

Prime note a margine della “norma antiracket” contenuta nella lettera m-ter) dell’articolo 38 del Codice dei contratti pubblici.

di Ilenia Filippetti*

(24 agosto 2009)

Sommario: 1. Il testo della nuova disposizione. 2. Uno sguardo d’insieme sulla realtà delle estorsioni. 3. L’obbligo di denuncia delle estorsioni previsto nei protocolli di legalità. 4. Le condizioni per rendere efficace la nuova norma.

1. Il testo della nuova disposizione.

La nuova lettera m-ter) dell’articolo 38 del 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»-recentemente modificato con la Legge 15 luglio 2009, n. 94 recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica», dispone che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

«di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l’applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell’articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti alla autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall’articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell’imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all’Autorità di cui all’articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell’Osservatorio»¹.

¹ L’articolo 2, comma 19 della L. 94/2009 dispone altresì che «dopo il comma 1 è inserito il seguente: «1-bis. I casi di esclusione previsti dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell’articolo 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario». La L. n. 94/2009 prevede inoltre (all’articolo 2, comma 2) che al D.Lgs. 8 agosto 1994, n. 490, recante «Disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia, nonché disposizioni concernenti i poteri del prefetto in materia di contrasto alla criminalità organizzata», è aggiunto l’articolo 5-*bis* («Poteri di accesso e accertamento del prefetto»), ai sensi del quale: «1. Per l’espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, il prefetto può disporre accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all’esecuzione di lavori pubblici, avvalendosi, a tal fine, dei gruppi interforze di cui all’articolo 5, comma 3, del decreto del Ministro dell’interno 14 marzo 2003 (...). 2. Con regolamento da emanare (...) entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione (...) sono definite, nel quadro delle norme previste dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252, le modalità di rilascio delle comunicazioni e delle informazioni riguardanti gli accessi e gli accertamenti effettuati presso i cantieri di cui al comma 1».

La lettera b) del medesimo articolo 38 -espressamente richiamata dalla nuova disposizioni contenuta alla lett. m-ter)- dispone, a sua volta, che sono esclusi dall'appalto i soggetti² «nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423³ o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575⁴». Sul punto, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici⁵ aveva già evidenziato che l'incapacità alla partecipazione alle gare ed alla stipulazione dei contratti è prevista per la pendenza del procedimento⁶, in quanto, nel caso di avvenuta irrogazione di una delle misure di prevenzione, è applicabile l'articolo 10, comma 2, della legge n. 575/1965, secondo cui il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera⁷.

A differenza della lett. b) -che, come appena rilevato, presuppone almeno la pendenza del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione- la nuova norma contenuta alla lettera m-ter) dell'articolo 38 ha per destinatari i soggetti posti ai vertici degli operatori economici «anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste»; ciò appare, peraltro, perfettamente logico e coerente con il sistema delle

² «L'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società»: articolo 38, comma 1, lett. b), ultima parte, Cod. contr. pubbl.

³ Recante «Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità», anch'essa oggetto di parziale modifica ad opera della L. n. 94/2008.

⁴ La lettera b) fa riferimento alla L. 31 maggio 1965, n. 575, che è stata anch'essa oggetto di modifica, sotto molteplici aspetti, ad opera della medesima L. 94/2009 in commento (tra l'altro, anche il titolo della L. n. 575/1965 è sostituito dal seguente: «Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere»).

⁵ Determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (oggi: Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) n. 13/2003 del 15 luglio 2003, resa a margine dell'articolo 75, comma 1, lett. b) del D.P.R. n. 21 dicembre 1999, n. 554, recante il «Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni», il cui testo è stato trasfuso, con alcune successive modifiche, nel vigente articolo 38 Cod. contr. pubbl.

⁶ «Le misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge n. 1423/1956 sono: l'applicazione di una misura di prevenzione personale (sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con eventuale obbligo o divieto di soggiorno) ai sensi della normativa relativa alle persone pericolose per la sicurezza pubblica (legge n. 1423/1956, art. 3), ovvero ai sensi delle disposizioni contro la mafia (legge 31 maggio 1965, n. 575, artt. 1 e 2), o a tutela dell'ordine pubblico (legge 22 maggio 1975, n. 152, art. 18 e 19). L'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, che deriva dall'applicazione di una misura di sicurezza, non colpisce il solo destinatario, ma si può estendere ai conviventi ed agli enti di cui il soggetto è rappresentante o gestore. (..) In tal caso i divieti sono efficaci per un periodo di cinque anni. (..) L'articolo 10, comma 5 *ter* della legge n. 575/1965, stabilisce altresì che le disposizioni dei commi 1, 2 e 4 si applicano anche nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, del codice di procedura penale»: A.V.L.P., Det. n. 13/2003 cit.

⁷ Coerentemente con tale disposizione, proprio al fine di consentire alla committenza pubblica di effettuare efficacemente i controlli antimafia in capo a tutti i soggetti coinvolti nelle varie fasi della realizzazione dell'appalto (e, quindi, in relazione a tutti i sub-contratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera), nel corso della XVI Legislatura è stata presentata alla Camera dei Deputati una proposta di legge recante «Modifiche all'articolo 118 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in materia di applicazione dei controlli antimafia relativamente ai sub-contratti» (Proposta di legge n. 2103, presentata il 23 gennaio 2009, Prima firmataria e proponente On. Picierno).

misure di prevenzione, nella misura in cui, mentre con la lett. b) si intendeva escludere dalle gare i soggetti pericolosi⁸, con la nuova norma si intendono escludere le “vittime” della mafia.

La nuova norma ha per destinatari, infatti, i soggetti che siano stati «vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale», ovvero sia soggetti passivi dei reati di concussione o di estorsione, purché si tratti di fattispecie aggravate «ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203»⁹. Sono esclusi dalle procedure di gara i soggetti che «non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689»¹⁰. La circostanza della mancata denuncia «deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando». La mancata denuncia «deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente» all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici «la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio». Nel corso della procedura di gara le stazioni appaltanti dovranno, pertanto, procedere alla consultazione dell'Osservatorio e verificare se risultino presenti annotazioni attestati che, nel corso del periodo dei tre anni anteriori alla pubblicazione del bando, sia stata presentata dal p.m. una richiesta di rinvio a giudizio, a carico del concessionario o dell'estorsore, formulata in base ad indizi dell'estorsione o della concussione subita e mai denunciata dal concorrente alla gara¹¹.

Per quanto concerne l'iscrizione delle fattispecie rilevanti ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara, va osservato che le relative annotazioni sono inserite dall'Autorità per la vigilanza, all'interno dell'Osservatorio, nel Casellario informatico consultabile *on line*, nella sezione del sito internet dell'Autorità –ad accesso riservato- dedicata appunto alle «Annotazioni riservate». La procedura per l'iscrizione delle annotazioni a carico degli operatori economici è stata disciplinata dalla medesima Autorità per la vigilanza, rispettivamente, con determinazione n. 10 del 6 maggio 2003¹², con successiva determinazione n. 1 del 2 marzo 2005¹³ e, da ultimo, con determinazione n. 1 del 10 gennaio 2008¹⁴.

⁸ Per l'applicazione della lett. b) dell'articolo 38 Cod. contr. pubbl. va infatti verificato «il requisito della pericolosità sociale, che costituisce il presupposto del procedimento» per l'applicazione delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge n. 1423/1956: A.V.L.P., Det. n. 13/2003 cit.

⁹ Si tratta del decreto legge che ha disposto «Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa» nel quale, all'articolo 7, si prevedono pene aggravate «per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo».

¹⁰ L'articolo 4 della L. 689/1981 (anch'essa parzialmente modificata dalla L. n. 94/2009) disciplina le «Cause di esclusione della responsabilità» -ovverossia le ipotesi di esclusione dall'applicazione di sanzioni amministrative- prevedendo, al primo comma, che «Non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa (..)».

¹¹ Nel corso dell'esame del testo della legge in sede referente alla Camera, la disposizione era stata modificata, circoscrivendo l'esclusione dagli appalti ai soli soggetti che fossero imputati, con riferimento ai reati di concussione o estorsione aggravate, per false informazioni al P.M., falsa testimonianza o favoreggiamento personale. Un “maxi-emendamento” del Governo ha riportato il testo alla formulazione approvata dal Senato (con la sola differenza, già ricordata, del riferimento alle cause di esclusione della responsabilità di cui alla L. n. 689/1981): cfr. «La normativa antimafia nel primo anno della XVI Legislatura», *Dossier* del Servizio Studi del Senato, n. 143 del luglio 2009.

¹² Avente ad oggetto l'«Inserimento dei dati nel casellario informatico delle imprese».

¹³ Avente ad oggetto l'«Esclusione dalle gare nel caso di soggetti responsabili di avere reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici».

¹⁴ Avente ad oggetto «Casellario informatico degli operatori economici esecutori dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture».

L'Autorità ha esplicitamente disposto, a tale proposito, che «le stazioni appaltanti debbono procedere, sulla base delle dichiarazioni presentate dai concorrenti, delle certificazioni dagli stessi prodotte e dai riscontri rilevabili dai dati eventualmente presenti nel Casellario informatico degli operatori economici, ad una immediata verifica circa il permanere, al fine dell'ammissione alla gara, del possesso dei requisiti d'ordine generale da parte dei concorrenti»¹⁵.

2. Uno sguardo d'insieme sulla realtà delle estorsioni.

Il 9 febbraio del 1993, deponendo davanti alla Commissione parlamentare antimafia, un collaboratore di giustizia spiegò così l'essenza del pizzo:

«Le estorsioni sono una cosa che va benissimo a Palermo. Le persone sono molto educate nel pagare, nel non fare storie. Pagano quasi tutti. Quando sento dire di qualche industriale, di qualche imprenditore che non paga, mi stranizzo, capisco però che è giusto che dicano di non pagare. (...) Se lei è una persona perbene e non ha nessun esercizio, io non ho nessun motivo per disturbarla; se invece ha una bottega o una fabbrica, questo è un motivo per entrare in contatto con lei. Dopo che l'ho conosciuta come persona, può avvenire che, al livello in cui è lei, può farmi qualche favore. Io lo faccio a lei, e lei lo fa a me. Altrimenti si romperebbe questo rapporto, che è molto importante»¹⁶.

Con le estorsioni, quindi, «due mondi lontani -quello del libero mercato del commercio e dell'imprenditoria e quello della cieca e bestiale violenza di contadini arricchiti e di guappi di periferia cresciuti a miseria e pistole- vengono in contatto, si saldano, si riconoscono e si legittimano vicendevolmente»¹⁷.

Per quanto concerne, più specificamente, l'incidenza economica del fenomeno delle estorsioni, un importante studio, realizzato nel 2003 dalla Fondazione BNC in collaborazione con il CENSIS¹⁸ nell'ambito del programma «Cultura dello sviluppo e cultura della legalità nel Mezzogiorno», ha stimato l'entità della mancata crescita del valore aggiunto delle imprese meridionali causata dalla presenza pervasiva della criminalità organizzata. Il «tasso di zavorramento mafioso annuo» produce effetti considerevoli poiché, se non avesse avuto modo di incidere negativamente sull'andamento della produzione, il PIL *pro-capite* del Mezzogiorno (nel periodo oggetto dell'analisi) avrebbe raggiunto quello del Nord. Questo diffuso senso di paura spinge quasi il 70% degli imprenditori intervistati ad affermare che l'imprenditore subisce nel Mezzogiorno troppi condizionamenti esterni, tanto da non sentirsi completamente libero nelle proprie decisioni; e questo clima esasperato spinge il 25% a denunciare un'eccessiva difficoltà a «continuare la propria attività». Il 65% degli intervistati ha rilevato la presenza di atti di taglieggiamento nella propria zona e per il 14% questo tipo di attività risulta anche molto diffuso; per il 70% l'usura è largamente praticata; per il 26% le organizzazioni criminali impongono la

¹⁵ A.V.C.P., Det. n. 1/2008 cit.

¹⁶ Si tratta della deposizione di «Gaspare Mutolo, che al fianco dei big di Cosa Nostra, in un decennio, da ladro d'auto, era assunto al rango di trafficante internazionale di droga»: l'episodio dell'audizione da parte della Commissione antimafia è così riferito da E. Bellavia e M. De Lucia, «Il cappio», Milano, 2009, p. 16.

¹⁷ E. Bellavia e M. De Lucia, «Il cappio» cit., p. 16, in cui viene altresì sottolineato (pp. 163-164) che «il pizzo non è soltanto una somma di denaro che si paga alla mafia per paura o, peggio, che si paga perché c'è assuefazione a pagare. Vi è anche, per alcuni, convenienza nel pagare, soprattutto a certi livelli ed in determinate attività economiche. Mentre in altre parti del territorio nazionale la banda criminale che intende procedere all'esazione estorsiva cerca di inserirsi nel territorio nel quale è presente e preesiste una realtà economica autonoma e prevalentemente sana, a Palermo è l'iniziativa economica nuova che tenta di inserirsi in un territorio da sempre governato dall'organizzazione mafiosa».

¹⁸ La sintesi dello studio è liberamente consultabile mediante accesso al sito internet del CEN.S.I.S., www.censis.it, nella sezione dedicata all'«Attività» svolta nell'anno 2003.

loro manodopera alle imprese; per il 26% vi sono imprese costrette a ricorrere solo ai fornitori imposti dalle organizzazioni criminali; il 63,9% rileva la nascita improvvisa di grandi imprese capaci di spiazzare letteralmente (operando con prezzi molto contenuti) le aziende concorrenti, specie quelle di piccole dimensioni; per il 67% degli imprenditori contattati non sempre le assegnazioni degli appalti pubblici sono chiare e trasparenti.

Più di recente, l'ultimo rapporto di SOS Impresa relativo all'anno 2008 stima che la "mafia spa" avrebbe un fatturato complessivo di circa 130 miliardi di euro ed un utile che sfiora i 70 miliardi. Nove miliardi vengono dal racket. Dieci anni prima erano 8000 miliardi di lire. Ed oggi sarebbero 160.000 i commercianti colpiti¹⁹.

3. L'obbligo di denuncia delle estorsioni previsto nei protocolli di legalità.

L'obbligo di denuncia delle estorsioni subite da parte degli operatori economici costituisce uno strumento di contrasto alla pressione mafiosa già previsto in varie fonti. Clausole di tenore analogo a quella recentemente introdotta all'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici sono infatti rinvenibili, ad esempio, in vari protocolli di legalità, sia pur con varie formulazioni e con la previsione di obblighi diversi. Di seguito viene tracciato -a puro scopo esemplificativo- un raffronto sinottico tra alcune prescrizioni similari, contenute in tre protocolli di legalità stipulati in relazione ad ambiti territoriali diversi:

Protocollo di legalità della Regione Siciliana²⁰	Protocollo di legalità tra Prefettura di Benevento ed A.N.A.S.²¹	Protocollo di legalità tra Prefetture della Toscana ed A.N.A.S.²²
--	--	---

¹⁹ Nei contenuti riferiti da E. Bellavia e M. De Lucia, «Il cappio» cit., p. 33.

²⁰ Articolo 8 del Protocollo di legalità del 12 luglio 2005, stipulato tra Regione Siciliana, Ministero dell'Interno, Prefetture di Trapani, Siracusa, Ragusa, Messina, Enna, Caltanissetta, Agrigento Catania e Palermo, nonché Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, INPS ed INAIL. Va segnalato che, più di recente, la L.R. 20 novembre 2008, n. 15 approvata dalla Regione Siciliana, recante «Misure di contrasto alla criminalità organizzata», dispone, all'articolo 2 («Conto unico per gli appalti»), che «I bandi di gara prevedono, pena la nullità degli stessi, la risoluzione del contratto nell'ipotesi in cui il legale rappresentante o uno dei dirigenti dell'impresa aggiudicataria siano rinviati a giudizio per favoreggiamento nell'ambito di procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata» (comma 2). Lo stesso articolo 2 dispone, inoltre, che gli enti appaltanti verificano il rispetto di tali obblighi (comma 3). A differenza della norma contenuta nel Codice dei contratti pubblici, tuttavia, la legge regionale siciliana esplica i propri effetti limitatamente all'operatore economico aggiudicatario i cui amministratori siano stati effettivamente rinviati a giudizio per lo specifico reato di favoreggiamento. L'articolo 17 («Esclusione dal godimento di benefici») della medesima L.R. n. 15/2008 dispone poi che «1. L'imprenditore che a seguito di sentenza penale di condanna passata in giudicato sia dichiarato colpevole per il reato di cui all'articolo 367 codice penale, commesso al fine di godere di benefici a qualunque titolo concessi, compresi quelli di cui all'articolo 3, comma 2, lettere a), b) e c) della presente legge, è escluso per cinque anni dall'accesso a qualunque forma di beneficio, non solo di carattere economico, previsto dalla Regione o da altro ente pubblico regionale o locale». L'articolo 3 («Istituzione delle zone franche per la legalità») della L.R. n. 15/2008 dispone, più in particolare, che «1. Il Presidente della Regione, d'intesa con il Ministro dell'Interno, istituisce per ogni provincia una o più zone franche per la legalità (ZFL), per un territorio avente una popolazione residente non inferiore a cinquantamila abitanti. 2. In favore degli imprenditori che denunciano richieste estorsive o richieste provenienti dalla criminalità organizzata, tendenti a modificare il normale svolgimento dell'attività economica, cui sia seguita una richiesta di rinvio a giudizio, la Regione provvede, per cinque periodi di imposta decorrenti dalla suddetta richiesta, al rimborso dei seguenti oneri fiscali, dovuti sulla base delle dichiarazioni presentate, e contributivi connessi all'attività d'impresa: a) imposte sui redditi; b) contributi previdenziali; c) imposta comunale sugli immobili. 3. Per i contributi previdenziali e l'imposta comunale sugli immobili, indicati rispettivamente alle lettere b) e c) del comma 2, è rimborsato quanto dovuto e versato. 4. Gli imprenditori che operano nel territorio della Regione, anche al di fuori delle zone franche per la legalità, che denunciano richieste estorsive o richieste provenienti dalla criminalità organizzata, tendenti a modificare il normale svolgimento dell'attività economica, cui sia seguita una richiesta di rinvio a giudizio, possono usufruire dei benefici di cui al comma 2. 5. Nelle more ovvero in caso di definizione negativa della procedura di cui all'articolo 88, paragrafi 2 e 3, del Trattato istitutivo della Comunità europea, le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 si applicano nei limiti stabiliti per gli aiuti "de minimis"».

<p>La Regione Siciliana adotterà le iniziative necessarie affinché i bandi relativi a (..) gare di appalto di opere e lavori pubblici, di pubbliche forniture di beni e servizi prevedano, a carico delle imprese aggiudicatarie di appalti o di subappalti (..), delle loro eventuali affidatarie, nonché di ogni impresa con la quale possono avere rapporti derivati, l'obbligo di sottoscrivere apposita dichiarazione, con la quale le stesse si impegnano, pena (..) il recesso del contratto (..) a collaborare con le Forze di Polizia, denunciando ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale (richieste di tangenti, pressioni per indirizzare l'assunzione di personale o l'affidamento di subappalti a determinate imprese, danneggiamenti/furti di beni personali o in cantiere ecc.).</p>	<p>L'Azienda (A.N.A.S.) inserirà nei relativi bandi e nei capitolati speciali di appalto, che "Le imprese aggiudicatarie dei lavori debbono sottoscrivere apposita dichiarazione con la quale si impegnano - pena la decadenza dal contratto e dai benefici - a segnalare immediatamente alle Forze di Polizia, ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale, in qualunque forma esso si manifesti nei confronti dell'imprenditore, degli eventuali componenti la compagine sociale o dei loro familiari (richieste di tangenti, pressioni per indirizzare l'assunzione di personale o l'affidamento di subappalti a determinate imprese, danneggiamenti/furti di beni personali o in cantiere ecc.), con riserva dell'Amministrazione a recedere dal contratto ove venga acclarata la violazione di siffatta clausola, salva l'ipotesi di un'accertata collaborazione con l'A.G.</p>	<p>Nel bando di gara andrà introdotta la clausola secondo la quale l'impresa aggiudicataria si impegna a referire tempestivamente all'ANAS ogni illecita richiesta di danaro, prestazione o altra utilità, ovvero offerta di protezione, che venga avanzata nel corso dell'esecuzione dei lavori nei confronti di un proprio rappresentante, agente o dipendente. Analogo obbligo verrà assunto dalle imprese subappaltatrici e da ogni altro soggetto che intervenga a qualunque titolo nella realizzazione dell'intervento; nel bando di gara sarà, altresì, specificato che gli strumenti contrattuali dovranno recepire tale obbligo, che non è in ogni caso sostitutivo dell'obbligo di denuncia all'Autorità giudiziaria dei fatti attraverso i quali sia stata posta in essere la pressione estorsiva e ogni altra forma di illecita interferenza</p>
--	--	--

Quella introdotta dal c.d. "pacchetto sicurezza" costituisce una clausola il cui tenore sostanziale era stato inoltre previsto in molte delle deliberazioni adottate dal Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica in sede di finanziamento di grandi opere²³, le cui prescrizioni fanno a loro volta rinvio a quelle dettate dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere²⁴.

6. L'elargizione di cui alla legge 23 febbraio 1999, n. 44, è esente, secondo quanto previsto dall'articolo 9, comma 3, della medesima legge, dal pagamento dell'imposta regionale sulle attività produttive. (..)».

²¹ Articolo 7 del Protocollo di legalità del 19 novembre 2008, stipulato tra Prefetto di Benevento ed A.N.A.S., compartimento della viabilità per la Campania.

²² Articolo 1 del Protocollo di legalità del 4 giugno 2008, stipulato tra le Prefetture della Toscana ed A.N.A.S., compartimento della viabilità per la Toscana.

²³ Si pensi, ad esempio, alle tre grandi infrastrutture da realizzare in Umbria mediante, rispettivamente:

◦ l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione della piattaforma logistica dell'Alto Tevere nei comuni di Città di Castello e San Giustino, per un importo complessivo dell'appalto pari ad €. 14.805.008,81, approvato con deliberazione del C.I.P.E. n. 90 del 30.08.2007;

Ed ancora, nelle recenti «Linee guida antimafia»²⁵ adottate dal Ministero dell'interno a margine del c.d. «Decreto Abruzzo» viene esplicitamente previsto che «I tentativi di estorsione, posti in essere con qualsivoglia forma e modalità, anche attraverso offerte di protezione, dovranno essere immediatamente denunciati alle Forze di polizia e si dovrà informarne anche il coordinatore del Gruppo Interforze costituito presso la Prefettura - Ufficio territoriale del Governo della provincia di L'Aquila. In caso di mancata osservanza dell'obbligo di denuncia tale comportamento omissivo, in analogia a quanto previsto dall'articolo 176, comma 3, lettera e) del codice dei contratti pubblici²⁶, potrà essere valutato dal soggetto aggiudicatore ai fini dell'irrogazione della sanzione consistente nella perdita del contratto»²⁷.

-
- L'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione della piattaforma logistica di Foligno, per un importo complessivo dell'appalto pari ad €. 23.248.223,08, approvato con deliberazione del C.I.P.E. n. 82 del 01.08.2008;
 - L'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione della piattaforma logistica di Terni – Narni, per un importo complessivo dell'appalto pari ad €. 17.098.572,96, approvato con deliberazione del C.I.P.E. n. 81 del 01.08.2008.

²⁴ Si tratta del Comitato costituito con decreto del 14 marzo 2003 emanato dal Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della Giustizia e il Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti. Il Comitato, composto anche da rappresentanti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, della Direzione Nazionale Antimafia, dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e della D.I.A., si occupa del monitoraggio dei lavori per prevenire tentativi di infiltrazione da parte della criminalità organizzata. Tale organismo può avvalersi, in particolare, della collaborazione dei prefetti, delle forze di polizia e dei provveditori alle opere pubbliche per l'acquisizione e l'analisi dei dati relativi all'esecuzione dei lavori e alla rilevazione di eventuali fenomeni di inquinamento criminale.

²⁵ Ministero dell'interno, «Linee guida antimafia di cui all'articolo 16, comma 4, del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, recante: «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici verificatisi nella regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile»» pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale n. 156 dell'8 luglio 2009. L'articolo 16, comma 4 del D.L. n. 39/2009, convertito, con modificazioni, con L. 24 giugno 2009, n. 77, dispone che «I controlli antimafia sui contratti pubblici e sui successivi subappalti e subcontratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture sono altresì effettuati con l'osservanza delle linee guida indicate dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere, anche in deroga a quanto previsto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252».

²⁶ Ai sensi dell'articolo 176 («Affidamento a contraente generale») del D.Lgs. n. 163/2006 «Il soggetto aggiudicatore provvede (...) e) alla stipulazione di appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano. I contenuti di tali accordi sono definiti dal CIPE sulla base delle linee guida indicate dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere, istituito ai sensi dell'articolo 180 del codice e del decreto dell'interno in data 14 marzo 2003 (...) in ogni caso prevedendo l'adozione di protocolli di legalità che comportino clausole specifiche di impegno, da parte dell'impresa aggiudicataria, a denunciare eventuali tentativi di estorsione, con la possibilità di valutare il comportamento dell'aggiudicatario ai fini della successiva ammissione a procedure ristrette della medesima stazione appaltante in caso di mancata osservanza di tali prescrizioni. Le prescrizioni del CIPE a cui si uniformano gli accordi di sicurezza sono vincolanti per i soggetti aggiudicatori e per l'impresa aggiudicataria, che è tenuta a trasferire i relativi obblighi a carico delle imprese interessate a qualunque titolo alla realizzazione dei lavori. Le misure di monitoraggio per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa comprendono il controllo dei flussi finanziari connessi alla realizzazione dell'opera, inclusi quelli concernenti risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori ai sensi dell'articolo 175 e quelli derivanti dalla attuazione di ogni altra modalità di finanza di progetto. Il CIPE definisce, altresì, lo schema di articolazione del monitoraggio finanziario, indicando i soggetti sottoposti a tale forma di controllo, le modalità attraverso le quali esercitare il monitoraggio, nonché le soglie di valore delle transazioni finanziarie oggetto del monitoraggio stesso, potendo anche indicare, a tal fine, limiti inferiori a quello previsto ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197. Gli oneri connessi al monitoraggio finanziario sono ricompresi nell'aliquota forfettaria di cui al comma 20».

²⁷ A tal fine, nelle citate «Linee guida antimafia» si prevede che «il soggetto aggiudicatore riceverà dal prefetto della provincia di L'Aquila apposita nota che attesta le risultanze dell'avvenuta contestazione, in contraddittorio, del comportamento omissivo addebitato all'impresa».

4. Le condizioni per rendere efficace la nuova norma.

Come già accennato, l'obbligo di denuncia delle estorsioni costituisce uno strumento voluto e previsto in molteplici fonti, e ciò contribuisce di per sé a testimoniare la validità e l'efficacia ai fini del contrasto alle infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici. La *ratio* della nuova disposizione è, infatti, quella di creare una "pressione positiva" in capo alle "vittime", inducendole a porre in piena luce il mondo delle estorsioni, anche allo scopo di evitare l'effetto di "isolamento" nel quale si trovano le imprese che hanno scelto spontaneamente di rischiare beni e incolumità denunciando il racket subito. In questo senso, la nuova norma costituirà, inevitabilmente, un nuovo elemento di rischio per l'esercizio delle attività estorsive, posto che con essa si impone agli operatori economici il "dovere del coraggio".

Al di là di alcune possibili criticità che potrebbero emergere in sede "applicativa"²⁸, l'introduzione della causa di esclusione dagli appalti a carico di imprese soggette alla pressione mafiosa deve tuttavia far riflettere su alcuni aspetti, essenziali ai fini dell'effettiva utilità del nuovo strumento normativo per il contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici. Occorre infatti evitare che la nuova norma abbia –paradossalmente- l'effetto di agevolare le organizzazioni mafiose togliendo la possibilità agli operatori economici non collusi di concorrere liberamente per l'affidamento degli appalti.

Appare importante, quindi, che le stazioni appaltanti consentano alle imprese non infiltrate di poter essere realmente competitive sul mercato degli appalti pubblici. Recenti studi documentano che, al fine di contrastare i fenomeni dell'illegalità e della penetrazione mafiosa nel ciclo del contratto pubblico²⁹, è opportuno che le stazioni appaltanti evitino quanto più possibile di ricorrere al criterio del prezzo più basso ai fini dell'aggiudicazione degli appalti: le imprese "infiltrate" hanno, infatti, maggiori possibilità di ottenere l'affidamento di appalti i cui bandi di gara siano stati indetti con il criterio del prezzo più basso (o del maggior ribasso), essendo in grado di praticare praticando prezzi e ribassi che le imprese "vittime" non sono in grado di sostenere. È stata inoltre evidenziata l'opportunità che le stazioni appaltanti scelgano di non far ricorso all'esclusione automatica delle offerte anomale (attualmente ammissibile –in presenza di determinate condizioni- per i soli appalti "sottosoglia" da aggiudicare al prezzo più basso), trattandosi di un meccanismo che prevede l'individuazione matematica di una soglia di "anomalia" dei ribassi offerti dai concorrenti il cui superamento comporta l'esclusione automatica dalla gara e può così consentire alle imprese infiltrate di "pilotare" le aggiudicazioni³⁰.

Ma, se il ruolo delle stazioni appaltanti appare essenziale per consentire, in via generale, un effettivo confronto concorrenziale, **non va dimenticato anche l'indispensabile, specifico supporto che le**

²⁸ Sotto il profilo soggettivo, la nuova disposizione riguarda soltanto gli appaltatori ed i subappaltatori, o tutti i soggetti affidatari dei sub-contratti stipulati "a valle" dell'appalto principale? È coerente la previsione, in presenza di un presupposto costituito dalla commissione di un reato, dell'esimente prevista per il caso di applicazione di sanzioni amministrative? E -pur considerando che il rinvio a tale esimente è collegato non alla commissione del reato, quanto piuttosto all'esclusione dall'appalto- è legittimo considerare tale esclusione alla stregua di una "sanzione amministrativa"? È legittimo che tale causa di esclusione sia fondata semplicemente sull'esistenza degli «indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio dell'imputato»? Quale è la durata dell'esclusione dagli appalti? Ed il periodo di tre anni previsto nella nuova norma decorre dalla richiesta di rinvio a giudizio oppure (in analogia con quanto chiarito da A.V.L.P., Det. n. 1/2005 cit.) dall'iscrizione nell'Osservatorio dell'omessa denuncia? E quale sarà l'esito dell'annotazione nel caso in cui alla richiesta non faccia seguito il rinvio a giudizio dell'imputato, oppure nel caso in cui il giudizio si concluda senza l'adozione di un provvedimento di condanna? Sarebbe particolarmente importante poter contare -soprattutto per questi ultimi punti di domanda- su di un autorevole chiarimento da parte dell'Autorità per la vigilanza.

²⁹ L'opportunità di ridurre l'ambito di applicazione del criterio del prezzo più basso, a favore del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (che consente di valutare anche la qualità tecnica dell'offerta) è, ad esempio, una delle proposte segnalate dal C.N.E.L. (Osservatorio Socio-economico sulla criminalità) e da I.T.A.C.A. (Istituto per l'Innovazione e la Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale) nel Rapporto «Il contrasto dei fenomeni di illegalità e della penetrazione mafiosa nel ciclo del contratto pubblico», luglio 2008, p. 53.

³⁰ Rapporto «Il contrasto dei fenomeni di illegalità» cit., p. 38.

istituzioni e le associazioni di categoria devono offrire alle imprese che decidono di denunciare il "pizzo". Se nella norma antirackett la logica è quella di indurre gli imprenditori a denunciare - prevedendo a loro carico una sanzione pesante come quella dell'esclusione dagli appalti pubblici- **ciò che appare assolutamente essenziale, affinché possa essere realmente vinta l'omertà, è che le istituzioni e le associazioni di categoria forniscano anche il necessario sostegno agli operatori economici, perché non può essere sufficiente imporre alle imprese di denunciare gli estorsori e poi lasciarle sole**³¹. In questo senso esistono esperienze di contrasto efficace -maturate "sul campo"- che si sono dimostrate vincenti proprio in quanto sono partite da un forte coinvolgimento dell'imprenditoria ad opera delle istituzioni, dimostrando come sia possibile, anche se con molte difficoltà, far sì che gli operatori economici denuncino realmente le estorsioni.

Proprio in questa luce, pare importante concludere queste prime sommarie riflessioni a margine della nuova causa di esclusione dagli appalti con le felici parole di Elena Ciccarello e Marco Nebiolo tratte dal libro «Fuga dall'illegalità. Gela, i cittadini, le leggi, le istituzioni»³²:

«A Gela l'inverno dell'antirackett è durato più di dieci anni. È stata necessaria una rinnovata attenzione da parte delle istituzioni perché si rompesse il muro di silenzio e si costituisse un'associazione tra esercenti liberi. (..) Da qualche anno il clima in città è cambiato, parlare di pizzo non è più tabù né fa scandalo (..) e proprio le nuove aperture dei commercianti hanno consentito, a partire dal 2003, che il Comune e la FAI nelle persone del sindaco Crocetta e del presidente Tano Grasso, sostenuti dalle Forze dell'ordine e dalla Prefettura, intraprendessero un'operazione "a freddo". L'associazione non è nata perché c'era un clima di emergenza, ma perché si è riusciti a liberare bisogni sotterranei. "Abbiamo organizzato più di un anno di incontri segreti in Commissariato e Prefettura. La cosa difficile all'inizio è individuare le persone (..) i commercianti devono imparare a fidarsi l'uno dell'altro, devono discutere, confrontarsi, riunirsi, per convincersi a uscire allo scoperto. È un lavoro lungo. Deve essere concesso tutto il tempo per pensarci e trovare la giusta motivazione" spiega Tano Grasso. (..) Oggi i commercianti che decidono di collaborare sono protetti dal più stretto riserbo e nessuno rischia la propria vita. Eppure la segretezza che avvolge i loro nomi sottolinea ancora una volta il pericolo di esporsi. (..) L'Associazione antirackett riceve molte telefonate e le adesioni sono in continua crescita. Soprattutto nei periodi di festa, quando a Natale, Pasqua e Ferragosto la mafia fa il giro di raccolta "per i carcerati". Il telefono squilla, e dall'altra parte di gente disperata, che non riesce più a pagare, in cerca di una via di fuga. (..) Moltissimo ha fatto la nuova disponibilità da parte della polizia a raccogliere le denunce in forma confidenziale. (..) In una città scettica, dove molti cittadini si dicono sfiduciati e soli, la nuova stagione dell'antirackett ha segnato un nuovo traguardo. Certo i numeri parlano ancora di una strada in salita -gli aderenti all'associazione sono un centinaio, mentre tutti gli operatori economici di Gela sono circa mille e seicento- ma si è aperta una feritoia, una breccia, da cui soffia un'aria fresca».

³¹ Libero Grassi, imprenditore siciliano assassinato dalla mafia, aveva più volte sottolineato che «dovrebbero essere proprio le associazioni a proteggere gli imprenditori. Come? È facile. Si potrebbero fare delle assicurazioni collettive. Così anche se la mafia minaccia di dar fuoco al magazzino si può rispondere picche. (..) La risposta infatti deve essere collettiva per spersonalizzare al massimo la vicenda». Il pensiero di Libero Grassi citato nel presente contributo è tratto dalla felice ricostruzione che ne è stata tracciata da E. Bellavia e M. De Lucia ne «Il cappio» cit., pp. 19-20. Si veda, a tale proposito, anche la testimonianza di Pina Maisano Grassi, «Io non voglio farmi i fatti miei. Voglio reagire», raccolta da A. Mascali nel volume «Lotta civile contro le mafie e l'illegalità», Milano, 2009, p. 146 segg.

³² E.G.A. Editore, 2007, pagg. 109-111.

*Avvocato, responsabile degli Aspetti tecnico-professionali connessi all'Osservatorio regionale dei contratti pubblici relativi a servizi e forniture della Regione Umbria. Le opinioni espresse nel presente contributo sono riferibili esclusivamente all'Autrice e non impegnano in alcun modo l'Amministrazione regionale.