

## Schema di Determinazione

### Applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 163/2006 a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 159/2011

#### Sommario

<b>Sommario</b> .....	1
<b>1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità</b> .....	2
<b>2. Considerazioni preliminari: partecipazione alla procedura di gara e stipula del contratto d'appalto</b> .....	3
<b>3. Ambito soggettivo</b> .....	4
<b>4. "Pendenza" del procedimento</b> .....	5
<b>5. Verifiche antimafia</b> .....	7
<b>6. Termini</b> .....	8

## 1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

Nello svolgimento dell'attività di vigilanza sul sistema di qualificazione ex art. 6, comma 7, lett. m), del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (di seguito Codice dei contratti), l'Autorità ha potuto constatare l'esistenza di alcuni profili di criticità in ordine all'applicazione del combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lett. b), del Codice con l'art. 78 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 (nel seguito Regolamento), derivanti dall'entrata in vigore del D.Lgs. 6 settembre 2011 n. 159, recante "*codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*" (di seguito Codice antimafia).

Al riguardo si osserva che tra i requisiti di carattere generale occorrenti per il conseguimento dell'attestato di qualificazione di cui all'art. 40 del Codice dei contratti, è richiesta - ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b) dello stesso Codice, richiamato dall'art. 78 del D.P.R. n. 207/2010 - l'assenza della pendenza del procedimento "*per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci 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 o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società*".

La Legge 27 dicembre 1956 n. 1423 e la Legge 31 maggio 1965 n. 575, richiamate dal citato articolo 38, comma 1, lett. b), sono state abrogate per effetto dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 159/2011 e, pertanto, i richiami normativi contenuti nello stesso art. 38 a tali fonti, devono ritenersi sostituiti con le nuove disposizioni in materia.

In particolare l'art. 3 della Legge n. 1423/1956 deve intendersi sostituito dall'art. 6 (*tipologia delle misure e loro presupposti*) del D.Lgs. n. 159/2011, mentre l'art. 10 della Legge n. 575/1965 deve intendersi sostituito dall'art. 67 (*effetti delle misure di prevenzione*) dello stesso decreto legislativo.

Pertanto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti con l'art. 78 del D.P.R. n. 207/2010 e sulla base delle abrogazioni disposte dal D.Lgs. n. 159/2011, non può ottenere l'attestato di qualificazione l'impresa nei cui confronti sia accertata:

- la pendenza del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 6 del D.Lgs. n. 159/2011;  
oppure
- la sussistenza di una delle cause ostative previste dall'art. 67 del medesimo decreto legislativo.

Posto che tra le norme intervenute e quelle previgenti (sopra indicate) non sussiste una completa sovrapposibilità, è sorta l'esigenza di un coordinamento tra l'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti e le richiamate disposizioni del Codice antimafia, al fine di risolvere alcuni profili di criticità sorti in ordine all'applicazione delle norme stesse nell'ambito del sistema di qualificazione.

Ai fini di tale coordinamento occorre sottolineare che le disposizioni del Codice antimafia (ed in particolare, per gli aspetti che qui rilevano, quelle del Libro II, entrate in vigore il 13 febbraio 2013 a seguito della pubblicazione del D.Lgs. 15 novembre 2012 n. 218 nella G.U. del 13 dicembre 2012) costituiscono *ius superveniens* rispetto al Codice dei contratti ed alla relativa disciplina attuativa (recata dal Regolamento). Esse, inoltre, non si limitano ad una mera ricognizione del contenuto delle norme che hanno sostituito (art. 3 Legge n. 1423/1956 e art. 10 Legge n. 575/1965) ma lo innovano attraverso l'espressa inclusione degli attestati di qualificazione in seno all'art. 67 citato.

Deve ritenersi, pertanto, che il Codice antimafia – pur non prevedendo l'abrogazione espressa del citato art. 38, il quale continua quindi ad esplicare i propri effetti – abbia senz'altro innovato la disciplina dettata da tale disposizione, con particolare riferimento agli aspetti di seguito indicati.

## **2. Considerazioni preliminari: partecipazione alla procedura di gara e stipula del contratto d'appalto**

Prima di analizzare le problematiche inerenti l'applicazione delle norme sopra richiamate nell'ambito del sistema di qualificazione, sembra opportuno chiarire che le verifiche contemplate nell'art. 38 del Codice dei contratti attengono alla fase di gara e sono funzionali alla comprova dei requisiti generali dichiarati dai concorrenti in tale sede nonché per la stipula del contratto. Le verifiche contemplate nel Codice antimafia, come emerge dal disposto dell'art. 83 dello stesso *corpus* normativo attengono, invece, al momento immediatamente antecedente alla stipula del contratto – e come tali sono limitate all'aggiudicatario – ed alla fase esecutiva dello stesso.

Consegue da quanto sopra che ai fini della verifica dei requisiti di carattere generale dei concorrenti in sede di gara, continua a trovare applicazione esclusivamente l'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti, trattandosi di disposizione normativa sulla quale non incidono – *in relazione a tale fase della procedura* – le norme dettate dal Codice antimafia.

Al riguardo valgono, dunque, le considerazioni espresse dall'Autorità (in particolare) nelle determinazioni n. 1/2010 e n. 1/2012, con riferimento all'esclusione dalle procedure di affidamento dei soggetti sottoposti a procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione antimafia ed agli strumenti che le stazioni appaltanti possono utilizzare per effettuare i necessari riscontri.

Ai fini della stipula del contratto, invece, occorre eseguire sull'aggiudicatario le verifiche contemplate dallo stesso art. 38, comma 1, lett. b), così come innovate dal Codice antimafia (secondo quanto indicato nei paragrafi successivi).

Al riguardo si sottolinea che la mera *pendenza* del procedimento per l'irrogazione di misure cautelari non osta alla stipula del contratto (né all'affidamento in subappalto) ma le stazioni appaltanti sono tenute ad effettuare i riscontri indicati nell'art. 67, commi 3 e 6, del Codice antimafia (sull'argomento si rinvia al par. 4), con le modalità di cui all'art. 5, comma 3, della deliberazione dell'Autorità n. 111 del 20/12/2012 (Attuazione dell'art. 6-bis del D.Lgs. n. 163/2006 introdotto dall'art. 20, comma 1, lettera a), legge n. 35 del 2012).

Restano valide le indicazioni fornite con le citate determinazioni n. 1/2010 e n. 1/2012 dell'Autorità, in relazione alle modalità di verifica, da parte della stazione appaltante, del possesso del requisito *de quo* presso il tribunale del luogo di residenza/dimora del soggetto persona fisica che ha rilasciato la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti.

### 3. Ambito soggettivo

Passando alle criticità emerse in ordine all'applicazione delle disposizioni antimafia nell'ambito del sistema di qualificazione di cui all'art. 40 del Codice dei contratti, una prima problematica da analizzare riguarda l'ambito soggettivo di applicazione delle verifiche antimafia.

Al riguardo si osserva infatti che ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti – richiamato dall'art. 78 del Regolamento, ai fini del conseguimento dell'attestato di qualificazione – le verifiche ivi previste devono essere eseguite sui seguenti soggetti “(...) *il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci 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 o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società*”.

Rispetto a tale previsione, l'art. 85 del Codice Antimafia, contiene un elenco più ampio di soggetti da sottoporre a verifica antimafia, sino ad includere, nel comma 2-bis, anche i “(...) *soggetti membri del collegio sindacale o, nei casi contemplati dall'articolo 2477 del codice civile, [il] sindaco, nonché [i] soggetti che svolgono i compiti di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*”.

Occorre, dunque, stabilire se ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione, le SOA sono tenute ad eseguire i controlli in argomento secondo le indicazioni dell'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti o secondo le indicazioni dell'art. 85 del Codice antimafia.

Al fine di chiarire tale aspetto, sembra opportuno richiamare, in via preliminare, l'art. 67 del Codice antimafia (comma 1) ai sensi del quale “*Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere: (...) e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici (...)*”.

Il successivo art. 83, in merito all'ambito di applicazione della documentazione antimafia statuisce a sua volta che “*le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di opere pubbliche, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67*” (comma 1).

Dal combinato disposto delle disposizioni sopra richiamate emerge chiaramente che ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione, le Società Organismo di Attestazione (SOA) sono tenute ad eseguire (anche) i controlli contemplati nel Codice antimafia, stante l'espressa inclusione dei provvedimenti in argomento nell'art. 67 del medesimo decreto legislativo e l'assimilazione delle predette SOA alle amministrazioni pubbliche, seppur nel senso di soggetti preposti all'esercizio di pubbliche funzioni. Tali società, infatti, svolgono una funzione pubblica di certificazione che sfocia nell'emissione degli attestati di qualificazione, con valore di atto pubblico; si tratta di documenti che hanno una particolare efficacia probatoria, atteso che ai sensi dell'art. 60 del Regolamento costituiscono condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione a procedure di gara per l'affidamento di lavori pubblici.

Sembra utile richiamare sull'argomento l'avviso espresso dalla Corte Costituzionale nella decisione n. 93 del 22 maggio 2013, nella quale (nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 40, comma 3, del Codice dei contratti, sollevata in

riferimento agli articoli 3 e 41 della Costituzione, per quanto attiene al divieto del congiunto esercizio delle attività di certificazione e di attestazione da parte di uno stesso soggetto ed alle limitazioni alla partecipazione al capitale sociale delle SOA per gli organismi di certificazione) è stato affermato che in considerazione della finalità del compito attribuito, le SOA, benché abbiano personalità giuridica di diritto privato ed esercitino il controllo in base ad un contratto di diritto privato con l'impresa allo stesso assoggettata (peraltro, caratterizzato da alcuni elementi predeterminati), “svolgono funzioni di natura pubblicistica” (cfr. art. 40, comma 3, Codice dei contratti) e rilasciano attestazioni a contenuto vincolato, aventi rilievo pubblicistico. Tale carattere dell'attività svolta determina l'assoggettamento delle SOA agli stessi vincoli che caratterizzano l'azione della P.A., primo fra tutti il dovere di imparzialità che, in questo caso, viene a specificarsi come neutralità, stante la natura tecnica delle funzioni, finalizzate ad assicurare l'idoneità tecnico-economica dei soggetti che svolgono attività nel settore dei lavori pubblici, nonché la previsione di meccanismi di controllo preordinati a garantire il principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione, precisamente perché esse costituiscono soggetti privati che, tuttavia, esercitano una pubblica funzione.

Appare, dunque, evidente l'assimilazione delle SOA alle amministrazioni pubbliche – nel senso sopra indicato – ed il conseguente obbligo per le stesse di eseguire le verifiche antimafia, oltre che sui soggetti indicati nell'art. 38 del Codice dei contratti, anche sui soggetti elencati nell'art. 85 del Codice antimafia, inclusi quindi quelli di cui al comma 2-bis della stessa disposizione (membri del collegio sindacale e soggetti che svolgono compiti di vigilanza di cui al D.Lgs. n. 231/2001).

Ciò in quanto, come già evidenziato, il Codice antimafia costituisce *ius superveniens* rispetto al Codice dei contratti e, dunque, deve ritenersi che abbia innovato *in parte qua* il disposto dell'art. 38 di quest'ultimo. Del resto lo stesso art. 85 non esclude espressamente dalle verifiche antimafia, le imprese che intendono ottenere l'attestato di qualificazione.

Conclusivamente sul punto, quindi, si ritiene che la verifica circa l'assenza delle cause ostative "antimafia" ex art. 38, comma 1, lett. b), del Codice dei contratti – richiamato, come già sopra detto, dall'art. 78 del Regolamento ai fini del conseguimento dell'attestato di qualificazione – debba essere estesa anche nei confronti dei soggetti indicati dal comma 2-bis dell'art. 85 del Codice antimafia, quale ulteriore garanzia dell'affidabilità morale dell'impresa che intende ottenere l'attestato di qualificazione.

#### 4. “Pendenza” del procedimento

L'art. 38, comma 1, lett. b), del Codice dei contratti individua tra le cause ostative alla partecipazione alle gare d'appalto ed alla successiva stipula dei contratti - cui va aggiunto il rilascio dell'attestazione di qualificazione, in forza della previsione di cui all'art. 78 del Regolamento - la *pendenza* del procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione.

In relazione a tale disposto normativo l'Autorità, con determinazioni n. 1/2010 e n. 1/2012, ha chiarito che si considera “*pendente*” il procedimento per l'irrogazione di una misura di prevenzione soltanto a seguito dell'iscrizione nell'apposito registro della cancelleria del tribunale, della proposta di applicazione della misura, personale o patrimoniale, formulata da uno dei soggetti legittimati (Procuratore nazionale antimafia, Procuratore della repubblica, Direttore della direzione investigativa antimafia, Questore).

In particolare l'annotazione della richiesta di applicazione della misura di prevenzione avviene nel registro di cui all'art. 34 della Legge n. 55/1990, oggi sostituito dall'art. 81 del Codice antimafia.

Occorre sottolineare al riguardo che mentre ai sensi del citato art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti, costituisce causa ostativa alla stipula del contratto d'appalto la mera *pendenza del procedimento* per l'applicazione delle misure di prevenzione, l'art. 67 del Codice antimafia prevede invece, ai commi 3 e 6, che sia il giudice a poter disporre in via provvisoria l'operatività dei divieti di stipula dei contratti e di rilascio dell'attestazione SOA durante il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione.

Tale ultima disposizione non attribuisce, dunque, come invece l'art. 38, comma 1, lett. b), del Codice dei contratti effetto interdittivo automatico alla mera pendenza dei procedimenti in questione.

In particolare, il comma 3 del citato art. 67, stabilisce che *“nel corso del procedimento di prevenzione, il tribunale, se sussistono motivi di particolare gravità, può disporre in via provvisoria i divieti di cui ai commi 1 e 2 e sospendere l'efficacia delle iscrizioni, delle erogazioni e degli altri provvedimenti ed atti di cui ai medesimi commi. Il provvedimento del tribunale può essere in qualunque momento revocato dal giudice procedente e perde efficacia se non è confermato con il decreto che applica la misura di prevenzione”*. Il comma 6 della stessa disposizione stabilisce inoltre che *“salvo che si tratti di provvedimenti di rinnovo, attuativi o comunque conseguenti a provvedimenti già disposti, ovvero di contratti derivati da altri già stipulati dalla pubblica amministrazione, le licenze, le autorizzazioni, le concessioni, le erogazioni, le abilitazioni e le iscrizioni indicate nel comma 1 non possono essere rilasciate o consentite e la conclusione dei contratti o subcontratti indicati nel comma 2 non può essere consentita a favore di persone nei cui confronti è in corso il procedimento di prevenzione senza che sia data preventiva comunicazione al giudice competente, il quale può disporre, ricorrendone i presupposti, i divieti e le sospensioni previsti a norma del comma 3. A tal fine, i relativi procedimenti amministrativi restano sospesi fino a quando il giudice non provvede e, comunque, per un periodo non superiore a venti giorni dalla data in cui la pubblica amministrazione ha proceduto alla comunicazione”*.

Anche in questo caso occorre, dunque, procedere al coordinamento delle norme sopra indicate.

A tale fine, sembra opportuno ribadire quanto evidenziato in premessa in ordine al fatto che il Codice antimafia costituisce normativa sopravvenuta rispetto al disposto dell'art. 38 del Codice dei contratti e, pertanto, occorre dare prevalenza alle disposizioni del citato art. 67, commi 3 e 6.

Tale soluzione interpretativa comporta, quindi, che il divieto contemplato nello stesso art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti, in relazione al rilascio dell'attestato di qualificazione, opera – non più sulla base della mera *pendenza del procedimento* per l'applicazione delle misure di prevenzione – ma sulla base di un provvedimento espresso del giudice con il quale sia disposta in via provvisoria l'operatività del divieto *de quo* durante il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione.

In conclusione sul punto, si ritiene che ai sensi del combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti pubblici con l'art. 67 del Codice antimafia, non è consentito procedere al rilascio dell'attestato di qualificazione solo in presenza di un provvedimento del giudice che disponga in maniera espressa l'operatività del divieto in parola.

## 5. Verifiche antimafia

Altra problematica sorta dal coordinamento dell'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti con le disposizioni del Codice antimafia, riguarda la tipologia di documentazione da acquisire per le verifiche antimafia in sede di rilascio dell'attestato di qualificazione.

Al riguardo occorre sottolineare che ai sensi dell'art. 83 del Codice antimafia, sopra richiamato, le amministrazioni pubbliche e gli altri soggetti ivi indicati – tra i quali, per le motivazioni sopra esposte, devono ritenersi incluse anche le SOA – “(...) devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'art. 84, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67”.

A sua volta, il citato art. 84 stabilisce, al comma 1, che la documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dalla informazione antimafia. Lo stesso articolo chiarisce, quindi, al comma 2 che “la comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67”, mentre al comma 3 chiarisce che “l'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4”.

Dal proprio canto, l'art. 91 prevede che l'informazione deve essere richiesta dalle pubbliche amministrazioni, prima del rilascio dei provvedimenti indicati nell'art. 67 (tra cui è prevista l'attestazione di qualificazione).

Dalle disposizioni sopra riportate emergere, pertanto, che anche ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione – quale provvedimento contemplato nell'art. 67, richiamato dagli artt. 83 e 91 – è necessaria l'acquisizione dell'informazione antimafia.

Anche in tal caso, infatti, il coordinamento delle norme sopra indicate con l'art. 38 del Codice, deve tener conto del criterio della successione delle leggi nel tempo dando quindi prevalenza alla disposizione del Codice antimafia.

Sussiste, pertanto, l'obbligo per le SOA di acquisire, prima del rilascio dell'attestato di qualificazione, l'informazione antimafia; ne deriva, pertanto, che la sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa – ove accertata – è da ritenere un ulteriore elemento ostativo all'ottenimento dell'attestato di qualificazione. La richiesta dell'informazione va fatta a prescindere dalle classifiche, previste dall'art. 61 del Regolamento, dell'attestato di qualificazione.

Ciò in quanto, le soglie di valore contemplate nel citato art. 91, comma 1, del Codice antimafia, devono intendersi riferite esclusivamente ai contratti d'appalto e relativi subcontratti e non anche alle attestazioni di qualificazione SOA.

È quanto emerge dal dato letterale della norma, a tenore della quale “I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, devono acquisire l'informazione di cui all'articolo 84, comma 3, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia: a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di”

*attività imprenditoriali; c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche”.*

La lettera della norma mostra chiaramente che le soglie di valore ivi riportate sono riferite *esclusivamente* ai contratti ed ai subcontratti “*da stipulare, approvare o autorizzare*” e non anche agli attestati di qualificazione. Infatti, il riferimento ai provvedimenti di cui all’art. 67 è contenuto in una frase incidentale (“*ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell’articolo 67*”), mentre la previsione delle soglie è riferita alla frase principale (nella quale, si menzionano soltanto i contratti e i subcontratti). Ciò, con ogni evidenza, mostra la volontà del legislatore di tenere distinti i contratti da tali ultimi provvedimenti, ai fini del generale obbligo di acquisizione dell’informazione antimafia per l’emissione degli stessi, prescindendo, pertanto dalle suindicate soglie di valore, che, del resto, la normativa comunitaria detta solo in ordine all’attività negoziale della pubblica amministrazione.

Conclusivamente sul punto, pertanto, il coordinamento delle norme sopra richiamate induce a ritenere sussistente per le SOA l’obbligo di acquisire, in sede di rilascio dell’attestato di qualificazione, sia la comunicazione antimafia sia l’informazione antimafia, a prescindere da qualunque soglia di valore.

## **6. Termini**

Infine, altra problematica attiene ai termini per il rilascio della documentazione antimafia di cui all’art. 84 del Codice antimafia.

Al riguardo occorre evidenziare, in primo luogo, che fino all’attivazione della Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia di cui all’art. 97 del predetto decreto legislativo, i soggetti di cui all’art. 83, commi 1 e 2 (tra i quali, come sopra indicato sono incluse le SOA) acquisiscono la documentazione antimafia direttamente dalle Prefetture competenti ai sensi dell’art. 87, commi 1 e 2 e dell’art. 90, commi 1 e 2 del Codice antimafia; per il rilascio di tale documentazione devono osservarsi i termini di cui agli articoli 88 e 92 dello stesso decreto legislativo (art. 99, comma 2-*bis*).

In particolare, le citate disposizioni di cui agli artt. 88 e 92, prevedono il termine di quarantacinque giorni, prorogabili di ulteriori trenta (il termine si riduce complessivamente a quindici giorni nei casi d’urgenza *ex* art. 92, comma 3), per il rilascio da parte della Prefettura della “comunicazione antimafia” e dell’“informazione antimafia”. Inoltre, per l’informazione antimafia l’art. 92 ha espressamente stabilito che, decorso il termine previsto, i soggetti richiedenti procedono anche in assenza di tale documento.

Analoga disposizione non è, tuttavia, prevista dall’art. 88 del Codice antimafia in relazione al mancato rilascio, entro i termini ivi indicati, della comunicazione antimafia da parte del Prefetto (mentre la possibilità di procedere ad autocertificazione è limitata alle ipotesi dell’urgenza e del rinnovo di provvedimenti già disposti; casi contemplati dall’art. 89, comma 1).

Alla luce dell’entrata in vigore di tali ultime disposizioni riguardanti i termini di rilascio delle certificazioni da parte delle Prefetture, occorre chiarire se le SOA possano procedere all’emissione dell’attesto di qualificazione anche in assenza di un esplicito riscontro degli uffici prefettizi.

Al riguardo sembra utile richiamare l’art. 92, comma 3, del Codice antimafia il quale stabilisce che “*decorso il termine di cui al comma 2, ovvero, nei casi di urgenza, decorso il termine di*



*quindici giorni dalla ricezione della richiesta, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza dell'informazione antimafia. In tale caso, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui al comma 1 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”.*

In relazione a tale disposizione si osserva che il termine previsto per il rilascio dell'informazione antimafia è da intendersi come ordinario (Circolare Ministero dell'Interno del 13/02/2013). Inoltre, aderendo al dato letterale della norma, si ritiene che la possibilità di procedere comunque, anche in assenza dell'informazione antimafia, al rilascio dei provvedimenti richiesti, è contemplata per “*i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2*”, tra i quali – come sopra indicato – devono ritenersi incluse anche le SOA. Queste ultime possono, dunque, provvedere all'emissione dell'attestato di qualificazione nelle more del rilascio dell'*informazione prefettizia*.

Pertanto, con riferimento al sistema di qualificazione, sembra possibile procedere al rilascio dell'attestato ove siano decorsi infruttuosamente i termini di cui all'art. 92, fatta salva la facoltà di procedere alla revoca del predetto documento ex art. 40, comma 9-ter del Codice dei contratti, in caso di intervenuta informazione antimafia interdittiva.

D'altra parte il precedente regime (art. 10 – *sexies*, comma 13, della Legge 31 maggio 1965 n. 575), relativamente alla certificazione antimafia (che inglobava sia la mera pendenza di procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione, nonché la sussistenza di provvedimenti d'applicazione di una misura di prevenzione o di condanna nonché disponenti divieti, sospensioni o decadenze), prevedeva per tutti i “soggetti interessati” [quindi anche all'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori], trascorsi trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, la possibilità di sostituire, ad ogni effetto la certificazione con un'autodichiarazione verificabile da parte della pubblica amministrazione.

A ciò si aggiunga che il rilascio degli attestati di qualificazione nelle more dell'acquisizione della documentazione antimafia, non consentirebbe comunque – medio tempore – l'eventuale stipula di contratti pubblici, stante il chiaro tenore letterale della disposizione di cui all'art. 83, comma 1, del Codice antimafia, ai sensi della quale le amministrazioni pubbliche e gli altri soggetti ivi indicati, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'art. 84, “*prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e i subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici..*”; inoltre ai sensi degli articoli 94, comma 1, e 95, comma 3, quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione, di divieto di cui all'art. 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4 e all'art. 91, comma 6, non è possibile procedere alla stipula del contratto, del subappalto, degli altri subcontratti, cessioni, cottimi, comunque denominati, indipendentemente dal valore.

Alla luce di quanto sopra deve ritenersi possibile procedere al rilascio dell'attestato di qualificazione ove siano decorsi infruttuosamente i termini di cui all'articolo 92, fatta salva la facoltà di procedere alla revoca del predetto documento ex art. 40, comma 9-ter del Codice dei contratti in caso di successiva documentazione antimafia dalla quale emerga, a carico dei soggetti censiti, la sussistenza di cause di decadenza di cui all'art. 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, del Codice antimafia.