultimo è venuta ad assumere l'Autorità di vigilanza, sia nei confronti delle imprese, sia nei confronti delle stazioni appaltanti⁷. Com'è noto, nel quadro normativo nazionale, l'Autorità di vigilanza non solo funge da banca dati, ma essa stessa propone la realizzazione di liste di merito per le imprese o di *black list* per le stazioni appaltanti che non si adeguino a quanto previsto dalla legislazione in materia. In verità si sono venute ad implementare le informazioni che, per ciascuna impresa, vengono inviate presso l'osservatorio o nella banca dati nazionali dei contratti pubblici istituita presso l'Autorità *ex art. 62 bis*, d.lgs. n. 82/2005, nel quadro del Codice dell'amministrazione digitale. In questo contesto, è evidente l'opportunità di un pieno sfruttamento delle potenzialità della banca dati alla luce dell'art. 6-*bis*, d.lgs. n. 163/2006, introdotto dal d.l. n. 5/2011 (convertito dalla l. n. 35/2012) in forza del quale, a partire dal 1° gennaio 2013, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico organizzativo ed economico finanziario, richiesta alle imprese per la partecipazione alle procedure di gara, deve essere acquisita presso la banca dati.

⁷ L'Autorità è andata via via acquisendo sempre nuove competenze venendo a monitorare il ciclo degli appalti svolti in Italia sia a livello centrale sia a livello locale. In particolare non può sottovalutarsi il fatto che essa è chiamata a mettere a disposizione di tutti gli operatori del settore, gli strumenti per poter efficacemente compiere una gara nonché gestire le risorse e migliorare le ragioni di spese. L. Berarducci, *La banca dati nazionale sui contratti pubblici*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, 2012.

Pur tuttavia, anche in questo quadro apparentemente lineare, non mancano elementi di criticità. Un primo problema di coordinamento afferisce alle attribuzioni riconosciute all’Autorità, all’ISTAT e al MEF, in materia del costo dei lavori, servizi e forniture delle pubbliche amministrazioni, infatti, l’art. 7, c. 4, lett. c), del Codice dispone che l’osservatorio determini annualmente costi standardizzati, avvalendosi dei dati forniti dall’ISTAT; pur tuttavia, lo stesso art. 7 del Codice, al c. 5, prevede che al fine della determinazione dei costi l’ISTAT, avvalendosi ove necessario delle Camere di commercio, curi la rilevazione e l’elaborazione dei prezzi di mercato, assegnando altresì al MEF *ex c.* 6 del precitato articolo, un ruolo di impulso e coordinamento.

La disposizione in questione evidenzia in modo significativo, l’incrocio di competenze e funzioni tra ISTAT e Autorità di vigilanza, portando, come logica conseguenza, ad un intreccio, non sempre funzionale, per lo snellimento della procedura. Proprio in relazione al decreto del MEF in corso di emanazione, si auspica un ritorno «ad unità» del sistema, in quanto solo in tal modo può risultare efficace ed economico. Gli elementi diacronici sopra delineati, sono resi più evidenti per il fatto che in attesa del decreto legislativo che dovrebbe disciplinare gli atti da inviare all’Autorità di vigilanza, il MEF, attraverso la Ragioneria dello Stato, ha emanato il decreto del 26 febbraio 2013, che impone l’invio al Ministero di tutti i dati sulle opere pubbliche, o in corso di progettazione o in corso di realizzazione dal 21 febbraio 2012.

Ciò detto, occorre richiamare altre due competenze che nello scorso anno sono state attribuite all’Autorità e che rientrano a pieno nel più ampio sistema della BDNCP. Il primo dato è rappresentato dal decreto sulla *spending review* (d.l. 7 maggio 2012, n. 52) che ha disposto che l’Autorità pubblichi, sul proprio portale, tutti i dati e le comunicazioni delle stazioni appaltanti, con modalità che consentano la ricerca di informazioni relative all’amministrazione aggiudicatrice, all’operatore

economico, all'aggiudicatario e infine all'oggetto della fornitura. Si prevede quindi che, all'inizio dell'anno, la sezione del sito Avcp, venga arricchita da un nuovo strumento che dovrebbe costituire un veicolo di trasparenza, partecipazione e controllo per tutti i cittadini.

Una seconda novità è costituita dall'anagrafe delle stazioni appaltanti, rivista dall'art. 33-ter, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, che impone alle stesse di chiedere l'iscrizione all'Anagrafe unica, istituita presso la BDNCP; dall'obbligo di iscrizione e aggiornamento dei dati, derivano, in caso di inadempimento, la nullità degli atti adottati e la responsabilità amministrativa e contabile di funzionari preposti. Attraverso l'Anagrafe, viene quindi a rafforzarsi il ruolo di vigilanza e controllo dell'Avcp, soprattutto per ciò che attiene il monitoraggio della spesa generata dalla domanda pubblica. Si è rilevato a tal proposito che: «se infatti l'obbligo di acquisizione del CIG [...] ha permesso un ampliamento del controllo oggettivo su tutti i contratti stipulati, l'Anagrafe permetterà di rendere più sistematico e completo il controllo soggettivo sui centri di costo delle amministrazioni»⁸.

L'Autorità, infatti, proprio su questo versante, segnala quale fonte di disorganizzazione in materia, la eterogeneità delle stazioni appaltanti, ritenute non sempre in grado di garantire una corretta procedura di selezione degli aspiranti concorrenti⁹; talché proprio a tal fine, auspica

⁸ Relazione L. Berarducci, Consigliere Avcp, in *Convegno IGI rassegna normativa 2012, atto I*, in *La Banca dati nazionale sui contratti pubblici*, Intervento al Convegno organizzato da IGI in Roma, 31 gennaio 2013, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

⁹ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Camera dei Deputati, 4 luglio 2012, Roma, in www.avcp.it. La costituzione di un sistema più concentrato dei contratti pubblici diventerebbe così uno strumento, oltre che di semplificazione e di più efficace vigilanza, anche di creazione di un miglior profilo dell'esecutore e delle stesse stazioni appaltanti, orientando il sistema verso modalità di selezione dell'operatore non solo in ragione dei requisiti formali previsti dal

la valorizzazione della centralizzazione delle procedure di affidamento, venendosi a sollecitare l'immediata applicazione della c.d. *spending review*, nella parte in cui prevede che «i contratti stipulati in violazione dell'art. 26, comma 3, della l. 23 dicembre 1999, n. 488, ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionamento attraverso gli strumenti di acquisto, messi a disposizione da CONSIP S.p.A., sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità»¹⁰.

Nella relazione dell'Autorità, viene ipotizzata una catalogazione dei comportamenti delle diverse stazioni appaltanti, così da creare una «*black list*» nella quale verranno iscritte le amministrazioni committenti che risultino aver posto in essere comportamenti contrari a tali criteri; si prospetta, quindi l'ipotesi di una pubblicazione dell'elenco delle amministrazioni da parte dell'Autorità di vigilanza (o dell'Autorità anticorruzione) al fine di segnalare i casi in cui le gare

bando, ma anche in virtù del loro *curriculum* di “buon contraente” e buon esecutore, quindi di elementi di tipo reputazionale.

¹⁰ Nella relazione presentata dal Ministro per la pubblica amministrazione semplificazione (2011), *La corruzione in Italia per una politica di prevenzione, rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, si rileva che alla disposizione sopra richiamata, si collega la previsione in forza della quale le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuata dall'ISTAT, a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta, sono tenute ad approvvigionarsi di beni e servizi attraverso gli strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione dalla CONSIP S.p.A. e dalle Centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'art. 1, c. 455, l. 27 dicembre 2006, n. 296, relativamente a talune categorie merceologiche tra le quali energia elettrica, gas carburanti, telefonia fissa e mobile etc... Anche le modifiche apportate all'art. 33 c. 3 *bis* del d. lgs n. 163/2006, valorizzano ulteriormente l'aggregazione della committenza pubblica, ove consentano ai comuni, di effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici, gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

siano state annullate dal giudice amministrativo con sentenza passata in giudicato. Allo scopo di perseguire una maggiore efficienza nella selezione delle imprese, si prospetta l'acquisizione di diversi fattori integrati provenienti dalle amministrazioni; l'impianto avrebbe come obiettivo la previsione dell'iscrizione degli enti committenti in un apposito registro la cui tenuta potrebbe essere affidata, secondo la Commissione per lo studio e l'elaborazione delle proposte in tema di trasparenza, all'Autorità antitrust che, nella veste di organo imparziale, sarebbe in grado di assicurarne una corretta gestione. Per questo motivo, l'auspicata previsione della centralizzazione delle contrattazioni, avrebbe altresì il merito di rendere più semplice la «*standardizzazione*» dei bandi di gara, cogliendo l'obiettivo della semplificazione e della supplenza di una norma ricognitiva delle violazioni implicanti l'esclusione dalle gare, arginando, così, il fenomeno dei c.d. «*bandi fotocopia*». Questa previsione viene a focalizzare l'attenzione anche sul c.d. «*bando tipo*», che si può ritenere uno strumento valido per misurare la correttezza dell'attività delle stazioni appaltanti, avvalorato dalla previsione dell'obbligo di motivare le eventuali deroghe della *lex specialis* rispetto al prototipo predisposto dall'Autorità di vigilanza.

Più in generale, l'Autorità ha inteso incentivare la promozione del «*bando tipo*», quale documento di consultazione concernente i requisiti generali dell'impresa nonché i requisiti professionali, la tassatività delle cause di esclusione e il costo del lavoro, avendo riguardo alle novità apportate dal Decreto sviluppo. A ben vedere, il ruolo di rilievo per l'Organo di vigilanza, pare incanalarsi nel quadro tracciato dalla Proposta di direttiva europea sugli appalti pubblici del 20 dicembre 2011 [COM(2011) 896 def.]¹¹. In tal senso,

¹¹ Ci sia consentito il rinvio al nostro volume G. Marchianò, *Modernizzazione del mercato degli appalti pubblici nella Proposta di direttiva comunitaria (COM (2011) 896 del 20.12.2011)*, CEDAM, Padova, 2012, 60, 61. «*Si osservi però come, a seguito della modifica intervenuta con il Decreto Sviluppo (entrato in vigore il 14*

nell'articolato della suddetta Proposta, al cinquantesimo considerando, si prevede che «... *gli Stati membri dovrebbero designare un'unica Autorità nazionale incaricata del monitoraggio, dell'attuazione e della vigilanza in materia di appalti pubblici. Tale organismo centrale dovrebbe ricevere informazioni di prima mano e tempestive, con particolare riguardo ai diversi problemi che incidono sull'esecuzione della legislazione in materia di appalti pubblici*»¹².

Ad avviso di chi scrive risulta necessaria e opportuna, come detto, una ricomposizione del sistema: l'Autorità di vigilanza, avendo già intrinsecamente un ruolo fondamentale per l'istituzione della banca dati, può facilmente garantire la creazione di un repertorio comune che consentirebbe di trasformare i dati statistici raccolti presso Ministeri, Regioni, Stazioni appaltanti e Imprese, in un sistema di dati

maggio 2011, ripreso sostanzialmente nella legge di conversione n. 106/2011), l'art. 38 del Codice è stato modificato, con l'obiettivo di evitare «apodittici» rigorismi in merito al procedimento automatico di esclusione da una gara, qualora l'impresa venisse a trovarsi in una delle c.d. cause ostative a contrarre». La risoluzione del Parlamento europeo del 25.10.2011 assunta, come detto, nel quadro dell'avvio alla modernizzazione degli appalti pubblici, ribadisce che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di tener conto anche dell'esperienza pregressa dell'impresa e questo profilo risulta rilevante per il nostro sistema in quanto l'esecuzione della commessa rimane all'ombra rispetto ai problemi derivanti dalla procedura di selezione.

¹² Prosegue il considerando «... *Esso- l'Autorità - dovrebbe essere in grado di fornire un riscontro immediato sul funzionamento della politica, sulle carenze potenziali nella legislazione e nelle prassi nazionali, contribuire ad una rapida individuazione delle soluzioni. Al fine di combattere efficacemente la corruzione e le frodi, il suddetto organismo centrale e il pubblico, dovrebbero avere la possibilità di ispezionare i testi dei contratti conclusi*». Si osservi come anche sotto questo profilo l'esigenza avvertita e segnalata a livello europeo, trovi riscontro nell'ordinamento nazionale lì dove, nel settore dei lavori pubblici, ci si propone l'introduzione della c.d. «*patente obbligatoria*» che dovrebbe costituire, nelle intenzioni dei proponenti, elemento preferenziale per l'aggiudicazione degli appalti e dei subappalti. S. D'Alessio, *Edilizia, arriva la patente a punti*, in *Italia Oggi* 28.10.2011.

gestionali validi in ragione della possibilità di poterli incrociare tra loro, al fine di promuovere strategie concertate di vigilanza e di controllo. Peraltro, il nuovo art. 6-*bis* del Codice dei contratti, introdotto dal d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, prevede che i soggetti pubblici e privati, detentori di dati o documenti relativi ai requisiti di carattere generale, tecnico, organizzativo ed economico- finanziario per la partecipazione alle gare d'appalto, siano tenuti a metterli a disposizione dell'Autorità.

In base alla nuova disciplina le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori, verificheranno il possesso dei requisiti di carattere generale esclusivamente tramite la BDNCP presso l'Autorità¹³. Si viene così a dare vita all'*Authority Virtual Company Passport (Avepass)*, che avrebbe l'obiettivo di consentire ai soggetti coinvolti a diverso titolo, nelle procedure di gare pubbliche, di integrare e scambiare le informazioni necessarie in tempi ridotti.

Rispetto al processo tradizionale, che prevedeva attività di richiesta e ricezione di documenti cartacei a soggetti diversi e sovente in modo reiterato, la procedura sopra descritta avrebbe il merito di ottenere la disponibilità presso la banca dati di documenti elettronici utili per la comprova dei requisiti di carattere generale dell'impresa; pertanto, le stazioni appaltanti, attraverso la semplificazione nel processo di reperimento della documentazione, potrebbero ridurre le tempistiche per le verifiche dei requisiti previsti dalla legge. D'altro canto è evidente che gli operatori economici, attraverso l'adozione di tale sistema, verrebbero a subire minori oneri amministrativi per operare nel mercato degli appalti pubblici, in quanto, tutti i dati già in possesso

¹³ È significativa, sotto questo profilo, la delibera emanata dall'Autorità n. 111 del 20 dicembre 2012, che indica i dati concernenti la partecipazione alle gare in relazione alle quali è d'obbligo l'utilizzo della banca dati, nonché i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati costituiti.

delle pubbliche amministrazioni saranno raccolti, per ognuno di essi e relativamente ad ogni specifica gara, direttamente dall'Avcp, e posti a disposizione di ciascuna stazione appaltante.

Gli enti certificatori, d'altro canto, avranno così il vantaggio di inviare dati e documenti di competenza, ad un unico interlocutore, l'Avcp, che dovrebbe garantirne la tempestiva e corretta trasmissione alle stazioni appaltanti. Pertanto la *ratio* dell'art. 6-bis, d.lgs. n. 163/2006, è riconducibile ancora una volta alla riconosciuta necessità di ridurre gli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi che le imprese devono sostenere per accedere alla domanda pubblica. Si tratta, quindi, di poter reperire nella banca dati tutti i requisiti generali, professionali nonché le garanzie che l'impresa deve possedere per poter contrattare con l'amministrazione.

Il sistema sembra la strada maestra per contribuire all'avvio della diffusione dell'*e-procurement* e al processo di digitalizzazione delle comunicazioni tra i vari soggetti pubblici o privati operanti nel mercato, così come auspicato nella Proposta di direttiva europea del 20.12.2011.

Con l'ausilio fornito dalla banca dati, si verrebbe infatti a creare un profilo generale dell'operatore economico che contrae con l'amministrazione, alla cui definizione concorrono anche elementi non tradizionali, quale l'attestazione della stazione appaltante della qualifica di «*buon contraente*». Per questa via si va al di là dei meri requisiti generali e professionali, venendo a rilevare anche come si sia svolto il contratto visto dalla parte dell'amministrazione. Questa era, peraltro, la strada desumibile dal Libro Verde del 2011 nel quale l'Unione prevedeva che il sistema di qualificazione delle imprese, dovesse integrarsi coi c.d. «*parametri reputazionali oggettivi*», basati sul comportamento tenuto dai privati, durante la fase dell'esecuzione del contratto. Si ritiene che in tal modo, e non può non essere diversamente, si verrebbe a valorizzare il patrimonio informativo delle

stazioni appaltanti, che dispongono di dati sulla condotta imprenditoriale degli operatori e sulla loro reputazione.

Si osservi altresì che secondo l'Avcp, concorrerebbero a formare i c.d. «*criteri reputazionali dell'impresa*», non solo il generico apprezzamento da parte delle amministrazioni del risultato finale conseguito, ma anche i costi e i tempi di realizzazione dell'opera o della gestione del servizio¹⁴. Pertanto, l'Autorità che a tutto tondo detiene documenti idonei per garantire al privato di contrarre con la pubblica amministrazione, è l'Autorità di vigilanza, che già di per sé copre tutti i profili relativi alla vita delle imprese; le altre liste a ben vedere, si sovrappongono a specifici aspetti dei poteri già in capo alla stessa, venendo a creare un sistema non certo di snellimento del procedimento di selezione delle imprese.

In questa prospettiva merita di essere sottolineato il fatto che siano in corso di perfezionamento protocolli con tutti gli enti e i soggetti in possesso della capacità di certificazione, quali Infocamere, INPS, INAIL, Inercassa, Accredia, Ministero degli interni e di giustizia, per avere, in tempo reale, l'intera documentazione relativa al contraente (visura del registro delle imprese, certificato del casellario giudiziale,

¹⁴ Risulta opportuno rilevare però come la Corte dei Conti nel parere/osservazioni sul Libro Verde presentato dalla Commissione europea, segnala la preoccupazione di non introdurre nuove regole per l'accesso alle gare, poiché così facendo, la procedura viene sicuramente a complicarsi. Il vero è che nella stessa Proposta di direttiva europea del 2011, l'Unione dichiara di voler mantenere la disciplina procedurale già in vigore negli Stati membri e frutto dell'applicazione delle precedenti Direttive (Direttive 2004/17 CEE e 2004/18 CEE) ponendosi in un'ottica di migliorare la funzionalità degli appalti a costo zero e senza modificarne l'impianto strutturale. Sia consentito rinviare al volume G. Marchianò *Modernizzazione del mercato degli appalti pubblici nella Proposta di direttiva comunitaria (COM (2011) 896 del 20.12.2011)* Collana Dipartimento di discipline giuridiche dell'economia e dell'azienda, CEDAM; Padova, 2012.

certificato di regolarità contributiva, DURC, antimafia) ma anche gli altri requisiti di cui si diceva in precedenza.

L'Autorità può diventare una sorta di «gateway» ovvero di filtro tra le stazioni appaltanti e le diverse amministrazioni pubbliche, rappresentandone il vero anello di congiunzione¹⁵. Tant'è che il compito della Avcp è stato ampliato attraverso la legge del 6 novembre 2012 n. 190 c.d. «anticorruzione», a riconferma della funzione assunta in questi anni dall'Autorità¹⁶. La legge prevede, infatti, un contenuto minimo di pubblicità sui siti istituzionali delle stazioni appaltanti relativamente all'oggetto del bando, all'elenco degli operatori invitati a presentare le offerte, all'aggiudicatario, all'importo dell'aggiudicazione, ai tempi del completamento dell'opera, servizio, fornitura¹⁷. Spetterà all'Avcp pubblicare le informazioni obbligatoriamente ricevute sul proprio sito web all'interno di una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogati in base alla tipologia di stazioni appaltanti e per regioni.

Coerentemente, l'elenco delle amministrazioni inadempienti è trasmesso dall'Avcp alla Corte dei Conti entro il 30 aprile di ogni anno ed in ogni caso l'inadempimento comporta, a carico della stazione appaltante, l'irrogazione di una sanzione per la mancata ottemperanza alla richiesta dei dati ed informazioni formulata dall'Avcp.

¹⁵ L. Berarducci, *op. cit.*, 37. In tema più generale, si rinvia a L. Giampaolini, *Il codice degli appalti e il sistema di qualificazione*, in Riv. Trim. App., 2009, 305 ss.

¹⁶ Si veda l'intervento di S. Pasqua *Il responsabile della prevenzione e gli attori istituzionali nella legge n. 190/2012*, presentato al Convegno organizzato da IGI in Roma, 28 febbraio 2013, in www.osservatorioappalti.unitn.it

¹⁷ Si veda attualmente quanto disposto dal DPCM 26 aprile 2011 relativo alla pubblicazione degli atti e provvedimenti concernenti procedura ad evidenza pubblica o di bilanci adottata ai sensi dell'art. 32 della legge n. 69 del 2009.

La mancata o incompleta pubblicazione, da parte delle amministrazioni delle informazioni sopra elencate, costituisce violazione degli standard quantitativi ed economici ai sensi dell'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 198/2009, oltre ad integrare, in capo al soggetto inadempiente, gli estremi per una responsabilità dirigenziale. Pur tuttavia occorre osservare che mentre non è stato varato definitivamente il provvedimento che impone all'amministrazione di pubblicare sul web e di inviare all'Autorità di vigilanza l'elenco sui lavori pubblici in corso di realizzazione, in Gazzetta Ufficiale del 26.2.2013 la Ragioneria dello Stato ha previsto l'invio da parte delle amministrazioni, di tutti i dati sulle opere pubbliche in corso di progettazione o realizzazione al 21.2.2012. Anche questo rappresenta un esempio emblematico della sovrapposizione delle c.d.«banche dati o elenchi».

Un discorso a parte meritano altresì i c.d. «protocolli di legalità o patti di integrità», previsti dalla Direttiva del Ministero degli interni del 23 giugno 2010, volti a sancire un comune impegno di legalità e di trasparenza nell'esecuzione della commessa da parte dei contraenti, in particolare per la prevenzione, il controllo ed il contrasto di tentativi di infiltrazioni mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro.

In via generale si osservi che, attraverso l'adozione dei protocolli, le amministrazioni assumono di regola l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quali condizioni per la partecipazione alla procedura selettiva, l'accettazione preventiva di determinate clausole che rispecchino le finalità di cui contenute nei protocolli.

Ora, sul punto è intervenuta l'Avcp la quale ritiene che la previsione dell'accettazione dei protocolli di legalità possa dar luogo a cause di esclusione dalla gara anche in un quadro di tassatività delle clausole di esclusione previste dalla legge, in quanto, tali sistemi sono volti alla tutela di interessi di rango sovraordinati e gli obblighi assunti

discendono dall'applicazione di norme imperative di ordine pubblico, con particolare riferimento, alla prevenzione e al contrasto con la criminalità organizzata¹⁸. Così, mediante l'accettazione delle clausole contenute nei protocolli di legalità, l'impresa concorrente accetta regole che rafforzano «*comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale oltre alle conseguenze comuni a tutte le procedure concorsuali della estromissione dalla gara*»¹⁹. Si tratta quindi di un onere consistente nella sottoscrizione per adesione alle regole contenute nel Patto di integrità, previsto dalla legge, conforme ai principi già considerati dall'Ordinamento e assistito da responsabilità patrimoniale, come la stessa Autorità, ha sottolineato.

In definitiva, il quadro sopra delineato conferma che l'Autorità di vigilanza detiene tutti gli elementi volti ad accertare l'idoneità dell'impresa, sotto vari profili, non solo riferiti ai requisiti soggettivi ed oggettivi dell'operatore economico, ma altresì in relazione al comportamento dell'impresa e a tutti gli altri requisiti che via via sono stati introdotti o modificati, come ad esempio le clausole contenute nei protocolli di intesa, o le modalità di esecuzione del contratto.

A parere di chi scrive non si tratta quindi di creare nuovi strumenti di verifica, ma di portare ad effettività le previsioni già esistenti nella materia in esame. L'Autorità di vigilanza copre l'intero accertamento dell'impresa, inteso anche in senso dinamico oltre che documentale, di dati che incrociandosi fra loro, possono dare una più aderente visione

¹⁸ Si rinvia alla determinazione assunta dall'Avcp del 10 ottobre 2012 n. 4, recante «*bando tipo*» e i rilievi proposti da S. Foà' *Le novità della legge anticorruzione in Urbanistica e Appalti* n. 3/2013, 301 ss.

¹⁹ S. Foà' *op. loc. cit.* In tale quadro rientra anche l'escussione della cauzione provvisoria che vale ad identificare e quantificare fin dall'origine, la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara, conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del patto di integrità.

relativa alla tipologia del privato con cui si viene a contatto. Col ch  si ritiene che l'Autorit , ove i meccanismi previsti vengano utilizzati in modo corretto -ed   questa la vera criticit  del sistema- sia il vero interlocutore o quanto meno l'interlocutore principe tra operatore economico e stazione appaltante, senza bisogno che si sovrappongano ad essa altri soggetti. Il punto di snodo   far funzionare i meccanismi previsti che gi  di per s  non sono fluidi, ma che lo diventano ancor meno ove si sovrappongano altri soggetti, detentori di ulteriori liste.

2.1. Il *rating* delle imprese adottato dall'Autorit  antitrust. Con l'obiettivo di introdurre regole etiche nelle imprese,   stato adottato, peraltro attraverso il modello di una consultazione pubblica, uno specifico elenco da parte dell'Autorit  antitrust, in ossequio al disposto contenuto nell'art. 5-ter, d.l. n. 1/2012, ora l. n. 29/2012. L'antitrust ha previsto la realizzazione di un elenco fondato su base volontaria e della cui iscrizione si terr  conto in sede di concessioni di finanziamento da parte delle pubbliche amministrazioni, nonch  di accesso al credito presso gli istituti bancari²⁰.

L'iscrizione a tale elenco, diversamente dagli altri elenchi di cui si dir  anche in seguito, si contraddistingue per il rilievo dato al profilo finanziario e di solvibilit  dell'impresa.

Dal Regolamento di attuazione, si evince che potranno richiedere all'Autorit  antitrust il *rating*, quelle imprese che abbiano raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio dell'anno precedente a quello della richiesta e che siano iscritte nel Registro delle imprese, almeno da due anni. Sotto questo profilo il meccanismo di attribuzione del *rating*, ha un carattere generale, ovvero fa

²⁰ Si veda R. Chieppa, *Il rating di legalit  delle imprese*, intervento al Convegno organizzato dal IGI in Roma, 31 gennaio 2013, cos  come riportato in www.osservatorioappalti.unitn.it.

riferimento a tutte le società, comprese non solo le piccole medie imprese, bensì anche quelle di micro-dimensione²¹.

Secondo il Regolamento in esame, possono richiedere l'iscrizione all'elenco, tutte le imprese qualunque sia l'attività espletata, lì dove, al contrario, sia le *liste di merito* che le liste afferenti alla normativa antimafia, fanno riferimento, la prima, a tutto il ciclo di produzione per le imprese edili, l'altra in particolare, sorveglia alcune imprese quali quelle che esplicano il subappalto o che svolgono un'attività di escavazione ovvero quelle attività individuate dall'art. 1 comma 53, l. 190/2012, che si considerano particolarmente sensibili alle infiltrazioni mafiose.

I requisiti soggettivi per ottenere l'iscrizione al rating dell'impresa, sono che essa operi su territorio nazionale e, come detto, sia iscritta al Registro delle imprese almeno da due anni, e che possieda alcuni requisiti imprescindibili, quali il fatto che non sia stata avviata nei confronti dei legali rappresentanti, dei direttori generali e dei direttori tecnici ecc ..., procedura di condanna per reati tributari o di mafia, senza, peraltro, che vi sia necessità di una sentenza passata in giudicato. Requisiti ulteriori sono quelli di non essere incorsa in

²¹ Sul punto si rinvia all'art. 5, l. 11 novembre 2011, n. 180, ove si rimanda alla raccomandazione della Commissione europea 2003/361/Ce per la definizione di micro, piccole e medie imprese. Ai sensi dell'art. 2 della raccomandazione, la categoria delle microimprese, delle piccole imprese e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro. Nella categoria delle PMI si definisce piccola impresa un'impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro. Si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro. Sul contesto normativo di riferimento, M.A. Stefanelli, *Il riconoscimento normativo delle piccole e medie imprese: regole e realtà produttiva*, Padova, Cedam, 2001.

sentenza di condanna per illeciti antitrust gravi, per mancato rispetto delle norme a tutela della salute e della sicurezza dei luoghi di lavoro, per violazione degli obblighi retributivi, contributivi, assicurativi e fiscali nei confronti dei propri dipendenti e collaboratori²².

L'impresa, inoltre, non dovrà aver subito accertamenti di maggior reddito imponibile, né aver ricevuto provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici, per i quali non abbia assolto agli obblighi di restituzione.

Tutti questi ultimi provvedimenti sopra richiamati comportano la non attribuzione di una «*stellina*» da parte dell'Autorità, ma devono essere inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato.

Dal Regolamento si impone inoltre che l'impresa dovrà dichiarare di attenersi alla tracciabilità dei suoi pagamenti anche oltre i limiti di legge. Per ogni requisito soddisfatto, l'antitrust attribuisce un punteggio che consiste in un (+) o in una (*) fino al massimo di tre «*stellette*». Ai fini della presente indagine, merita di essere segnalato il disposto contenuto nel comma 3 del precitato art. 2, ove testualmente si legge: «Il *rating* di legalità non potrà essere rilasciato alle imprese destinatarie di comunicazioni o informazioni antimafia interdittive in corso di validità». Proprio da questa previsione, che rappresenta l'esempio più palese, è indubitabile che per alcuni aspetti, il *rating* impatti e si sovrapponga ad altre iniziative per la creazione di liste che dovrebbero garantire la serietà delle imprese, ma che in realtà aggravano il profilo burocratico della partecipazione alla domanda pubblica da parte degli imprenditori.

E' evidente la sovrapposizione del *rating* con le c.d. «*white list*», infatti l'impresa per ottenere il *rating* da parte dell'Autorità, deve dimostrare di essere in regola con l'antimafia, requisito, questo,

²² In generale si rinvia a R. Mangani *Le white list* in www.giustamm.it 2013

comune a tutte le liste; sicché proprio l'antimafia viene ad evidenziare la necessità di un coordinamento al fine di evitare un mero aggravio procedurale sia per le imprese, sia per le amministrazioni prefettizie o per le stesse Autorità che detengono le liste delle imprese.

Il vero è che la previsione del rating delle imprese, stante la specificità dell'obiettivo che intende cogliere, apre la strada ad una pluralità di liste per ogni profilo che rileva nella «vita» della contrattualistica pubblica, venendo così a moltiplicarsi non solo le Autorità detentrici delle c.d. liste, ma la previsione delle stesse, lì dove, al contrario, solo un'Autorità dovrebbe detenere tutta la documentazione, i requisiti e quanto rileva perché un'impresa possa accedere alla domanda pubblica.

Se è vero, com'è vero, che lo strumento del rating delle imprese mira a privilegiare l'impresa sotto il profilo dell'accesso al finanziamento pubblico o al finanziamento da parte degli istituti creditizi, è altrettanto vero che diventa soprattutto per quest'ultimo, una ripetizione di quanto previsto nell'art. 41, c. 1, lettera a) del Codice dei contratti, il quale, com'è noto, fa riferimento alla situazione di solidità economica dell'impresa accertata proprio da un istituto di credito.

Il primo problema che si pone ad una lettura anche superficiale del Regolamento sul rating delle imprese, è l'emergere di una duplicazione di altri strumenti che invece di approdare ad una semplificazione dell'azione amministrativa, soprattutto in materia di contratti ed evidenza pubblica, tende a complicare, cioè la moltiplicazione equivale a complicazione del sistema. A nulla rileva che il rating delle imprese non sia elemento di esclusione dalla gara; pur tuttavia è evidente che le imprese mireranno ad ottenere la corsia preferenziale per l'accesso al credito.

La sovrapposizione del sistema in esame, si desume anche dai documenti che l'impresa deve presentare per ottenere il c.d. rating: come per le altre liste, vengono richiamati il DURC, il rispetto delle norme a tutela della sicurezza e la salute dei lavoratori, nonché gli obblighi contributivi, terreno questo, comune in tutte le liste.

Nel caso di specie la tesi di una sovrapposizione con altre liste trova conferma anche nella previsione che il punteggio base sarà *incrementato* secondo quanto dispone l'art. 3, c. 2, del Regolamento di attuazione, qualora l'impresa si impegni a:

- rispettare i contenuti del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'interno e da Confindustria, nonché rispettare i Protocolli sottoscritti a livello locale con le Prefetture e con le Associazioni di categoria;
- utilizzare sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge;
- adottare, anche in outsourcing, una struttura organizzativa che espleti il controllo di conformità delle attività aziendali o un modello organizzativo ai sensi del d.l. 8.6. 2011, n. 231;
- adottare processi volti a garantire forme di *Corporate Social Responsibility*;
- essere iscritte in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa (*white list*).

La previsione di questi incentivi, fa desumere che le imprese che chiedono il rating da parte delle Autorità antitrust, devono possedere i requisiti antimafia, ma non devono essere obbligatoriamente iscritte alle *white list* prefettizie, poiché dall'interpretazione letterale del Regolamento, si evince che l'iscrizione alle *white list* non è di per sé preclusiva all'iscrizione all'elenco dell'Autorità antitrust, bensì dà luogo solo ad un incremento di punteggio.

Se l'impresa che chiede l'iscrizione all'elenco antitrust è anche giudicata favorevolmente dalla Prefettura, ha diritto ad un incremento di punti; ma se l'impresa manca dell'iscrizione in *white list*, ad essa non verrà attribuito l'incremento del punteggio previsto nel Regolamento adottato. Oltre alla sovrapposizione più rilevante delle varie liste in tema di antimafia, la stessa è attestata da quanto disposto nel Regolamento ove, a norma dell'art. 7, l'impresa a cui è stato attribuito il rating è tenuta a comunicare all'Autorità, ogni variazione dei dati riportati nei propri certificati camerali; questo, in verità, rappresenta un onere imposto all'impresa sia dal rating delle imprese sia dalle *white list* nonché dalle c.d. «*liste di merito*» come si vedrà successivamente.

In conclusione, se il *rating* ha l'obiettivo di garantire all'operatore economico l'accesso a finanziamenti bancari da parte di un'impresa, e' di tutta evidenza che l'indagine condotta sulla stessa, implichi un'indagine sulla mancanza di infiltrazioni mafiose che notoriamente si manifestano nell'abito patrimoniale della società. D'altro canto, il Regolamento non spiega quali siano i criteri in base ai quali l'istituto creditizio garantisca una corsia preferenziale alle imprese che abbiano acquisito il *rating*, ed è questo, forse, l'anello più debole dell'impianto regolamentare; si prevede, infatti, l'emanazione di un ulteriore Regolamento per dare concretezza ed efficacia all'elenco in esame²³.

Bisogna riconoscere che, nel settore in oggetto a parere di chi scrive, il ruolo che l'Antitrust ha avuto nella contrattualistica pubblica è stato molto incisivo per i suoi interventi a favore della concorrenza, sia su un piano nazionale, con particolare riferimento alle intese restrittive della stessa, sia richiamandosi sovente al rispetto delle disposizioni

²³ Si osservi infine che il possesso dei requisiti richiesti per l'attribuzione del rating, avviene mediante autocertificazione da parte del legale rappresentante dell'impresa ed è verificato a campione dall'Autorità, venendosi così a ricalcare modelli e procedure già note che non hanno dato luogo ad esperienze particolarmente positive.

contenute negli articoli 101 e 102 del TUE. Non va infatti dimenticato come proprio in questi ultimi anni in materia contrattuale è più volte intervenuta l'Autorità garante della concorrenza del mercato, che da un ruolo di collaborazione, segnalazione, pareri, proposte è passata ad una funzione di supervisione con l'attribuzione del potere di impugnare gli atti amministrativi anticoncorrenziali delle Autorità pubbliche, anche in materia contrattuale. Sarebbe forse opportuno che l'Antitrust continuasse a muoversi su questa linea che ha portato risultati incisivi e più consoni al suo ruolo.

2.2. Le *White list* istituite presso le Prefetture con particolare riferimento all'esperienza maturata nelle zone sismiche. Un secondo tipo di liste sono quelle riguardanti l'antimafia previste dall'art. 4, lett. g), c. 13, d.l. n. 70/2011: presso ogni Prefettura è istituito un elenco fornitori e prestatori di servizio non soggetti a rischio mafioso, ai quali possono rivolgersi gli esecutori dei lavori, servizi e forniture, per la scelta dei sub appaltatori e sub contraenti²⁴. Tale previsione va inquadrata nelle recenti modifiche apportate al c.d. «*Codice antimafia*» in base al quale sono stati novellati gli artt. 84 e 85, d.l. n. 156/2011²⁵, ove si dispone che la documentazione antimafia

²⁴ Il legislatore preannuncia l'emanazione di un d.P.C.M. che definirà le modalità dell'istituzione e l'aggiornamento dei suddetti elenchi. Si veda G. D'Angelo, *La documentazione antimafia nel d.lgs. 6 settembre 2011 n. 156: profili critici*, in *Urb. app.*, 2013, 266 ss.

²⁵ L'art. 116, c. 4, d.lgs. n. 159/2011, dispone che alla data di entrata in vigore delle disposizioni contenute nel Libro secondo, Capi I, II, III e IV, così come richiamati nel d.l. 6 settembre 1982, n. 629, convertito con modificazioni, l. 12 ottobre 1982, n. 726, 4 e 5-bis, d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490, nonché quelli alle disposizioni contenute nel d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, e nel d.P.R. 2 agosto 2010, n. 150, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel presente decreto legge. Si tenga altresì conto del d.l. 15 novembre 2012, n. 218, il cui art. 2 rappresenta il primo correttivo del Codice antimafia, venendo ad intervenire sull'art. 84 dello stesso Codice e contemplando tra i casi dai quali si può desumere l'insussistenza di eventuali infiltrazioni mafiose, quella che riconnette significatività al fatto che

sia costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia²⁶.

In via di prima approssimazione occorre rammentare che i suddetti elenchi sono stati previsti dall'art. 52, c. 1, l. n. 190/2012 anticorruzione, accanto ai c.d. «*Protocolli di legalità*» in tema di antimafia; si tratta di disposizioni che intendono agevolare i soggetti aggiudicatari nella scelta degli operatori economici cui assegnare i contratti collocandosi, in tal modo, nell'alveolo di una serie di iniziative tese a premiare le *imprese virtuose*.

Se sinteticamente queste sono le linee portanti delle disposizioni in materia -tema che richiederebbe un'indagine autonoma per riportare a sistema l'intera disciplina- ciò che in questa sede rileva, afferisce alla

l'impresa abbia tenuto un comportamento omertoso non denunciando i reati di concussione e di estorsione di cui sia rimasta vittima.

²⁶ Le note relative alla prevenzione della delinquenza di stampo mafioso e alla comunicazione di informazioni antimafia, non sono più contenute nel Codice dei contratti, ma devono essere ricercate nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, Codice della leggi antimafie e delle misure di prevenzione, nonché nelle nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli artt. 1 e 2, l. 13 agosto 2010, n. 136. Per ciò che attiene specificamente la contrattualistica pubblica occorre tener presente - che la l. 31 maggio 1965 è stata abrogata dall'art. 120, d.lgs. n. 159/2011; che della l. 13 settembre 1982, n. 646, permangono in vigore gli artt. 21 e 22 in ordine al subappalto e alla custodia del cantiere; - che è applicabile il d.lgs. 8 marzo 1984, n. 490, in materia di comunicazione e informazione antimafia; - che il d.P.R. 2 agosto 1910, n. 150, attiene le norme relative al rilascio di informazioni antimafia a seguito di accessi e accertamenti nei cantieri. Tuttavia occorre precisare che sia il d.lgs. 8 agosto 1984, n. 940, sia il d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, nonché il d.P.R. 2 agosto 2010, n. 150, sono destinati ad essere abrogati in quanto l'art. 120, c. 2, d.lgs. n. 159/2011 ne prevede espressamente l'abrogazione a decorrere dalla data di entrata in vigore delle disposizioni del Libro secondo, capi I, II, III e IV del medesimo d.lgs. n. 159/2011, le quali entrano in vigore decorsi 24 mesi dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del Regolamento, ovvero quanto più di uno, dall'ultimo dei regolamenti di cui all'art. 99, c. 1.

previsione delle c.d. *white list* prefettizie immediatamente in vigore nel processo di ricostruzione delle località interessate dal sisma che ha investito l'Emilia Romagna.

Occorre rammentare che il d.l. 6 giugno 2012, n. 74, convertito con modifiche dalla l. 1° agosto 2012, n. 122, prevede l'adozione di un delicato meccanismo per la prevenzione dell'ingerenza della criminalità organizzata nella fase di rifacimento delle zone colpite. Così, in via di prima approssimazione, pare opportuno far riferimento proprio all'esperienza maturata in questi mesi di ricostruzione sismica in Emilia Romagna, onde verificare la tenuta delle c.d. *white list*. Per questa via occorre partire dal presupposto che i controlli antimafia devono svolgersi nei confronti degli operatori economici aggiudicatari di tutti gli appalti pubblici e nei confronti di tutti i soggetti appartenenti alla filiera delle imprese edili, sottoponendoli al regime dell'informazione antimafia ex d.l. 6 settembre 2011, n. 159; tale indagine si deve estendere ai subappalti e ai cottimi ecc... indipendentemente dall'oggetto, importo, durata e da qualsiasi condizione o modalità di esecuzione²⁷.

Mentre, in via generale l'iscrizione è facoltativa, devono invece obbligatoriamente iscriversi nei suddetti elenchi, tutte le imprese esercenti talune tipologie di attività che si identificano con quelle indicate nell'art. 5-*bis*, c. 2, d.l. n. 74/2012, secondo il quale, dette attività, potrebbero essere maggiormente esposte a rischio di infiltrazioni mafiose²⁸. I controlli, che nella fattispecie sopra

²⁷ Per una lettura critica dell'attuale normativa in materia antimafia, si rinvia a P. Carbone, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 12/ 2012, p. 137; V. Neri, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, in *Corr. merito*, 2010, 801 ss.; E. Leotti, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumento di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ Trattasi di attività relative a: a) trasporto di materiale a discarica per conto terzi; b) trasporto e smaltimento di rifiuti per conto terzi c) estrazione, fornitura e trasporto

richiamata, devono essere esercitati a norma del precitato art. 5 *bis*, sono applicabili non solo ai contratti pubblici e successivi subappalti e sub contratti che intercorrano tra le amministrazioni e gli operatori economici, ma a tutti gli interventi di ricostruzione che, quant'anche commissionati da privati, siano finanziati con contributi o altre provvidenze pubbliche²⁹.

La giurisprudenza ha messo in luce la tipologia di valutazione operata dal Prefetto, sottolineando come le informative siano fondate su valutazioni discrezionali non ancorate a presupposti tipicizzati, venendo a ritenere così che i tentativi di infiltrazione mafiosa, possano essere desunti anche da parametri non definiti normativamente³⁰.

Si prevede la necessità che gli accertamenti sulle imprese aggiudicatrici degli appalti pubblici, nonché sugli operatori economici della filiera, siano svolti nella forma più stringente della c.d. *informazione antimafia*, secondo il modello procedimentale già adottato nell'occasione della fase di emergenza dell'Abruzzo e

di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) autotrasporti per conto di terzi; h) guardiania dei cantieri.

²⁹ Sul punto si rinvia alla Deliberazione del Ministero dell'interno del 15 ottobre 2012, pubblicata in G.U. del 9.11.2012, ove al punto 4.4 dal titolo "*Elenco fornitori di prestatori di beni e servizi (white list)*", vengono precisati alcuni aspetti in merito all'intervento prefettizio.

³⁰ Tar Campania, Napoli, sez. I, 1° dicembre 2010, n. 26527; rileva altresì la giurisprudenza come l'informativa prefettizia si fonda su un quadro fattuale di elementi che pur non dovendo assurgere al livello di prova siano tali da far ragionevolmente ritenere l'esistenza di un rischio di infiltrazioni mafiose. La cautela antimafia, ha chiarito la giurisprudenza, si colloca come forma di massima anticipazione dell'azione di prevenzione a prescindere dal concreto accertamento in sede penale dei reati; infatti può essere fondata su fatti e vicende aventi un valore sintomatico ed indiziario. Si veda altresì Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2078; Cons. St., sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724; Cons. St., sez. VI, 26 febbraio 2008, n. 756.

previsto anche per la realizzazione dell'Expo 2015 di Milano, oltre che nell'esempio oggetto della presente indagine, nella ricostruzione post sismica di talune province dell'Emilia Romagna³¹.

Il citato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, prevede all'art. 3, c. 1, che negli elenchi possano iscriversi le imprese esercenti talune attività a rischio, nei cui confronti siano state effettuate le verifiche previste «*dalla vigente legislazione antimafia*».

Così, (all'art. 3, c. 2, d.P.C.M.) si precisa che le verifiche miranti ad accertare l'insussistenza delle condizioni ostative di cui all'art. 10, c. 7, lett. *a), b), c)*, d.P.R. n. 252/1998, siano eseguite dal Prefetto della Provincia in cui ha sede l'impresa interessata all'iscrizione. Sono quindi state costituite presso le Prefetture delle Province dell'area sismica, liste di imprese vagliate sotto il profilo dell'antimafia e tale iscrizione è disposta dal Prefetto che riceve l'istanza da parte dell'impresa, il quale esegue verifiche presso la Prefettura dove ha sede legale l'impresa richiedente³²; le risultanze acquisite, devono essere integralmente trasmesse alla Prefettura della zona dove l'impresa intende eseguire l'appalto. Concluso l'*iter* istruttorio la Prefettura potrà disporre l'iscrizione dell'operatore economico o, al

³¹ Si veda per tutti non solo l'art. 5 *bis* del d.l. n. 74/2012, ma anche le Linee Guida antimafia di cui all'art. 5 *bis*, comma 4, del decreto legge 6 giugno 2012, n. 74, convertito con modificazioni della legge 1° agosto 2012, n. 122, recante «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici che hanno interessato il territorio delle province di Bologna, Modena, Ferrara, Mantova, Reggio Emilia e Rovigo, il 20 e il 29 maggio 2012» (Deliberazione del Ministro dell'interno del 15 ottobre 2012).

³² Ne discende che negli elenchi che dovranno essere costituiti presso le Prefetture delle Province, possono anche iscriversi imprese che non hanno sede in nessuna delle citate province interessate dagli interventi di ricostruzione post terremoto.

contrario, qualora emergano situazioni particolari, disporre il rigetto dell'istanza *ex art. 4, c. 4, d.P.C.M. 18 ottobre 2011*³³.

Dell'avvenuta iscrizione o del rigetto, la Prefettura dovrà poi dare comunicazione, sia all'impresa interessata, sia alla Prefettura nella cui Provincia è ubicata la sede legale della stessa. Il punto critico del sistema così come delineato, attiene al fatto che *«l'analisi valutativa del Prefetto è -deve essere- tesa al bilanciamento tra la preminente tutela della sicurezza e la libera iniziativa economica: lo scopo è l'acquisizione di tutte quelle informazioni di cui le Autorità di sicurezza sono in possesso, per effettuare una completa ed adeguata istruttoria sulla possibilità di un condizionamento delle scelte dell'impresa»*³⁴.

Ciò che emerge è che l'istruttoria effettuata dal Prefetto è connotata da un'ampia discrezionalità, che poggia sull'analisi di fatti e di circostanze che emergono dall'attività investigativa demandata agli

³³ L'art. 4 del Decreto del Presidente dei Ministri, del 18 ottobre 2011, così recita: «1. Ai fini dell'iscrizione negli elenchi di cui all'art. 3, il titolare dell'impresa individuale ovvero il rappresentante legale della società presenta apposita istanza alla prefettura della provincia nel cui ambito intende operare, allegando copia del certificato d'iscrizione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura e specificando per quale ovvero per quali attività, nel caso di esercizio plurimo, richieda l'iscrizione; 2. Il prefetto che riceve l'istanza d'iscrizione, esperite con esito negativo le verifiche di cui all'articolo 3, comma 2, anche attivando il prefetto competente, se l'impresa abbia sede in altra provincia, dispone l'iscrizione di essa nell'elenco di cui all'articolo 3, comma 1, dandone contestuale comunicazione all'interessato, alle altre prefetture indicate nell'articolo 3, comma 1, e, ove l'impresa abbia sede in altra provincia, anche al prefetto territorialmente competente; 3. L'avvenuta iscrizione ha effetto anche riguardo agli altri elenchi di cui all'articolo 3, comma 1.; 4. Nel caso in cui, a seguito delle verifiche disposte emergano situazioni di controindicazione rispetto a quanto previsto dall'articolo 3, comma 2, il prefetto rigetta l'istanza d'iscrizione, effettuando contestualmente le comunicazioni di cui al comma 2».

³⁴ C. Fè, *Informativa prefettizia e sindacato della G.A.*, in *Corr. merito*, 2012, 843.

organi di Polizia. Il rapporto tra stazioni appaltanti (soggetti pubblici o imprese concessionarie) e le amministrazioni dell'interno (Prefetture) distingue tra informativa ricognitiva di cause interdittive (*ex art. 10, c. 7, lett. a) e b)*, d.P.R. n. 252/1998) e informative prefettizie discrezionali o accertative (*ex art. 10, c. 7, del precitato d.P.R.*).

L'art. 4, d.lgs. n. 490/1994 riteneva ammissibile la c.d. *informativa atipica*, non automaticamente interdittiva, ma fondata sull'accertamento di elementi che pur non denotando il pericolo di collegamenti tra l'impresa e la criminalità organizzata, non raggiungevano quella soglia di gravità prevista dalle altre tipologie. Ora, con l'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, viene opportunamente abrogato l'art. 1-*septies*, d.l. n. 629/1981, che prevedeva tale tipo di informativa.

Così, quando a seguito delle verifiche disposte dall'Autorità prefettizia della Provincia di appartenenza dell'impresa, emergano ipotesi di tentativi di infiltrazioni, le amministrazioni a cui sono fornite dette informazioni, non possono stipulare, approvare o autorizzare contratti né concessioni edili. Si tratta, evidentemente, di porsi sulla scia di quanto già sancito nell'art. 38, d.lgs. n. 163, ovvero di un ampliamento dei casi di divieto di contrattazione con le pubbliche amministrazioni, ma in verità si deve tener conto che la fattispecie in oggetto -salvo verifiche inconfutabili- ha una diversa prospettiva rispetto alla disposizione del Codice degli appalti. Infatti, si deve prendere atto che, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, la normativa antimafia privilegia una concezione della pericolosità in senso oggettivo, che prescinde dalla individuazione di responsabilità in senso penale; pertanto si è cercato di mettere in luce il rapporto di correlazione sulla base di un parametro valutativo, non di certezza, ma di qualificata probabilità, il

ché potrebbe creare problemi non di poco conto nei confronti degli operatori privati³⁵.

³⁵ Cfr. ordinanza Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2009, n. 510, in *Foro Amm.-CdS*, 2009, 297; L. Carbone, L. Lo Meo, *Accertamento probatorio ai fini dell'emanazione dell'informativa antimafia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 174 ss, nota a Cons. St. 10 dicembre 2009, n. 7777; F. Di Cristina, *L'informativa prefettizia quale presupposto alla revoca dell'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 50 nota Cons. St., sez. III, 19 settembre 2011. In via generale si rinvia a A. Bonanni, *La prima applicazione della causa di esclusione di cui alla lettera M-TER) dell'art. 38 del Codice*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, il quale fa riferimento all'ulteriore disposizione in materia nei confronti dei soggetti che non abbiano denunciato eventuali estorsioni e che quindi vengono a formare un nuovo caso di esclusione dalle gare pubbliche ex art. 38 c. 1 lett. m-ter del d.lgs 163/2006. Osserva l'Autore però: *Ci si permette di osservare, sul punto, che la disposizione recata dall'art. 38, c. 1. Lett. m-ter) del d.lgs 163/2006 solleva qualche profilo di perplessità ... Essa pretende, infatti, di irrogare una grave sanzione interdittiva, che determina pesanti ripercussioni sull'attività professionale dell'operatore economico da essa inciso (impedendo non solo l'instaurazione, ma anche la prosecuzione di qualunque rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione) sulla base di una mera segnalazione della magistratura requirente, e sulla sola scorta «della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato». Non è dunque necessario che intervenga una sentenza di condanna che accerti l'effettiva sussistenza della fattispecie delittuosa contestata. Non occorre neppure superare il vaglio del giudice dell'udienza preliminare, che deve pronunciarsi sulla richiesta di rinvio a giudizio a carico dell'indagato. Una semplice richiesta di rinvio a giudizio è, invero, sufficiente per soddisfare le condizioni di operatività della causa di esclusione in esame. In altri termini, la lettera m-ter) dell'art. 38 cit. può spiegare la propria efficacia interdittiva nei confronti del soggetto passivo del reato, che abbia mancato di sporgere la relativa denuncia all'Autorità giudiziaria, a prescindere dal fatto che l'autore della condotta illecita sia stato condannato, e addirittura a prescindere da un effettivo rinvio a giudizio di quest'ultimo. Tanto che la stessa Autorità, nella Determinazione n. 1/2010, ha sentito il bisogno di specificare che, laddove il processo penale si concluda, entro il termine di tre anni decorrente dalla richiesta di rinvio a giudizio, con una sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere, debba venire meno il presupposto della causa di esclusione, con conseguente cancellazione dell'annotazione dal Casellario e riammissione dell'operatore economico alla possibilità di contrarre con la pubblica amministrazione.*

Il vero è che, stante la delicatezza della materia in oggetto, risulta necessario che l'informativa trovi fondamento su un quadro fattuale di elementi oggettivi, che pur non dovendo assurgere a livello di prova, siano tali da far ragionevolmente ritenere l'esistenza di un rischio di infiltrazioni mafiose³⁶.

Attraverso siffatto meccanismo, risulta evidente l'imprescindibile necessità di disporre un monitoraggio periodico degli elenchi in questione secondo un procedimento caratterizzato da una forte dinamicità che consenta di tener conto, in *progress*, di possibili elementi di rilievo riguardanti la vita dell'impresa, tenuto conto dell'incidenza determinante che il provvedimento ha sulla stessa.

Sotto questo profilo l'iscrizione alle *white list*, secondo le disposizioni contenute nel Decreto del Presidente dei Ministri del 18 ottobre 2011, è soggetta a revisione annuale in relazione al permanere dell'insussistenza degli elementi di rischio di inquinamento mafioso. Così le Prefetture saranno tenute a verificare, nei 15 giorni antecedenti alla scadenza di ciascun anno, presso la Prefettura competente, il permanere dell'insussistenza di connivenze mafiose. Di conseguenza, a norma dell'art. 86 del d.l. 159/2011 si prevede che la comunicazione antimafia sia utilizzabile per un periodo di 6 (sei) mesi dalla data del rilascio.

La formulazione della prima parte della norma, pone un problema interpretativo, poiché sembra di poter affermare, anche alla luce della giurisprudenza plasmatasi sul punto, che quello semestrale non sia un

³⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2008, n. 3155, in *Foro amm.-CdS*, 2008, 1840; Cons. St., sez. VI, 29 febbraio 2008, n. 756. Confronta altresì Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1951; Cons. St. 11 settembre 2001, n. 4724; Cons. St. 6 giugno 2001, n. 3058, in *Foro amm.*, 2001, 6. Non possono per contro ritenersi sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale. Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2004, n. 2783.

termine di efficacia della documentazione nel suo complesso, ma valga solo per la documentazione negativa³⁷.

Si è rilevato che la *ratio* delle disposizioni regolamentari ostative alla partecipazione alle gare per tentativi di infiltrazione mafiosa, riflette non già una funzione sanzionatoria, ma di prevenzione, finalizzata a costituire efficaci argini per la penetrazione criminale negli appalti pubblici. Sarebbe perciò ragionevole e conforme al principio di proporzionalità, considerare a questi fini, che la situazione di rischio di infiltrazioni, la quale non si è costituita ma solo manifestata da singoli episodi, possa essere fugata nel lasso di un breve periodo, ad esempio i sei mesi previsti dalla normativa³⁸.

È fondamentale, affinché la procedura in parola consegua dei risultati efficaci, una forte integrazione tra la Prefettura ove ha sede legale l'impresa e la Prefettura dove l'impresa ha ottenuto l'iscrizione alle *white list*.

In attesa della realizzazione della citata interconnessione, ciascuna Prefettura dovrà provvedere ad attivare sui propri siti internet apposite sezioni dedicate alle *white list*, nonché comunicare alle altre Prefetture le imprese iscritte.

E' inoltre necessario, per le *white list* istituite presso le zone sismiche, un'indagine antimafia per ogni singolo lavoro secondo quanto precisato dal Consiglio di Stato nelle pronunce dell'Ad. plen. n. 33 e 34 del 2012³⁹. L'organo di appello ha rilevato, a tal proposito che, nel corso delle indagini, può accadere che una stessa impresa risulti

³⁷ P. Carbone, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, op. cit., 145.

³⁸ Sul punto si rinvia a P. Carbone, op. cit., 46. Si veda altresì Cons. Stato sez. VI, 30 dicembre 2011, n. 7002, in www.giustiziamministrativa.it.

³⁹ Cons. St., Ad. plen., 9 luglio 2012, n. 33; Cons. St., Ad. plen., 8 ottobre 2012, n. 34.

esposta a tentativi di infiltrazione, a secondo della provincia in cui svolge i lavori; ciò impone, come sottolinea il Consiglio di Stato, che l'impresa, ove abbia lavori in più province, sia soggetta ad una pluralità di certificazioni antimafia, cioè una per ogni lavoro⁴⁰. In ogni caso, osserva il Consiglio di Stato, l'eventuale dubbio sulla possibile infiltrazione non si estende ad altri lavori che la medesima impresa può avere in corso nella stessa provincia.

Secondo il giudice amministrativo, infatti, l'*informativa* opera con riferimento al singolo rapporto a cui si riferisce, ma, ciò non toglie che altre amministrazioni che abbiano in corso lavori con l'impresa, venendo a conoscenza di orientamenti diversi, possano anch'esse chiedere al Prefetto della Provincia dove l'impresa ha sede, nuove informazioni. Le informative, infatti, non si consolidano, ma sono sempre rivedibili.

Questo regime continuerà ad essere applicato fino all'entrata in vigore dei decreti previsti dal Codice antimafia, del d.lgs. n. 159/2011.

Il problema principale che si pone, è che le *white list* devono, in ogni caso, essere compatibili col diritto comunitario, che garantisce la più ampia partecipazione alle gare, ed esclude, giustamente, soltanto le imprese rispetto alle quali emergano oggettivi elementi di responsabilità.

Tale profilo, che ad avviso di chi scrive è particolarmente delicato, non è passato inosservato, tant'è che, l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, in occasione della ricostruzione del dopo sisma in Abruzzo, ha rilevato che «si dovrebbe assicurare la possibilità di

⁴⁰ Infine, secondo taluni, è consentito, all'impresa interessata di utilizzare la comunicazione conseguita in corso di validità, anche per altri procedimenti attraverso la semplice presentazione in copia autentica della stessa. La tesi però deve tener conto della dimensione provinciale, e non di una dimensione nazionale

qualsiasi operatore, stabilito sia in Italia che all'estero, di ottenere, qualora dotato dei requisiti richiesti, l'iscrizione nell'elenco». Pertanto, dovrebbe sempre essere consentita l'iscrizione anche di imprese estere alle c.d. *white list*; diversamente, si verrebbe a porre in essere una procedura in contrasto coi principi di diritto comunitario di non discriminazione e di libera concorrenza nel mercato.

È pur vero che l'Unione europea, nel marzo 2012, sembra aver preso consapevolezza della dimensione non solo italiana del fenomeno mafioso, ma della rilevanza del fenomeno in molti Paesi dell'Unione; talché al momento, si prevede l'istituzione di una Commissione speciale sul crimine organizzato, corruzione e riciclaggio del denaro (CRIM) a seguito dell'approvazione della risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011. Pertanto, le *white list* dovrebbero, non solo coordinarsi nel territorio italiano, ma col sistema europeo; altrimenti ragionando, tenderanno a diventare uno sbarramento al principio di concorsualità tra gli operatori economici italiani ed europei.

2.3. Le liste di merito nella Legge regionale dell'Emilia Romagna n. 11/2010. Altro tipo di lista, sovente confusa con le *white list*, attiene alle c.d. *liste di merito* previste con l.r. Emilia Romagna 26 novembre 2010, n. 11. L'art. 13 della suddetta legge regionale prevede l'istituzione di *un elenco di merito* degli operatori economici che svolgano attività nel settore edile.

L'elenco di merito viene a costituire anche un supporto all'attività di ricostruzione e ripristino delle normali condizioni di vita, dopo gli eventi calamitosi che hanno colpito molti comuni della Regione; pur tuttavia occorre tener presente che, ancora prima degli eventi sismici, la Regione Emilia Romagna aveva previsto un elenco delle imprese edili relativamente alla committenza pubblica e privata, da sottoporre ad un controllo e monitoraggio da parte della Regione stessa ed è questo l'aspetto che rende interessante il caso in esame.

La l.r. n. 11/2010 si dà come obiettivo quello di promuovere iniziative e progetti per la legalità, la trasparenza e la sicurezza del lavoro⁴¹, l'evitare fenomeni di infiltrazioni malavitose, estendendo peraltro la normativa antimafia, anche alle ipotesi di edilizia privata, in modo da avere «*sotto controllo*» tutto il settore dell'edilizia, e sottoporla come tale ad una disciplina comune che fin da una prima lettura, sembra sovrapporsi al controllo statale, come si vedrà in seguito. Successivamente all'istituzione delle *liste di merito* e con l'avvento dei fenomeni sismici, si è ritenuto che, qualora l'impresa si avvalga di finanziamenti per la ricostruzione del terremoto, l'iscrizione a tale lista diventi obbligatoria e non più facoltativa, come da regola generale, sulla base del fatto che l'impresa utilizzi, in questo caso, denaro pubblico.

Coerentemente l'art. 2 della sopraccitata legge regionale, promuove tutta una serie di collaborazioni con gli uffici territoriali del Governo, con le Camere di commercio, industria e artigianato, per penetrare e intervenire nel settore edile, ed in questo quadro si colloca la prospettiva di un'intesa con l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo quanto previsto nell'art. 6 del d.lgs 163/2006, ovvero «con tutti gli altri enti ed organismi pubblici, forme di collaborazione, assistenza o di attribuzioni di specifiche funzioni».

Trattasi quindi di una lista che indaga a tutto tondo sull'impresa che operi per il settore edile nella Regione, coinvolgendo e coordinandosi anche con gli altri organismi che svolgono controlli analoghi. Ciò è confermato dal fatto che si prevede la costituzione di una *Consulta regionale*⁴², la quale assume il ruolo di osservatorio regionale *ex l.r. n.*

⁴¹ Ai sensi della l.r. Emilia Romagna 4 dicembre 2003, n. 24 (Disciplina della Polizia amministrativa locale e promozione di un sistema integrato di sicurezza).

⁴² La Consulta, nominata dal Presidente della Giunta regionale, è composta dall'Assessore regionale, da tre rappresentanti delle organizzazioni sindacali, da tre rappresentanti dei datori di lavoro, da tre componenti designati dagli Ordini e Collegi professionali operanti nel settore edile delle costruzioni.

2/2009, ma soprattutto esprime una valutazione sull'impresa per l'iscrizione al c.d. *elenco di merito*. Affinché tali interventi non comportino ulteriori aggravii documentali per le imprese, la Regione si è posta come obiettivo il problema della dematerializzazione dei documenti che l'impresa deve presentare per ottenere l'iscrizione alle *liste di merito*⁴³; a tal fine si prevede la costituzione di un gruppo di lavoro congiunto volto a definire il contenuto e il formato dei modelli telematici GAP, definire, inoltre le modalità di trasmissione da parte delle stazioni appaltanti attraverso l'Osservatorio regionale contratti pubblici, prevedere ulteriori forme di comunicazioni che dovrebbero avere lo scopo di facilitare l'iscrizione a tali liste.

⁴³ Art. 4, l.r. del 26 novembre 2010, n. 11 (*Semplificazione e dematerializzazione*): «1. Per agevolare lo svolgimento delle attività delle pubbliche amministrazioni, degli operatori economici e dei cittadini, la Regione, in collaborazione con gli enti competenti e nel rispetto delle disposizioni vigenti, opera per la semplificazione e per la dematerializzazione degli atti, delle comunicazioni e dei relativi procedimenti; 2. Ai fini di cui al comma 1, in particolare, la Regione: a) costituisce, aggiorna e rende consultabile agli aventi diritto la banca dati delle certificazioni, rilasciate nell'ambito del territorio regionale, relative alla regolarità contributiva degli operatori economici; b) definisce le modalità di redazione e di trasmissione, per via telematica, della notifica preliminare di cui all'art. 99 del d.lgs 9 aprile 2008, n. 81 (Attuazione dell'art. 1 della l. 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro); c) definisce, in accordo con gli Uffici territoriali del Governo, le modalità per la trasmissione delle informazioni e dei dati richiesti ai sensi delle disposizioni vigenti in materia di prevenzione e lotta contro la delinquenza mafiosa; d) individua le modalità, integre e coerenti con le disposizioni vigenti, per la standardizzazione e la trasmissione, per via telematica, dei dati da produrre nell'ambito degli adempimenti in materia edilizia e catastale; e) individua, in coerenza con le disposizioni vigenti in materia ed in accordo con le stazioni appaltanti interessate di cui al d.lgs 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), le modalità di dematerializzazione delle procedure per l'affidamento di contratti pubblici».

Gli obiettivi, come emerge fin dai primi articoli delle disposizioni di legge, risultano particolarmente ambiziosi, più che altro perché riguardano un livello regionale, il che come si vedrà in seguito, potrebbe avere un effetto di aggravamento per le imprese, le quali, se intendono inserirsi tra gli operatori economici del settore edile nella Regione Emilia Romagna, dovranno tener conto delle disposizioni in parola che verranno a sommarsi a quelle previste a livello nazionale.

Pare opportuno sottolineare come il controllo che intende svolgere la Regione Emilia Romagna, consista in un intervento di ampio respiro che coinvolge, come si è detto, tutto il settore dell'edilizia, al fine di garantire che le imprese, facenti parte dell'intera filiera, siano imprese affidabili, non solo sotto il profilo economico o sotto il profilo dell'antimafia, ma che abbiano svolto interventi pubblici o privati con risultati soddisfacenti per l'amministrazione.

Occorre a tal proposito precisare che, a differenza delle *white list*, l'*elenco di merito* copre il Codice di costruzioni, ovvero tutte le attività inserite nella sezione F-Ateco 2007, in modo da vigilare non solo su alcuni tipi di attività particolarmente sensibili ad infiltrazioni mafiose -presupposto delle *white list*- ma incidente sull'edilizia in generale così come si desume dai codici utilizzati.

Lo *screening* che la Regione Emilia Romagna si propone di attuare attraverso le *liste di merito*, è uno screening a tappeto, ovvero, tutte le imprese che chiedono volontariamente di iscriversi alle *liste di merito*, saranno sottoposte ai controlli previsti nella l.r. n. 11/2010.

Che l'intervento regionale abbia una portata generale e generalizzata nel settore dell'edilizia, coinvolgendo tutte le attività edili sia pubbliche che private, lo si desume, altresì, da quanto dispone l'art. 6, c. 1, il quale così recita: «*La Regione, nel rispetto delle disposizioni vigenti, svolge funzioni di osservatorio dei contratti di lavori, servizi e forniture, e degli investimenti pubblici al fine di contribuire alla*

trasparenza e alla realizzazione delle procedure. Concorre altresì al coordinamento delle iniziative e delle attività, promuovendo la collaborazione tra i soggetti interessati»⁴⁴. Emerge che le white list e

⁴⁴ Si riportano altresì i c. 2 e 3 dell'art. 6, i quali indicano in modo esplicito il metodo di controllo e di monitoraggio delle imprese coinvolte nel ciclo dell'appalto: «2. La Regione, mediante l'esercizio delle funzioni di osservatorio: a) acquisisce le informazioni ed i dati utili a consentire la trasparenza dei procedimenti di scelta del contraente nonché a monitorare l'attività degli operatori economici in sede di partecipazione alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, nonché i dati relativi al contenzioso; b) garantisce, nel rispetto delle disposizioni sulla tutela della riservatezza, la pubblicità dei dati e delle informazioni di cui alla lettera a), assicurandone la diffusione e la disponibilità da parte degli enti pubblici preposti all'effettuazione dei controlli previsti dalle disposizioni vigenti, nonché degli altri soggetti aventi titolo alla loro acquisizione; c) promuove la qualità delle procedure di scelta del contraente e la qualificazione degli operatori economici e delle pubbliche amministrazioni anche ai sensi dell'art. 13; d) promuove l'attuazione della disciplina statale vigente inerente la verifica della congruità della incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato; e) acquisisce le informazioni ed i dati relativi al ciclo dell'appalto e agli investimenti pubblici, al fine di consentire la tracciabilità e la registrazione dei flussi finanziari nonché la massima trasparenza sulla spesa pubblica; f) svolge attività di studio, ricerca e indagine relativamente agli ambiti di attività di cui alla presente legge; 3. Tra i compiti di cui al comma 2 rientrano prioritariamente le attività relative: a) alla gestione ed all'aggiornamento dell'archivio dei contratti e degli investimenti pubblici; b) alla predisposizione di strumenti informatici per l'acquisizione dei dati di cui al comma 2; c) alla elaborazione dei dati relativi al monitoraggio effettuato ed alla conseguente redazione di rapporti sull'andamento e sulle caratteristiche dell'attività contrattuale e degli investimenti pubblici; d) all'assolvimento degli obblighi di pubblicità previsti dalla presente legge e dalle disposizioni vigenti; e) ad assicurare il necessario supporto informativo agli enti pubblici interessati alle attività di cui al comma 2; f) all'esercizio delle funzioni di segnalazione agli enti competenti per l'effettuazione delle attività di vigilanza in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro e di obblighi assicurativi e previdenziali, con particolare riferimento alle situazioni in cui, anche mediante opportune elaborazioni delle informazioni raccolte, emergano significativi elementi sintomatici di alterazione del congruo e regolare svolgimento delle attività nei cantieri; g) alla segnalazione, agli enti competenti di cui alla lettera f), dei cantieri nei quali si eseguono lavori pubblici aggiudicati ad

gli *elenchi di merito* -attivati, si ripete, anteriormente agli eventi sismici- hanno ambiti diversi ma comuni finalità, ovvero quello di favorire una maggiore garanzia di serietà degli operatori economici da parte dei committenti pubblici e privati⁴⁵. In ogni caso permane una differenza fondamentale: le *white list* hanno come scopo la verifica dell'assenza di rischi di inquinamento mafioso; gli *elenchi di merito* hanno invece come obiettivo quello di corrispondere misure *premiali* ad imprese di cui è stata verificata preventivamente la rispondenza a determinati requisiti, essendo questi ultimi finalizzati a controlli che comprendono, ma non si limitano al profilo dell'antimafia⁴⁶.

imprese che hanno presentato un'offerta la cui congruità sia stata sottoposta a valutazione di anomali a ai sensi dell'art. 86, d.lgs. n. 163/2006; h) alla formazione ed all'aggiornamento dell'elenco regionale dei prezzi di cui all'art. 8; i) alla individuazione e diffusione di linee guida, buone pratiche e modalità finalizzate a semplificare, uniformare e supportare le attività delle stazioni appaltanti e degli operatori del settore, e a valorizzarne la responsabilità sociale».

⁴⁵ Si veda la Deliberazione del Ministero dell'interno - Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere, del 15.10.2012, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 9.11.2012. Si tratta di iniziative che presentano punti in comune, essendo entrambe finalizzate a favorire la trasparenza e la scelta responsabile degli operatori economici da parte dei committenti pur essendo l'iscrizione in esse di carattere meramente volontario. Risultano, però, evidenti alcune differenze: le *white list* hanno come unica finalità la verifica dell'assenza di rischi di inquinamento mafioso e sono istituite e disciplinate esclusivamente dalla normativa statale (art. 5-*bis* del decreto-legge n. 74/2012 e decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 ottobre 2011); gli elenchi di merito sono invece finalizzati a corrispondere misure premiali ad imprese di cui sia stata verificata preventivamente la rispondenza a determinati requisiti qualitativi. Tra questi è opportuno rammentare l'assenza di tentativi di ingerenza mafiosa il cui accertamento è ovviamente riservato agli Organi dello Stato, afferendo alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. Ne consegue che le due liste in argomento possono naturalmente “convivere” e concorrere a completare la cornice delle cautele finalizzate a prevenire le ingerenze della criminalità organizzata nel processo di ricostruzione.

⁴⁶ Si osservi che l'art. 13, l.r. 26 novembre 2010, n. 11, prevede che l'iscrizione nell'elenco di merito venga assunto per ulteriori misure premiali definite dalla

È significativo, tuttavia, che nell'*iter* di applicazione della l.r. n. 11/2010, sia stato ritenuto opportuno redigere un Protocollo di intesa tra la regione Emilia Romagna e le Prefetture regionali, che all'art. 3 prevede indagini di certificazione antimafia, di cui all'art. 67, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, anche per le imprese affidatarie ed esecutrici dei lavori oggetto del permesso di costruire nel settore dell'edilizia privata, rilasciata dai Comuni siti nel territorio emiliano-romagnolo⁴⁷.

La costituzione dell'elenco di merito svolge un ruolo sicuramente rilevante per le amministrazioni locali, potendo costituire:

- 1) la banca dati a cui le stazioni appaltanti, i Comuni, i committenti e i cittadini, possono attingere allo scopo di affidare incarichi alle imprese che si sono sottoposte volontariamente ad una serie di misure e controlli, che le qualificano come operatori economici nel settore edile;
- 2) attuare la dematerializzazione dei documenti offrendo la possibilità di non dover ripresentare gli stessi certificati per ogni intervento concernente il settore dell'edilizia pubblico-privata.

Quanto ai requisiti per ottenere l'iscrizione, sono quelli usuali, in particolare occorre essere in regola con il DURC, non avere subito protesti cambiari e/o assegni protestati nell'ultimo quinquennio e di essere in regola con la certificazione antimafia. L'impresa deve altresì assumersi l'onere di sottoscrivere determinati impegni nell'esercizio

Giunta regionale. Tra le misure premiali, è stato sottoscritto un protocollo con l'INAIL, al fine di ottenere sgravi fiscali a favore delle imprese.

⁴⁷ In relazione agli obiettivi di semplificazione e razionalizzazione si dà atto che sono tenuti a richiedere la documentazione antimafia, le imprese affidatarie ed esecutrici di lavori di importo pari o superiore ai 70 mila euro, mentre per lavori di minor importo, sarà sufficiente che l'imprenditore produca un'apposita documentazione con la quale attesti che nei propri confronti non sussistano le cause di divieto di decadenza o sospensione, di cui all'art. 67, del d.lgs. n. 159/2011. Da qui la Regione prevede che, le verifiche antimafia, siano svolte dai soggetti che presentino istanza ai Comuni, anche per il permesso di costruire.

della sua attività: la Regione Emilia Romagna ha infatti predisposto il Protocollo di intesa di legalità che, oltre a voler essere una risposta efficace ai tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata con particolare riferimento all'intera filiera degli esecutori e dei fornitori, la estende anche agli appalti di lavoro sotto soglia⁴⁸.

Nel Protocollo d'intesa una particolare attenzione viene riservata alla verifica degli adempimenti degli obblighi retributivi e contributivi che diventano cause ostative all'iscrizione nelle liste: le stazioni appaltanti, secondo la disciplina regionale, sono tenute a controllare il rispetto delle norme in materia di collocamento, nonché il pagamento delle retribuzioni, dei contributi previdenziali assicurativi, delle ritenute fiscali da parte delle imprese appaltatrici e delle imprese sub-appaltatrici⁴⁹.

In tema di pagamenti si prevede l'applicazione del Contratto collettivo per l'edilizia nazionale, onde evitare speculazioni nei cantieri, come sovente è avvenuto in precedenza. È indicativo il fatto che, in merito all'efficacia giuridica del protocollo di legalità, le stazioni appaltanti e i soggetti che hanno sottoscritto l'accordo, si impegnano ad assicurare il rispetto delle clausole contenute nel Protocollo stesso, inserendole direttamente nei bandi e prevedendone l'inclusione in tutti i contratti di appalto di lavoro di importo superiore a duecentocinquanta mila euro.

⁴⁸ D.lgs. n. 490/1994 e d.P.R. n. 252/1998. Si osservi inoltre che, a norma del II c. del suddetto Protocollo, le stazioni appaltanti si impegnano a chiedere alle Prefetture le informazioni antimafia. Inoltre, i controlli coinvolgono gli appalti e le concessioni di lavoro di importo superiore a centocinquanta mila euro, e i sub contratti di lavoro e servizi di importo superiore ai cinquanta mila euro; in ogni caso, indipendentemente dal valore, opera nei confronti dei soggetti ai quali vengono affidati taluni tipi di forniture e servizi c.d. «*sensibili*».

⁴⁹ Art. 9 del Protocollo.

Le clausole derivanti dal Protocollo, devono essere accettate e sottoscritte dalle imprese interessate, nel momento della stipula del contratto o del sub-contratto, col ch , ancora una volta, si dimostra il venir meno del principio del bando tipo che aveva ispirato la normativa precedente.

Infine, merita di essere segnalato, che il controllo regionale viene esteso anche attraverso ispezioni nei cantieri, proprio per verificare il corretto funzionamento dell'impresa nel momento dell'esecuzione dei lavori e l'applicazione di tutte le normative a tutela dei lavoratori.

3. Le incrinature del «bando tipo» e del principio di tassativit  delle cause di esclusione dalle gare pubbliche. Quanto finora esposto porta a verificare gli effetti che le liste sopra richiamate hanno sul *bando tipo*, e sotto il profilo dell'idoneit  dell'impresa a contrarre con la pubblica amministrazione, e sotto il profilo dei requisiti di qualificazione.

Le fattispecie che possono essere richiamate a sostegno della tesi sull'ampliamento di tali requisiti, proprio a causa delle nuove «liste» sono numericamente rilevanti e ciascuna di esse meriterebbe un approfondimento autonomo, pertanto ci si limiter  a segnalare quelle pi  evidenti.

Se per l'inserimento ad una determinata lista, ad esempio alle *white list* o agli *elenchi di merito*, vengono richiesti ulteriori requisiti rispetto a quelli tradizionali (si pensi all'inserimento nel bando della clausola di tracciabilit  finanziaria del contratto di appalto o alla previsione che l'appaltatore si impegni ad inserire nei contratti con eventuali subappaltatori, clausole risolutive espresse)   evidente che, se l'appaltatore non ottiene l'iscrizione alla lista, resta escluso da quella fetta di mercato per la quale   necessaria/opportuna l'iscrizione a tali elenchi. Senza voler considerare che altre prescrizioni possono essere inserite nei bandi in virt  dei c.d. «*Protocolli*» che, come richiamato dalla giurisprudenza, possono introdurre clausole ulteriori rispetto a quelle del contratto tipo.

Quanto alla inidoneità di un'impresa, pare opportuno rammentare che il Codice dei contratti, nella sua prima formulazione, aveva individuato, tipicizzandoli, i requisiti di ordine generale che l'aspirante stipulante doveva possedere per contrarre con la pubblica amministrazione; pur tuttavia, l'art. 38 del Codice è stato variamente novellato dalle successive disposizioni di legge così che oggi, nella sua ultima versione, appare quantomeno di difficile applicazione su un piano pratico⁵⁰.

La giurisprudenza è venuta ad elaborare una esemplificativa individuazione di quelli che possono definirsi «*reati gravi*»⁵¹,

⁵⁰ Occorre rammentare che l'articolo precitato, così come novellato dal d.l. 13.05.2011, n. 70, convertito con l. n. 106/2011, disciplina le c.d. «*cause di esclusione*» dalla partecipazione alle gare conseguenti al mancato possesso dei requisiti di cui tutti i concorrenti devono risultare titolari per poter contrattare con le amministrazioni. Per i requisiti di ordine generale, come noto, la fattispecie contemplata all'art. 38 del Codice dei contratti, è applicabile (salvo talune specificità) a tutte le gare ad evidenza pubblica. Si veda, in tal senso, la determinazione dell'Avcp n. 1 del 16 maggio 2012, dove vengono analiticamente esaminati i requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici. Sul punto è fiorita un'ampia letteratura che non è possibile in questa sede richiamare; pertanto ci si limita a rinviare a F. Matteucci, *Le dichiarazioni di moralità nel Codice: vecchi dubbi e nuovi interventi dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in *Foro amm.*, 2010, 647 ss.; F. De Sanctis, *Il giudizio di rilevanza dei reati nel requisito di moralità professionale negli appalti pubblici: il così detto Decreto Sviluppo e la fine di un intenso dibattito* in *Riv. trim. app.*, 2011, 497. Particolare interesse rivestono i richiami giurisprudenziali operati dall'A. che ben mette in evidenza l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale sul punto.

⁵¹ I tribunali amministrativi regionali hanno in verità stabilito diversi criteri al fine di qualificare le violazioni fiscali sotto il profilo della gravità. Vi sono pronunce nelle quali si stabilisce che la rilevanza della violazione debba essere rapportata al fatturato annuo dell'impresa concorrente (Tar Veneto, sez. I, 27 gennaio 2011, n. 115) e altre in cui il giudice amministrativo ha ritenuto di assumere come parametro l'ammontare del debito in rapporto all'importo dell'appalto in gara (Tar Puglia, Bari, sez. I, 1 febbraio 2011, n. 213; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 27 dicembre 2010, n. 7715).

rilevando altresì che, essendo l'elencazione contenuta nel suddetto articolo di carattere tassativo ed obbligatorio, la discrezionalità amministrativa si esplica nell'accertare la sussistenza della causa di assenza di legittimazione; pertanto, a seguito dell'accertamento, il committente sarà tenuto all'applicazione della norma, la quale è da reputarsi cogente e di obbligata applicazione ⁵².

Si osservi però che, a seguito della modifica intervenuta con il Decreto sviluppo⁵³ l'art. 38 del Codice è stato ulteriormente modificato: le novità introdotte dalla legge sopra richiamata sembrano essere idonee ad assecondare quella volontà di sottrarre discrezionalità alle stazioni appaltanti, attraverso la tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, alla quale dovrebbe conseguire, quindi, la costituzione di un assetto normativo chiaro al cui interno si possono agevolmente muovere, sia gli operatori economici, sia le pubbliche

⁵² L'automatismo si rinvia a F. Ventura, *Commento all'art. 38*, A Carullo, G. Iudica in *Commentario breve alla legislazione degli appalti pubblici e privati*, op. cit., p. 372 ss. Il quadro normativo, oggi, può così sintetizzarsi: l'art. 4, comma 2, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 convertito poi con modificazioni nella l. 12 luglio 2011 n. 106, ha introdotto nell'art. 38, comma 1, lett. g) del Codice degli appalti la parola «gravi» dopo quella di «violazioni», mentre nel contempo ha sostituito il comma 2 dello stesso art. 38, precisando che «si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48 *bis* commi 1 e 2 *bis*, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602. Si osservi che l'art. 1 comma V del d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito con modificazioni nella l. 26 aprile 2012, n. 44, (disposizioni urgenti in materia di semplificazione fiscale, pur lasciando inalterata la lettera g) del comma 1 dell'art. 38 del Codice, ha aggiunto, al comma II dello stesso art. 38, l'espressione per cui «costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili».

⁵³ Decreto sviluppo entrato in vigore il 14 maggio 2011, ripreso sostanzialmente nella legge di conversione n. 106/2011.

amministrazioni⁵⁴. Tale prospettazione, tuttavia, ha creato un ulteriore problema: l'automatismo disciplinato in modo rigido, si pone in contrasto con la Direttiva n. 18/2004 che aveva posto in termini valutativi la sanzione dell'esclusione dell'impresa.

Il «può» previsto nella Direttiva in questione, parrebbe non tanto facultizzare l'esclusione a fronte di particolari situazioni, quanto piuttosto richiedere una valutazione alla stazione appaltante, circa la gravità del «rilievo» nella singola gara⁵⁵.

⁵⁴ Sul punto si veda F. De Sanctis, *Il giudizio di rilevanza dei reati nel requisito di moralità professionale negli appalti pubblici: il cosiddetto «decreto sviluppo» e la fine di un intenso dibattito*, op cit., 498.

⁵⁵ Sul punto si veda A. Pistilli, *L'esclusione dalla gara d'appalto per violazione degli obblighi contributivi previdenziali ed assistenziali: il giudizio sulla "gravità" della violazione e la configurabilità di una falsa dichiarazione in caso di bando generico, tra orientamenti giurisprudenziali ed intervenute modifiche normative*, Nota alla Sentenza Cons. Stato, sex. IV, 2 maggio 2011, n. 2580, in Riv. Trim. App., 2011, pp. 91 ss. Rileva l'Autore che fermo restando il carattere dell'obbligatorietà dell'esclusione rispetto alle fattispecie indicate dal legislatore, le situazioni possono essere diverse. Non pare, ad esempio che possano esservi dubbi sulla totale vincolatività dei provvedimenti di esclusione in caso di fallimento o di altre procedure concorsuali in capo al concorrente, di cui è sufficiente che si accerti la pendenza (art. 38, comma 1, lett. a; così come pure in relazione alla presenza di condanne per uno dei reati indicati dal primo comma dell'art. 5, Direttiva n. 18/2004 CE (art. 38, comma 1, lett. c). Non parrebbero residuare spazi di valutazione nemmeno nel caso dell'avvenuta annotazione nel Casellario informatico di una dichiarazione non veritiera che l'impresa abbia reso in un'altra gara (art. 38, c. 1, lett. h). Profili di discrezionalità, invece -o quanto meno un potere di interpretazione delle previsioni normative- sono stati riconosciuti in capo all'amministrazione, in primo luogo, in ordine alla valutazione dell'incidenza della condanna penale sull'affidabilità (moralità professionale) del concorrente (art. 38, c. 1, lett. c). A tal fine difatti, per giurisprudenza costante il committente deve tenere in considerazione tutti gli elementi della fattispecie, fra cui la gravità del fatto e le modalità della sua commissione, oltre cui la gravità del fatto e le modalità della sua commissione, oltre al *tempus commissi delicti* alla sua eventuale reiterazione, nonché alle particolarità dell'oggetto dell'appalto.

Si osservi come ripetutamente la Corte di giustizia ha ribadito che, in materia di attuazione delle direttive, è riconosciuta *ex art. 288, c. 3, del TFUE*, una competenza dello Stato membro in merito alla forma ed ai mezzi con cui darne attuazione; è altrettanto vero, però, che la discrezionalità dello Stato membro non può tradursi in una compressione dei generali canoni comunitari. Pertanto le misure adottate dal legislatore interno, non possono incidere sulle posizioni del privato e dell'operatore economico, se non in modo strettamente necessario al raggiungimento dell'obiettivo perseguito nella Direttiva. Quindi, si ritiene che, i principi generali di parità di trattamento e di proporzionalità derivanti dagli artt. 46 e 56 del TFUE, non possono essere compressi ⁵⁶.

Se si pensa alle modalità dell'intervento prefettizio per l'iscrizione alle *white list* e agli effetti delle stesse, sorgono taluni dubbi in merito alla discrezionalità che può assumere l'informativa antimafia, stante il fatto che trattasi di un requisito imprescindibile per l'accesso alla gara e automatica causa di esclusione.

Si può fare un parallelo -sia pure nella diversità delle fattispecie- con l'ordinanza n. 1969, del Tar Lombardia, 12 luglio 2012, il quale ha portato al vaglio della Corte di giustizia il concetto di gravità della violazione contributiva da parte dell'impresa concorrente, *ex art. 38, c. 2, d.lgs. n. 138/2006*.

La violazione diventa grave, secondo il Tar, solo se mette in dubbio l'affidabilità dell'operatore economico; l'art. 38, attraverso l'esclusione automatica, tende invece a disciplinare in modo uguale, situazioni profondamente diverse «sì da risultare inidoneo allo scopo

⁵⁶ Com'è noto, agli Stati membri compete una certa discrezionalità nell'adozione delle misure legislative volte a garantire i principi delle procedure di appalto, tuttavia il canone di proporzionalità deve pur sempre trovare applicazione, altrimenti ragionando, si rischierebbe la violazione di quei principi generali sopra richiamati.

di sanzionare in modo effettivo il concorrente resosi responsabile di una violazione contributiva in concreto rilevante» rispetto ad una violazione contributiva non rilevante⁵⁷.

La finalità perseguita dall'art. 38, c. 2, d.lgs. n. 163/2006, era -ed in parte rimane- proprio quella di eliminare ogni autonomia valutativa della commissione aggiudicatrice, introducendo una nozione esclusivamente legale di gravità della violazione⁵⁸. Tuttavia, una recente sentenza del Consiglio di Stato, apre ad una diversa interpretazione: l'indagine sulla situazione relativa all'obbligo di pagamento di imposte e tasse non è fine a sé stessa, né si limita ad una verifica del mero inadempimento, piuttosto tende ad esaminare in modo generale la regolarità sul piano tributario delle imprese partecipanti alla gara, sulla base di una pluralità di elementi indicativi (ad esempio le scritture contabili, il pagamento imposto di ogni correlata prestazione in grado di accertare la regolare gestione finanziaria e la conseguente solvibilità dell'impresa)⁵⁹. Se queste sono le coordinate retrostanti alle cause preclusive a contrarre con l'amministrazione, la richiesta di iscrizione alle c.d. «white list» o *liste*

⁵⁷ I. Pagani, *Commento TAR Lombardia, Milano, sez. III, ordinanza 12 luglio 2012 n. 1969*, in *Urbanistica e appalti*, n. 12/2012, 1314. L'irrazionalità della scelta legislativa (intesa come incoerenza di essa con i canoni di proporzionalità e di uguaglianza), può quindi dedursi anche con riguardo allo stesso dato oggettivo, astratto e unico al quale - per *relationem* al d.M. 24 ottobre 2007 - si connette al parametro della gravità.

⁵⁸ Infatti, l'attribuzione di poteri discrezionali alle stazioni appaltanti, in ordine all'accertamento della gravità della violazione commessa, potrebbe favorire la proliferazione di scelte arbitrali tali da provocare trattamenti diversi in situazioni identiche, in ciò violando il principio di parità di trattamento e di tutela della concorrenza.

⁵⁹ Consiglio di Stato, sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332. Si rinvia al commento di M. Giovannelli, in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2013, 672 ss.

di merito, implica un ampliamento delle stesse, venendosi così a minare l'assunto della tassatività delle suddette clausole⁶⁰.

Pare in verità doversi aderire all'impostazione assunta dal TAR Lombardia (Milano, sez. III, ord. 12 luglio 2012, n. 1969) ove si viene a dubitare della proporzionalità e della ragionevolezza del criterio dettato dal precitato art. 38, perché se si prende in esame il dato meramente quantitativo dell'importo della violazione commessa (superiore ai 100.000 euro) e della sua eccedenza rispetto al 5% dello spostamento tra le somme dovute e quelle versate, siffatto criterio non integra un indice significativo dell'affidabilità dell'impresa⁶¹.

Se già risulta critico l'attuale sistema dell'automatismo relativo addirittura all'idoneità a contrarre dell'operatore economico privato, con l'introduzione delle liste per alcuni casi vengono ad ampliarsi taluni requisiti di idoneità, in altri casi invece i requisiti richiesti, pur non incidendo sull'aggiudicazione dell'appalto, condizionano il punteggio finale. In definitiva, per quanto la criticità del sistema che

⁶⁰ Sia consentito il rinvio a G. Marchianò, *Commento art. 64*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di Carullo-Iudica, CEDAM, Padova, 2009, 548 ss.

⁶¹ Osserva il Tar Lombardia, Milano, *nella* precitata ordinanza che «si tratta di un criterio astratto che non si modella sulle caratteristiche della singola gara, in relazione al suo oggetto e al suo valore concreto, né sulla struttura dell'impresa che ha commesso la violazione, in relazione al suo fatturato e alla sua capacità economica finanziaria». In particolare il giudice amministrativo osserva giustamente che «la medesima violazione contributiva pur astrattamente grave ai sensi dell'art. 38, comma 2 del d.lgs 163/2006, può essere indice di una concreta inaffidabilità per un'impresa di piccole dimensioni, che ha ripetutamente omesso di effettuare i versamenti contributivi, mentre perde di significato rispetto ad un'impresa di grandi dimensioni che realizza ingenti fatturati ed è incorsa in un'unica e occasionale violazione contributiva». Secondo tale impostazione si perviene alla conclusione che l'art. 38, c. 2, tratta in modo uguale situazioni palesemente diverse, così da risultare inidonea l'inaffidabilità del concorrente che si è reso responsabile di una violazione contributiva.

viene a delinarsi attenga prevalentemente alla sovrapposizione delle cause di inidoneità a contrarre -vedi le liste di merito in Emilia Romagna- sono altrettanto gravosi i requisiti che la stazione appaltante può richiedere nel bando, in virtù delle liste di cui si è parlato.

A fronte delle coordinate retrostanti al sistema delle gare ad evidenza pubblica, vi è però tutta una serie di prospettive e tematiche che coinvolgono anche l'Unione, la quale suggerisce di mitigare l'automatismo della sanzione dell'esclusione, e di riportare in campo la valutazione che della stessa violazione deve fare l'amministrazione aggiudicatrice.

4. Riflessioni finali. Dall'analisi del proliferare dei vari elenchi a cui le imprese dovrebbero iscriversi, nascono vari tipi di problemi: un primo problema attiene al fatto che risulta assolutamente necessario un coordinamento tra le liste, in modo che non si pervenga a duplicati che allontanino l'obiettivo della semplificazione e dello snellimento delle gare ad evidenza pubblica.

La situazione venutasi a creare oggi risulta, in verità, diametralmente opposta rispetto agli obiettivi di semplificazione da più parti auspicati, trovandosi l'impresa nella necessità e/o opportunità di iscriversi ad una pluralità di liste che, peraltro, spesso richiedono gli stessi requisiti lì dove, non addirittura, gli stessi documenti.

Né vale l'eventuale obiezione che per alcune di esse ci si basi su un elemento volontaristico, stante il fatto che, in ogni caso, l'iscrizione anche a tali liste, apre un'opportunità all'impresa per l'accesso al mercato e, pertanto, la necessità di tale iscrizione non può considerarsi da un punto di vista fattuale, come meramente volontaria. Il vero è che occorre semplificare coordinando gli interventi in materia e non complicare duplicando!