

L'informativa antimafia e i sistemi di monitoraggio sulle grandi opere: il caso "EXPO Milano 2015"

Laura Pergolizzi

Il presente contributo esamina la disciplina relativa all'informativa antimafia e ne approfondisce alcuni peculiari aspetti. Lo studio delle disposizioni contenute nel c.d. Codice antimafia e delle interpretazioni fornite dagli operatori del settore e dalla dottrina è rivolto all'individuazione dei suoi presupposti. Su un diverso piano è inquadrata la natura del potere discrezionale del Prefetto in sede di rilascio dell'informativa antimafia, l'ampiezza di tale potere e, contestualmente, i limiti entro i quali è circoscritto il sindacato del giudice amministrativo, attraverso una ricognizione dei più recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali. Una volta acquisiti questi dati, si procede ad una disamina degli interventi modificativi operati dal Ccsgo sul sistema di controllo amministrativo antimafia nell'ambito delle c.d. "Grandi opere" ed "opere per grandi eventi", prestando particolare attenzione alla più recente esperienza dell'EXPO Milano 2015.

1. Premessa

Il fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel sistema dell'economia legale coinvolge in particolar modo l'Italia, ove le mafie – pur rappresentando, ormai, una questione di rilevanza internazionale¹ – si sono storicamente insediate.

A livello istituzionale, la dolorosa² presa di coscienza sull'entità di ta-

(1) Commissione speciale sulla criminalità organizzata, la corruzione ed il riciclaggio di denaro, Relazione sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio, 26 settembre 2013; Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, Relazione sulla criminalità organizzata nell'Unione europea, 6 ottobre 2013; Atti parlamentari doc. XXIII n. 16 tomo I, Relazione conclusiva della Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, approvata dalla Commissione nella seduta del 22 gennaio 2013.

(2) Circ. Ministero di grazia e giustizia 8 maggio 1983, n. 1/2439 U.L.

le problematica ha avuto ricadute su tutte le aree del diritto, principalmente quella penalistica, processualpenalistica, penitenziaria ed amministrativa, ove lento e discontinuo si è rivelato il lavoro del legislatore. Nonostante già nel 1965 la legge n. 575 recante «Disposizioni contro la mafia» avesse previsto, all'art. 10, che i soggetti sottoposti ad una misura di prevenzione comminata con provvedimento definitivo dovessero essere cancellati dagli albi di appaltatori di opere o di forniture pubbliche, i primi veri passi verso la creazione di uno specifico «sistema dei controlli antimafia»³ sono stati compiuti negli anni Ottanta. La legge c.d. Rognoni-La Torre⁴ introdusse infatti nel codice penale italiano il reato di associazione per delinquere di tipo mafioso (art. 416-*bis*); estese, conseguentemente, l'applicazione della legge n. 575 del 1965 anche agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose o similari; introdusse l'obbligo, per le cancellerie dei tribunali, di inviare alle Prefetture copia dei provvedimenti definitivi di applicazione delle misure di prevenzione affinché il Prefetto provvedesse a darne comunicazione agli organi ed enti legittimati al rilascio di licenze e concessioni aventi sede nella propria Provincia. In tal modo la certificazione faceva il suo ingresso nella disciplina dei contratti pubblici.

All'indomani del «risveglio delle coscienze»⁵ provocato dagli attentati del 1993 e dalle stragi del 1991-1992 il legislatore delegato è intervenuto nuovamente adottando il d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490⁶, il cui art. 4 attribuisce al Prefetto il potere di adottare, nei confronti dell'impresa aggiudicataria degli appalti pubblici, ma posta «a rischio» di infiltrazione mafiosa, l'informativa antimafia, ovvero un provvedimento amministrativo attestante la sussistenza, o meno, di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate.

(3) V. CUSMANO, A. PORRACCIOLLO, *La documentazione antimafia (d.lgs. 6.9.2011, n. 159: artt. 82-101)*, in *Legislazione Penale* XXXII, 2, 2012, p. 109.

(4) La legge veniva approvata all'indomani dell'omicidio del Prefetto/Generale Carlo Alberto dalla Chiesa e di sua moglie Emanuela Setti Carraro.

(5) Espressione utilizzata al riguardo da G.C. CASELLI e A. INGROIA, in M. MARESO e L. PEPINO (a cura di), *Nuovo dizionario di mafia e antimafia*, EGA, Torino, 2008, pp. 323-324.

(6) Cfr. la delega contenuta all'art. 1 della legge n. 47 del 1994.

Dal 1994 ad oggi, la disciplina sulle informative antimafia è stata significativamente modificata. Razionalizzata in un primo momento dal d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, l'intera normativa è stata, nuovamente, rivisitata dal Libro II del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 («Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia», c.d. Codice antimafia), ulteriormente integrata e modificata dai «correttivi» d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218 e d.lgs. 13 ottobre 2014, n.153 e potenziata dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90 («Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari»).

Occorre evidenziare che già con la c.d. Legge Obiettivo del 21 dicembre 2001, n. 443 («Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive»), il legislatore aveva adottato interventi mirati alla prevenzione e alla repressione dell'infiltrazione della criminalità organizzata nell'ambito della realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti strategici, ritenuti particolarmente appetibili per le organizzazioni mafiose. In tale ottica, il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190⁷ ha istituito il CCASGO – Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Grandi Opere – organismo collegiale posto al vertice di una rete di monitoraggio operante principalmente sulle realizzazioni di grandi opere pubbliche (ricostruzione post eventi sismici in Abruzzo ed in Emilia-Romagna, realizzazione «Piano Carceri», realizzazione EXPO Milano 2015), il cui quadro delle competenze è stato ampliato a tal punto che l'art. 3-*quinquies* del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 stabilisce che i controlli antimafia sui contratti pubblici e sui successivi subappalti e subcontratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture siano effettuati con l'osservanza delle Linee guida indicate dal CCASGO, anche in deroga a quanto previsto dalla legge.

Obiettivo di questo lavoro è analizzare l'informativa antimafia nelle sue tipologie, il procedimento relativo al suo rilascio e il sindacato del giudice amministrativo. Lo studio delle disposizioni contenute nel c.d. Codice antimafia e delle interpretazioni fornite dagli operatori del settore

(7) Ora recepito nell'art. 180 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

e dalla dottrina sarà rivolto all'individuazione dei suoi presupposti, della sua finalità e dei suoi effetti. Su un diverso piano verrà inquadrata la natura del potere discrezionale che il legislatore ha rimesso al Prefetto in sede di rilascio del provvedimento in esame, la sua ampiezza e, contestualmente, i limiti entro i quali è circoscritto il sindacato del giudice amministrativo, attraverso una ricognizione dei più recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali. Una volta acquisiti questi dati, sarà possibile procedere ad una disamina degli interventi modificativi operati dal CCASGO sul sistema di controllo amministrativo antimafia nell'ambito delle cc.dd. "Grandi Opere" e delle cc.dd. "opere per grandi eventi", prestando particolare attenzione alla più recente esperienza dell'Expo Milano 2015.

2. L'informativa antimafia: la nuova classificazione delle tipologie

Giurisprudenza amministrativa costante⁸ aveva, in passato, distinto tre tipologie di informativa: l'informazione tipica ricognitiva di cause di per sé interdittive (*ex art. 4, comma 4, d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490*); l'informazione tipica accertativa, relativa ad eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, avente efficacia interdittiva automatica (*ex art. 10, comma 7, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252*); l'informativa antimafia atipica o supplementare – nata dalla prassi e successivamente ricondotta al *dictum* dell'art. 1-*septies* del d.l. 6 settembre 1982, n. 629, introdotto dall'art. 2 della legge 15 novembre 1988, n. 486 – non immediatamente interdittiva in quanto fondata sull'accertamento di elementi che, pur indicanti il pericolo di collegamenti tra l'impresa e la criminalità mafiosa, non raggiungevano la soglia di gravità richiesta per le informative tipiche. Dopo un lungo periodo di valorizzazione della figura "atipica" si rintraccia, nell'ultimo decennio, un filone di pronunce del Consiglio di Stato in cui si è sottolineato che gli indizi del rischio di "coinvolgimento associativo" con la criminalità organizzata comunque non dovessero costituire semplici sospetti o congetture prive di riscontri fattuali. In alcuni casi il Prefetto ha dato peso ad elementi inerenti a vicende rivelatesi, in sede processuale, estranee rispetto al rischio di infiltrazione ma-

(8) Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2012, n. 8928; Cons. Stato, sez. VI, 21 ottobre 2005, n. 5952; Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3491.

fiosa: sono state annullate, ad esempio, informative atipiche prefettizie basate esclusivamente su una denuncia per detenzione di sostanze stupefacenti, a carico del socio di una ditta, mai sfociata in procedimento penale⁹ oppure su sospettati collegamenti, non accuratamente argomentati, tra la ditta sospettata e una ditta già destinataria di interdittiva antimafia¹⁰. Alla luce di tali criticità, il Codice antimafia ha escluso dal novero dei provvedimenti prefettizi la discussa tipologia, cosicché l'accertamento prefettizio, oggi, può avere solo esito binario, caducatorio o liberatorio¹¹. Nello specifico, l'art. 84, comma 4, del Codice antimafia stabilisce che le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa sono desunte: dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti indicati dal medesimo art. 84¹² (lett. *a*)); dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione (lett. *b*)); dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale in determinate condizioni¹³ (lett. *c*)); dagli accertamenti disposti dal Prefetto, anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno e dagli accertamenti da effettuarsi in altra Provincia a cura dei Prefetti competenti su richiesta del Prefetto precedente ai sensi della lettera *d*)

(9) Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 29 novembre 2006, n. 10298. In questo caso oggetto della denuncia era la detenzione di "uno spinello".

(10) TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 giugno 2006, n. 7223.

(11) Per un approfondimento del tema A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia; natura, tipologie ed effetti interdittivi (nota a TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. 9 luglio 2008, n. 6487)*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, Anno LX, 4, pp. 277-323; M.G. VIVARELLI, *Le informative prefettizie antimafia*, in *Appalti e contratti*, 12, 2009, pp. 41-52; G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel d.lgs. 6 settembre 2011, n.159: profili critici*, in *Urbanistica e appalti*, 3, 2013, p. 258.

(12) Nello specifico si veda quanto indicato dagli artt. 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, i delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-*quinquies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

(13) Aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera *b*) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

(lett. *d*) e lett. *e*); in caso di sostituzioni “anomale”, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere *a*) e *b*), che denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia (lett. *f*)).

Quanto agli elementi rinvenuti dal Prefetto in sede di accertamento (lett. *e*) essi devono, quantomeno, possedere un grado di qualificata probabilità¹⁴. Nell'esercizio dei suoi poteri il Prefetto può, aldilà delle fonti tipiche, adottare una misura interdittiva sulla base di fatti e vicende aventi un valore sintomatico e indiziario, purché sufficienti a porre in evidenza il pericolo che possa verificarsi, secondo l'*id quod plerumque accidit*, il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata. Tale potere è stato definito variamente come potere generale di investigazione non tipizzato¹⁵, o anche come «espressione di anticipazione logica della soglia di difesa sociale»¹⁶. Il grado di dimostrazione probatoria non è analogo a quello richiesto per dimostrare, in sede di giurisdizione penale, l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo mafioso. La giurisprudenza amministrativa ha elaborato alcune figure sintomatiche, più o meno consolidate, in virtù delle quali è possibile presupporre l'esistenza di un'infiltrazione mafiosa: non vi sono dubbi, infatti, circa la sua presenza qualora si riscontri che un socio occulto o un socio di fatto sottometta un'impresa societaria alle strategie dell'organizzazione delinquenziale (c.d. contiguità compiacente); né sorgono dubbi circa la presenza di un suddetto tentativo qualora venga in rilievo che un'impresa sia stata vittima di pressione estorsiva «fino al punto di essere costretta a conformarsi ai voleri del clan che ne ha il controllo, avendo perduto, ovvero risultando fortemente compromessa la sua capacità di autodeterminazione» (c.d. contiguità soggiacente)¹⁷. Ancora, devono certamente essere escluse le ipotesi di tentativo ove

(14) G.F. NICODEMO, *Il contenuto minimo dell'informativa antimafia tipica*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3491, in *Urbanistica e Appalti*, 9, 2009, p. 1094.

(15) A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia...*, op. cit., p. 289.

(16) Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 882.

(17) E. LEOTTA, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

l'imprenditore abbia assunto un «comportamento di resistenza» nei confronti delle pressioni del clan locale¹⁸. Più problematica appare la valutazione di fatti legati alla sfera personale del privato: in materia di rapporti familiari, lì dove l'orientamento maggioritario sostiene che, se al di là del mero rapporto di parentela non vi sia traccia di alcun elemento volto a suffragare il rischio della permeabilità dell'impresa, debba venire in rilievo un intreccio di interessi economici e familiari dai quali poter desumere la sussistenza dell'oggettivo pericolo che «i rapporti di collaborazione instaurati tra soggetti inseriti nello stesso contesto familiare costituiscano strumenti volti a diluire e mascherare l'infiltrazione mafiosa»¹⁹; c'è stato anche chi ha sostenuto che il mero rapporto di parentela dell'imprenditore con soggetti affiliati al sodalizio criminoso generi il dubbio ragionevole che l'attività della ditta sia strumentale anche alla gestione e al perseguimento di affari illeciti²⁰. Sulle «frequentazioni», è stato precisato che il Prefetto deve accertare la presenza di circostanze di fatto come la ripetitività delle frequentazioni, lo spessore criminale dei personaggi frequentati e l'assenza di plausibili e legittime giustificazioni degli incontri con questi ultimi²¹ e che, in secondo luogo, le circostanze di fatto ivi riportate devono essere inquadrare in una situazione di contiguità dell'attività imprenditoriale all'organizzazione mafiosa, non essendo sufficienti isolati ed autonomi fatti storici²².

2.1. *Aspetti procedurali*

Secondo quanto è stabilito dall'art. 91 del Codice antimafia, il rilascio dell'informativa antimafia deve essere richiesto, al momento dell'aggiudicazione, dalla stazione appaltante al Prefetto della Provincia nella quale ha sede l'operatore economico interessato, per la stipulazione di contratti e subcontratti il cui valore sia: *a)* pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in

(18) Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2007, n. 2828.

(19) CGA, sez. giur., 19 ottobre 2010, n. 1292.

(20) TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 7 maggio 2007, n. 4043.

(21) TAR Campania, sez. I, 31 gennaio 2008, n. 447.

(22) TAR Campania, sez. I, 29 luglio 2009, n. 4451.

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. (art. 91 Codice antimafia).

Al fine di ottenere benefici in termini di semplificazione e di maggiore celerità nel procedimento di aggiudicazione dei contratti, il legislatore ha previsto l'istituzione, presso il Ministero dell'Interno, di una Banca dati nazionale della documentazione antimafia cosicché, ai sensi dell'art. 92 del Codice antimafia, quando dalla consultazione della banca dati nazionale unica emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, il Prefetto possa disporre le necessarie verifiche e rilasciare l'informazione antimafia interdittiva entro trenta giorni dalla data della consultazione. Quando le verifiche siano di particolare complessità, il Prefetto ne dà comunicazione senza ritardo all'amministrazione interessata e fornisce le informazioni acquisite nei successivi quarantacinque giorni, procedendo con le stesse modalità quando la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito. L'informazione antimafia interdittiva è comunicata dal Prefetto, entro cinque giorni dalla sua adozione, all'impresa.

È utile precisare quale sia il rapporto che intercorre tra la disciplina che regola il procedimento di rilascio dell'informativa antimafia e le norme in materia di procedimento amministrativo contenute nella legge 7 agosto 1990, n. 241. A lungo, infatti, ci si è chiesti in che modo quei criteri di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, richiesti dalla legge 241/1990, possano conciliarsi con le delicate finalità cui tende lo strumento di prevenzione dell'informativa.

In ordine alla comunicazione di avvio del procedimento è prevalente la tesi di chi esclude la sussistenza della fattispecie procedimentale per le esigenze di celerità e di riservatezza tipiche dell'informativa.

va antimafia²³, nonché per l'effetto interdittivo e vincolante per l'Amministrazione, la quale «è tenuta doverosamente a procedere al ritiro dell'aggiudicazione»²⁴.

Sul diritto di accesso agli atti si osserva quanto segue. Il disposto dell'art. 24, comma 1 della legge n. 241 del 1990 stabilisce che non tutti i documenti sono suscettibili di essere conosciuti dai cittadini, poiché la regola dell'accessibilità trova eccezione in determinati casi previsti dalla legge. Inoltre, lo stesso art. 24, al comma 6 dispone che con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo possa prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, all'identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini (lett. c)). L'informativa antimafia riguarda – senza dubbio – l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità, dunque ben potrebbe rientrare in quel genere di documentazione che la legge sottrae al diritto di accesso. In via più generale, è stato osservato che l'esclusione dell'obbligo di garantire la trasparenza derivi da esigenze cautelari, tipiche del procedimento, e da esigenze di segretezza degli accertamenti di polizia che si collocano nel medesimo procedimento²⁵. Non è possibile, tuttavia, trascurare altri aspetti che vengono in rilievo da una lettura integrale del citato articolo 17: si evince, infatti, che l'accesso deve essere negato solo in presenza di determinate e ben precise circostanze. Inoltre – come è specificato – l'accesso deve comunque essere garantito ai richiedenti per i documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici (comma 7).

(23) Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2006, n. 851; *idem*, sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6555.

(24) TAR Lombardia 17 dicembre 2014, n. 355.

(25) TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 1 febbraio 2005, n. 854; TAR Campania, Napoli, sez. I, 23 ottobre 2003, n. 13601.

Peculiare è la soluzione adottata di recente dal CGA, il quale considera ammissibile «l'ostensibilità dei documenti a monte delle informative, con eventuale apposizione di *omissis* per occultare le relazioni di servizio, gli autori delle stesse, nonché le fonti di informazione, a prescindere dalla comprensibilità del documento osteso che ne derivi, tutte le volte in cui debba essere tutelato il segreto istruttorio, in relazione ad indagini preliminari o procedimenti penali in corso»²⁶. Ancora, l'obbligo di cui art. 3 della legge 241 ricadrà anche sulla pubblica amministrazione che adotta il provvedimento, consequenziale all'informativa, di diniego di stipulare il contratto? Sulla questione il TAR Lombardia, nella sentenza n. 7483 del 2010, ha tracciato un percorso logico convincente secondo il quale, nel caso in cui vi sia una correlazione tra i fatti posti alla base dell'informativa (e del successivo provvedimento della p.a.) ed i fatti oggetto di indagini penali in corso, è doveroso che la p.a. mantenga la riservatezza per quegli atti coperti da segreto d'indagine. Ciò non inficerebbe la legittimità del provvedimento finale in quanto, come già precedentemente enunciato dal Consiglio di Stato, le garanzie di difesa del cittadino vengono pur sempre salvaguardate, a livello sostanziale, dal diritto di accesso agli atti²⁷.

3. Il potere discrezionale del Prefetto

La valutazione del Prefetto coinvolge «i bisogni sottesi alla libertà d'impresa, che non deve pregiudicare la libertà e la dignità umane; all'uso efficace e legittimo delle risorse pubbliche, che deve produrre effetti benefici per un'impresa virtuosa e non per le organizzazioni criminali»²⁸. La ponderazione di interessi²⁹ così delicati impone un'accurata analisi della natura e dei contorni del potere discrezionale del Prefetto «nel compimento degli atti necessari a riscontrare ed a vagliare i dati di fatto e gli interessi rilevanti in ordine all'atto da adottare e ai suoi presup-

(26) CGA 9 febbraio 2012, n. 130

(27) Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2008, n. 3155.

(28) Cons. Stato, VI, 17 luglio 2006, n. 4574

(29) M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 72 ss; *Id.*, *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1988, p. 483 ss.

posti di fatto e di diritto³⁰ ovvero nella fase istruttoria del procedimento e, conseguentemente, nell'adozione del provvedimento amministrativo. In relazione alla fase istruttoria, l'art. 84, lett. *d*), del Codice antimafia stabilisce che il Prefetto può avvalersi degli ampi poteri di accesso e di accertamento disciplinati dal d.l. 6 settembre 1982, n. 629 e dall'art. 93 dello stesso Codice antimafia. Nel primo caso si fa riferimento ai poteri di coordinamento tra gli organi amministrativi e di polizia ed ai poteri di accesso e di accertamento che il Ministero dell'interno, ai sensi dell'art. 1 del d.l. 6 settembre 1982, n. 629 – convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726 – può delegare al Prefetto, stabilendone i limiti e le modalità di esercizio. La normativa appena citata pone il rappresentante del Governo al centro di una fitta rete di comunicazione: nell'esercizio dei propri poteri: egli può proporre al Tribunale del luogo in cui la persona dimora l'applicazione delle misure di prevenzione (art. 1-*quinquies*, comma 1); può visitare gli istituti penitenziari ed avere colloqui personali con i detenuti e gli internati; può convocare qualsiasi persona (art. 1-*quinquies*, comma 6). Egli può, altresì, convocare – previa autorizzazione del Ministro dell'interno e conseguenti intese con i Prefetti delle Province interessate ai problemi da trattare – apposite conferenze interprovinciali, anche allo scopo di concertare ogni utile iniziativa degli organi di polizia e delle altre amministrazioni pubbliche nel quadro della lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso (art. 1-*sexies*).

L'art. 93 del Codice antimafia stabilisce poi che il Prefetto, per gli accessi e gli accertamenti presso i cantieri delle imprese, possa trovare ausilio nell'intervento dei gruppi interforze e, altresì, che gli accessi e gli accertamenti presso i cantieri possano riguardare tutti i soggetti che intervengono a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione dell'opera, anche con noli e forniture di beni e prestazioni di servizi, compresi quelli di natura intellettuale, qualunque sia l'importo dei relativi contratti o dei subcontratti.

Si ricorda, inoltre, che il d.P.R. 2 agosto 2010, n. 150, agli articoli 3 e 5, ha introdotto la possibilità che il Prefetto possa sentire l'«interessato» pri-

(30) M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.; *Id.*, *Diritto amministrativo*, cit.

ma dell'emissione dell'informazione stessa qualora ne rilevi l'utilità alla luce del materiale informativo acquisito a seguito dell'accesso e degli accertamenti presso i cantieri. Sull'istituto dell'audizione, la Relazione illustrativa al Codice antimafia³¹ ha puntualizzato che «la *ratio* della norma non è quella di realizzare una forma di contraddittorio anticipato, in quanto la disposizione non riguarda l'accesso agli atti e la partecipazione al procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241».

A seguito di una valutazione complessiva dei suddetti strumenti di investigazione³² la giurisprudenza più recente³³ ha ravvisato le caratteristiche tipiche della c.d. discrezionalità tecnica. In sede di analisi sullo *status* degli operatori economici, è chiaro che la conoscenza tecnico-scientifica non sia idonea a produrre risultati certi e che, pertanto, al Prefetto rimanga un margine di apprezzamento in ordine all'adozione del provvedimento. Dunque, c'è da chiedersi quanto ampia sia la discrezionalità concessa all'organo istruttore: il giudice amministrativo ha, più volte, sottolineato che l'informativa antimafia «non dove necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazioni malavitose – e, quindi, del condizionamento in atto dell'attività di impresa – potendo essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata»: ciò, ad avviso dell'organo giudicante, è chiara espressione di «ampia discrezionalità»³⁴ dell'organo amministrativo nell'adozione del provvedimento³⁵.

Il potere discrezionale del Prefetto assume un ruolo ancora più determi-

(31) Disponibile su www.giustizia.it.

(32) Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2004, n. 2783; TAR Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 2008, n. 6518.

(33) Cons. Stato, sez. III, 9 maggio 2012, n. 2678; TAR Campania, Napoli, sez. III, 4 aprile 2002, n. 1861.

(34) Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2010, n. 3292; Cons. Stato, sez. III, 12 novembre 2011, n. 5995; Cons. Stato, sez. III, 9 maggio 2012, n. 2678.

(35) Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 364; Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3491; Cons. Stato, sez. III, 9 maggio 2012, n. 2678.

nante se si osservano gli effetti che il suo esercizio produce sui rapporti che intercorrono tra la stazione appaltante ed il privato. L'effetto interdittivo immediato ha trovato, in sede dottrinale e giudiziale, due diversi filoni di interpretazione; l'uno che studia il margine di discrezionalità delle due amministrazioni coinvolte nel procedimento – il Prefetto e la stazione appaltante –, l'altro che si concentra sulla figura del privato e sulla sua capacità. L'opinione più accreditata identifica una "riserva di amministrazione" che trova fondamento nel principio cardine della «unicità della competenza di accertamento e valutazione»³⁶ delle vicende idonee a palesare i tentativi di infiltrazione mafiosa: tale competenza si radica nella sola figura del Prefetto. Pertanto, la stazione appaltante non potrebbe, salvo eccezioni, essere titolare di un potere discrezionale nel valutare i provvedimenti prefettizi ricevuti³⁷, in quanto le sue possibilità si riducono ad una mera presa d'atto di un accertamento di circostanze ostative al mantenimento del rapporto³⁸.

Già da tempo, peraltro, il Consiglio di Stato sottolinea come la stazione appaltante non abbia né il carattere, né il potere, né l'onere di verificare la portata o i presupposti dell'informativa, poiché la competenza in argomento è per legge «esclusivamente» del Prefetto, il quale dispone dei mezzi tecnici, operativi, professionali e di indagine finalizzati all'esame prescritto³⁹. In linea con il predetto orientamento, l'art. 94 del Codice antimafia prevede, come regola generale, l'obbligo (e non più, come avveniva in passato, la facoltà) per l'amministrazione di recedere dal contratto o di revocare l'autorizzazione o la concessione, fatto salvo il pagamento del valore delle opere eseguite ed il rimborso delle spese sostenute. Il potere discrezionale della stazione appaltante è stato ampiamente ridotto: solo in via eccezionale, infatti, «non procede a revoca dell'affidamento o a recesso dal contratto quando le opere sono in via

(36) V. MONTARULI, G. ESPOSITO, *I contratti pubblici nella legislazione antimafia*, Roma, DEI, 2010, p. 70.

(37) M. ALESIO, *Limiti e contenuto del sindacato di legittimità sul certificato antimafia*, in *Diritto e Giustizia*, 1, 2004, p. 90; TAR Campania, Napoli, sez. I, 11 maggio 2004, n. 8562.

(38) A. CIULLO, *Note (critiche) in tema di informativa antimafia*, in *Norma quotidiano di informazione giuridica*, p. 8.

(39) Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724.

d'ultimazione o quando si tratta di forniture di beni e servizi essenziali al perseguimento dell'interesse pubblico, per le quali il fornitore non è sostituibile in tempi rapidi» (art. 93, comma 3). Si segnala che, nel caso in cui la stazione appaltante sia un ente locale sciolto in conseguenza di fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso, ai sensi dell'articolo 143 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico sull'ordinamento degli enti locali), l'art. 100 del Codice antimafia stabilisce che la stazione appaltante abbia l'obbligo di acquisire, nei cinque anni successivi allo scioglimento, l'informazione antimafia precedentemente alla stipulazione, all'approvazione o all'autorizzazione di qualsiasi contratto o subcontratto, ovvero precedentemente al rilascio di qualsiasi concessione o erogazione indicati nell'articolo 67, indipendentemente dal valore economico degli stessi⁴⁰. Nel caso di specie, evidenti sono i motivi per i quali la discrezionalità della stazione appaltante sia stata compresa in maniera ancora più incisiva.

Per quanto concerne il privato, l'effetto interruttivo immediato – è stato recentemente osservato – sarebbe dovuto ad un'ipotesi di incapacità legale a contrarre, che è di tipo speciale⁴¹, perché limitata esclusivamente ai rapporti che egli instaura – a livello verticale – con la stazione appaltante. Al contrario, la suddetta incapacità non opera sul piano orizzontale, non avendo nessun valore nei rapporti tra privati: l'informativa antimafia, infatti, non dovrebbe implicare alcuna presunzione di pericolosità atta a transitare verso i terzi⁴².

Il ruolo del Prefetto nella “vita” dell'impresa è divenuto ancor più determinante a seguito dell'adozione del già citato d.l. 24 giugno 2014, n. 90, il quale ha introdotto, all'art. 32, «misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese». In forza di tale norma, nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis

(40) A. BALSAMO, C. MALTESE, *Il codice antimafia: tutte le novità del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 82.

(41) C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 215-220.

(42) N. DURANTE, *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese*, relazione resa al convegno di studi su «L'informazione interdittiva antimafia», organizzato dal TAR Calabria il 16 novembre 2013, in Catanzaro.

del codice penale ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, il Presidente dell'ANAC ne informa il Procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati propone al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente: *a)* di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto o della concessione; *b)* di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione.

Lo stesso articolo, al comma 10, stabilisce che le suddette disposizioni si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159; in tal caso, è stato stabilito che le misure siano disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'ANAC e revocate, cessando comunque di produrre effetti, in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti.

4. Il sindacato del giudice amministrativo

La casistica appena analizzata ha mostrato quanto sia consistente il numero di impugnative aventi ad oggetto informative antimafia cc.dd. accertative e cc.dd. supplementari o atipiche, per eccesso di potere. Nu-

merose pronunce hanno tracciato i confini del controllo giurisdizionale sull'informativa antimafia, precisando che il provvedimento in esame può essere oggetto di sindacato solo ove presenti manifesti vizi di eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti⁴³. Al fine di analizzare in maniera più esaustiva questo profilo, è utile richiamare quanto la giurisprudenza amministrativa ha stabilito sul sindacato di legittimità del decreto di scioglimento degli organi elettivi degli enti locali per infiltrazioni mafiose previsto dall'art. 143 del d.lgs. 18 agosto del 2000, n. 267 (Testo unico degli enti locali): pur presentando alcuni profili che lo differenziano dall'informativa antimafia – essendo, ad esempio, configurabile come atto di alta amministrazione⁴⁴ – tale decreto è tuttavia il provvedimento amministrativo che si avvicina di più, rispetto agli altri, all'informativa antimafia quanto ai presupposti dell'adozione ed alle sue finalità. In questo caso la valutazione della pubblica amministrazione ha ad oggetto l'accertamento della «sussistenza di collegamenti diretti o indiretti dei Consigli comunali con la criminalità organizzata di tipo mafioso o similare ovvero forme di condizionamento degli stessi»: determinare un'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi; compromettere il buon andamento e l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali e il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati; arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica; tale valutazione è perciò ampiamente discrezionale. Anche in questo caso è il Prefetto, nominando una commissione d'indagine attraverso la quale esercita i poteri di accesso e di accertamento, a ricoprire un ruolo determinante: si osserva, infatti, che sebbene il decreto non venga da lui direttamente adottato, essendo disposto con d.P.R. a seguito di un lungo *iter* procedimentale che coinvolge un gran numero di organi amministrativi, esso, in ogni caso, trae origine dall'impulso fornito dalla sua prima valutazione. Inoltre, anche il decreto in esame non esige la prova della commissione di reati da parte degli amministratori; essendo sufficienti, inve-

(43) Cons. Stato, 13 novembre 2013, n. 996; Cons. Stato, sez. VI, 18 agosto 2010, n. 5880; Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 6611; Cons. Stato, sez. III, 19 gennaio 2012, n. 254.

(44) Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2012, n. 1266.

ce, semplici elementi (e quindi circostanze di fatto anche non assurgenti al rango di prova piena) di un collegamento e/o influenza tra l'amministrazione e i sodalizi criminali, ovvero essendo sufficiente che gli elementi raccolti e valutati siano "indicativi" di un condizionamento dell'attività degli organi amministrativi e che tale condizionamento sia riconducibile all'influenza e all'ascendente esercitati da gruppi di criminalità organizzata⁴⁵. La giurisprudenza amministrativa, a fronte del margine, particolarmente ampio, di apprezzamento di cui fruisce il Prefetto, ha affermato che il sindacato del giudice della legittimità può concernere esclusivamente la verifica della sussistenza delle circostanze di fatto riportate nella motivazione nonché della valutazione, sotto il profilo della logica e dell'*iter* logico seguito dalla pubblica amministrazione⁴⁶. L'impostazione secondo la quale «all'ampliamento della sfera di discrezionalità dell'amministrazione corrisponde una limitazione del sindacato del giudice amministrativo, il quale può indagare il merito amministrativo solo nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge»⁴⁷ appare in linea con quella riguardante il sindacato di legittimità dell'informativa antimafia⁴⁸. Nel descrivere i poteri prefettizi ci siamo soffermati su alcuni orientamenti secondo i quali questi sarebbero espressione di una discrezionalità tecnica e non, altresì, "pura". Ci si chiede, pertanto, quali potrebbero essere, sul piano processuale, gli effetti concreti di tale configurazione, alla luce dell'attuale disciplina sull'attività istruttoria e sui mezzi di prova che, in applicazione dell'art. 16 della legge 21 luglio 2000, n. 173⁴⁹, estende anche alla giurisdizione di legittimità lo strumento della consulenza tecnica e, dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, a tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, fatti salvi il giuramento e l'interrogatorio formale (art. 63 c.p.a.).

(45) Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2012, n. 1266; TAR Campania, Napoli, sez. I, 6 febbraio 2006, n. 1622; TAR Lazio, Roma, sez. I, 1° febbraio 2012, n. 1119.

(46) Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2009, n. 2615.

(47) Cons. Stato, sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 447.

(48) Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2006, n. 4765.

(49) L'art. 16 della legge 21 luglio 2000, n. 173 ha aggiunto al comma 1 dell'art. 44 del r.d. n. 1054 del 1924 le parole «ovvero disporre la consulenza tecnica».

È utile ricordare che il Consiglio di Stato 9 aprile 1999, n. 601 ha stabilito che il giudice amministrativo potesse operare un sindacato c.d. intrinseco, ovvero «accertare direttamente i fatti, controllare la ragionevolezza delle analisi della pubblica amministrazione, verificare in maniera diretta il criterio tecnico da essa utilizzato ed il procedimento applicativo da essa seguito, se necessario con l'applicazione delle regole specialistiche già utilizzate dalla pubblica amministrazione e con l'ausilio della consulenza tecnica»⁵⁰. In quella sede veniva superato l'orientamento giurisprudenziale, fino a quel momento vigente, secondo il quale il procedimento valutativo di contenuto specialistico sfuggiva al sindacato di legittimità del giudice amministrativo (c.d. sindacato estrinseco)⁵¹. In seguito, la giurisprudenza si è divisa in merito ad un aspetto ulteriore. Da un lato vi era chi sosteneva che il controllo intrinseco del giudice amministrativo sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo avesse un'intensità c.d. forte⁵², essendo possibile, per il giudice, «ripetere *ex novo* la valutazione tecnico-discrezionale»⁵³ e sostituirsi alla valutazione tecnica già effettuata. L'opposto orientamento, divenuto maggioritario, escludeva che il giudice avesse la possibilità di spingersi fino al punto di surrogare la propria opinione a quella, non condivisa, della pubblica amministrazione e riteneva, al contrario, che egli avesse la possibilità di «incidere sulle sole determinazioni amministrative apparse, sulla scorta di un sindacato di ragionevolezza, sicuramente inattendibili»⁵⁴ (c.d. intensità debole). Così, la sentenza 27 febbraio 2006, n. 829 del Consiglio di Stato ha riconosciuto che la c.d. discrezionalità tecnica esprimesse un concetto diverso dal merito amministrativo e, pertanto, non potesse essere aprioristicamente sottratta al sindacato del giudice amministrativo.

Tornando nuovamente sul punto, la Cassazione, riunitasi a Sezioni Uni-

(50) Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004.

(51) Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 1982, n. 55; Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 1991, n. 160.

(52) G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove in materia di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1987, p. 1344.

(53) Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708

(54) Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287.

te, è intervenuta con due recenti pronunce⁵⁵ ove si precisa che il giudice amministrativo non può, comunque, procedere ad una valutazione autonoma sulla base di propri calcoli o proprie valutazioni, al di fuori dei casi in cui la legge prevede una giurisdizione di merito, dovendo l'esame essere ricondotto nei limiti propri del sindacato di legittimità. In altre parole, al giudice amministrativo non è comunque consentito di sostituirsi⁵⁶ ad un potere già esercitato dalla pubblica amministrazione, essendo possibile «stabilire se la valutazione complessiva operata dalla p.a. nell'esercizio del proprio potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici, che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato»⁵⁷. Resta fermo il fatto che il suo sindacato non possa impingere nel merito, ma che esso sia circoscritto alla verifica, sotto il profilo della logicità, del significato attribuito dalla pubblica amministrazione agli elementi di fatto, alla coerenza ed attendibilità delle sue valutazioni ed alla congruità della motivazione addotta⁵⁸.

In dottrina, più estrema è la posizione assunta da chi, evidenziando che l'adozione di un'informativa interdittiva coinvolge interessi di natura costituzionale particolarmente delicati, ha avanzato la proposta di sottoporla al controllo di un'autorità giudiziaria che non si limiti a valutarne l'eventuale illogicità o contraddittorietà manifesta, ma che, al contrario, sia titolare anche del potere di apprezzarne il merito⁵⁹.

5. Sistemi di controllo ad hoc sulle grandi opere. L'esperienza Expo Milano 2015 alla luce delle quattro edizioni delle Linee guida CCASGO

Come anticipato, al fine di disciplinare le procedure di controllo antimafia sui contratti relativi alla realizzazione dell'Expo Milano 2015⁶⁰, il

(55) Cass., Sez. un., UU., 22 maggio 2012, n. 8071 e 10 agosto 2011, n. 17143.

(56) Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2006, n. 829.

(57) Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 505; Cons. Stato, sez. VI, 1 giugno 2012, n. 3283.

(58) TAR Calabria, Catanzaro, 3 ottobre 2012, n. 975.

(59) A. CIULLO, *Note (critiche) in tema di informativa antimafia*, cit., p. 16.

(60) M. FERRARESI, *"Expo 2015" e lavoro: l'avviso comune di Regione Lombardia e parti socia-*

CCASGO ha approvato quattro edizioni di «Linee guida EXPO Milano 2015». L'esercizio di tale attività trova legittimazione nel già citato d.l. 25 settembre 2009, n. 135, il cui articolo 3-*quinquies* stabilisce che i controlli antimafia sui contratti pubblici e sui successivi subappalti e subcontratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture sono effettuati nel rispetto della normativa ad essi relativa e, altresì, «con l'osservanza delle Linee guida indicate dal CCASGO, anche in deroga a quanto previsto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252». In applicazione di siffatta previsione, gli atti di indirizzo pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale rispettivamente nelle date 19 aprile 2011 (c.d. Prima edizione), 7 dicembre 2013 (c.d. Seconda edizione), 10 maggio 2014 (c.d. Terza edizione) e 30 luglio 2014 (c.d. Quarta edizione), definiscono le modalità di controllo sugli appalti connessi alla realizzazione dell'EXPO Milano 2015, in relazione al succedersi delle varie fasi di avanzamento degli interventi stessi.

La Prima edizione si concentra sul «metodo di lavoro e i soggetti della rete» (par. 1): al centro della struttura di monitoraggio prevista dal CCASGO è stata posta la Prefettura di Milano, cui il legislatore, in ragione della particolare delicatezza e complessità delle iniziative che si prevedeva sarebbero state avviate in vista degli interventi sull'EXPO 2015, ha fornito il supporto, da un lato, di una sezione specializzata del CCASGO istituita *ad hoc* (art. 3-*quinquies*, comma 2) e, dall'altro, del «Gruppo interforze per l'EXPO 2015» (GICEX), ovvero di un organismo info-investigativo costituito, a livello centrale, presso il Dipartimento della pubblica sicurezza (art. 3-*quinquies*, comma 3). Il «nucleo» composto dalle tre figure Prefettura di Milano, sezione specializzata CCASGO e GICEX è tenuto ad avvalersi «dell'apporto indispensabile di tutti i soggetti istituzionali e non a vario titolo coinvolti nella realizzazione dell'evento, secondo una logica di rete»⁶¹ che ha ispirato, sottolinea il CCASGO, l'attività del Comitato stesso negli ultimi anni. A seguito di una recente iniziativa del Governo, l'art. 19 del d.l. 24 giugno 2014 ha soppresso l'Autorità per la vigilanza

li nel contesto normativo di regolazione dell'evento», in *Diritto delle relazioni industriali*, 3, 2014, p. 797.

(61) Prima edizione Linee guida, p. 4.

dei contratti pubblici (AVCP), disponendo che i suoi compiti e le sue funzioni fossero trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC). Relativamente alle opere EXPO 2015, il Presidente dell'ANAC potrà formulare proposte al Commissario EXPO 2015 per la corretta gestione delle relative procedure d'appalto, ricoprendo, ai sensi dell'art. 30 del d.l. 90/2014 («Unità operativa speciale per EXPO 2015») anche il ruolo di alta sorveglianza delle procedure EXPO 2015, tramite la verifica preventiva della legittimità degli affidamenti ed esecuzione dei contratti.

5.1. Bipartizione del momento accertativo

Il progetto “milanese” si rifà, in larga parte, al modello abruzzese, disponendo un regime derogatorio in ordine alla competenza ed al procedimento di rilascio dell'informativa. La competenza, in relazione all'esigenza di una concentrazione operativa dei flussi informativi, è stata imputata al Prefetto di Milano, quale unico soggetto competente all'emissione di tutte le informative che interessino imprese anche aventi sede legale in qualunque altra Provincia. In regime derogatorio, il procedimento di rilascio delle informative antimafia subisce alcune modifiche rispetto all'*iter* previsto per norma di legge, il quale, come sopra esposto, consta di una fase procedurale unica finalizzata all'adozione di una informativa antimafia liberatoria o interdittiva.

Il CCASGO, puntualizzando che in situazioni di emergenza come l'Abruzzo e l'EXPO 2015 i controlli antimafia sono improntati al criterio di efficacia, speditezza e dinamicità, ha ritenuto opportuno adottare talune modalità operative che nell'esperienza dell'Abruzzo si sono rivelate particolarmente calzanti. Si tratta di un modello procedimentale distinto in due momenti successivi:

A) L'accertamento, nell'immediato, delle cause interdittive tipizzate dal c.d. Codice antimafia all'art. 84, comma 4. Si tratta dei provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di particolare gravità (lett. *a*)); dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione (lett. *b*)); dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 (concussione) e 629 (estorsione) del codice penale (lett. *c*)) sulla base delle risultanze emergenti dal sistema d'indagine, c.d. SDI, integrato con le acquisizioni

effettuate a seguito della consultazione del certificato del casellario giudiziario e dei carichi pendenti.

B) La verifica, in via successiva, degli eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, sulla base degli elementi ulteriori che attengono a tutto quel ventaglio di situazioni indizianti che prescindono dal riscontro dell'esistenza di provvedimenti giudiziari o di prevenzione. Tali elementi sono quelli ricavabili dagli accertamenti e dai riscontri, eseguiti ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. *d*), del Codice antimafia, e dell'art. 91, comma 6, dello stesso decreto, secondo il quale il Prefetto può desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali, unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata.

Come meglio definito nella seconda edizione delle Linee guida, si tratta di una bipartizione del momento accertativo tra una prima fase «speditiva di controllo», finalizzata all'emissione di una liberatoria provvisoria, ed una seconda fase finalizzata all'emissione del provvedimento conclusivo del procedimento. Ciò è giustificato dal fatto che l'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa possiede un grado di complessità più ampio rispetto a quello che caratterizza l'accertamento delle cause interdittive tipizzate. È lo stesso CCASGO, nelle prime due edizioni, a sintetizzare ed esplicitare le fasi procedurali di un modello che appare del tutto innovativo⁶².

Si segnala, però, che con la Seconda edizione, gli strumenti del Prefetto nella fase «speditiva di controllo» sono stati ampiamente potenziati rispetto all'edizione precedente. È nel 2013, infatti, che la Dna (Direzione nazionale antimafia) fa ingresso nella prima fase del procedimento di controllo, essendo tenuta a dialogare proficuamente con l'Ufficio Territoriale di Governo. Tale preziosa opportunità di collaborazione, è bene sottolinearlo, è circoscritta solo all'ambito dell'Expo Milano 2015. Ancora, alla luce dell'inevitabile maggior carico di lavoro che si prevede e dell'esigenza di garantire una sempre maggiore celerità e speditez-

(62) Prima edizione Linee guida, p. 15.

za dell'azione di controllo», la Terza edizione ha stabilito che il Prefetto potesse procedere al potenziamento della *task force* già istituita presso le Prefetture di Milano attraverso l'apporto di ulteriore personale delle Forze di Polizia e del Corpo di polizia locale di Milano e la stipula, in sede locale, di uno specifico protocollo d'intesa che ne preveda l'utilizzo per finalità amministrative istruttorie.

Spinto da una sempre più pregnante esigenza di potenziamento dei controlli antimafia, anche nella Quarta edizione il CCASGO si sofferma sulla necessità che il Prefetto di Milano instauri una diretta interlocuzione tra il Gruppo interforze, la Prefettura di Milano e le altre Prefetture del territorio nazionale.

5.2. La (mancata) sperimentazione del sistema “white list”. Verso un sistema di controllo ex ante?

Al fine di costruire ulteriori barriere contro la criminalità organizzata il legislatore ha introdotto nuovi strumenti di contrasto al fenomeno mafioso. Chiaro, infatti, il quadro prospettato della Direttiva del Ministero dell'interno del 23 giugno 2010 (Controlli antimafia preventivi nelle attività “a rischio” di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali), lì dove viene considerato che «l'infiltrazione mafiosa tende ad annidarsi in attività che si pongono a valle dell'aggiudicazione e che interessano, in maniera particolare, il ciclo degli inerti ed altri settori collaterali» e che «per colpire le organizzazioni criminali nei loro interessi economici e tutelare l'economia legale è necessario affinare l'applicazione degli strumenti posti a disposizione dell'ordinamento giuridico tenendo conto della realtà territoriale ed ambientale in cui si trova ad operare l'impresa». Tra questi, la Direttiva prevedeva l'istituzione delle cc.dd. *white lists*, facendo cenno alla creazione di un sistema che fosse in grado di individuare preventivamente gli operatori economici “affidabili” in quanto sottoposti, in via preventiva, al controllo antimafia, al fine di abbattere i tempi necessari per effettuare le verifiche presso le Prefetture, spesso incompatibili con appalti che, per ragioni improcrastinabili, dovessero essere iniziati prima. Non a caso, la prima sperimentazione di un sistema di *white lists* è stata accolta nel nostro ordinamento in occasione della ricostruzione post-terremoto in Abruzzo, con l'art. 16 d.l. 28 aprile 2009, n. 39 («Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite

dagli eventi sismici nella Regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile»), per i lavori relativi all'EXPO 2015⁶³, con l'art. 3-*quinquies* del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito nella legge 20 novembre 2009, n. 166, per l'attuazione del Piano straordinario carceri, con l'art. 17-*quater* del d.l. 27 febbraio 2009, n. 195 e, più recentemente, per la ricostruzione post-terremoto in Emilia Romagna⁶⁴, con il d.l. 6 giugno 2012, n. 74. Nelle citate disposizioni si stabiliva che per i subappalti e i subcontratti successivi ai contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, presso le competenti Prefetture fosse istituito un elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, ai quali potessero rivolgersi gli esecutori dei lavori, servizi e forniture. Veniva, altresì, stabilito che le modalità di costituzione e di aggiornamento di detti elenchi fosse demandata ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Ancor prima che tale decreto venisse adottato, l'art. 4, comma 3, lett. g), del d.l. n. 70 del 2011 estendeva a livello generale la disciplina delle *white lists*, prevedendone l'utilizzo per tutte le costruzioni di opere pubbliche, «soprattutto se di interesse strategico». Il decreto preannunciava l'emanazione di un d.P.C.M. che definisse le modalità dell'istituzione e dell'aggiornamento dei suddetti elenchi. Così, la legge n. 190 del 2012, all'art. 1, commi 52 e ss., ha previsto che per l'efficacia dei controlli antimafia nelle attività imprenditoriali maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa – ovvero trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; noli a freddo di macchinari; fornitura di ferro lavorato; noli a caldo; autotrasporti per conto di terzi; guardiania – fosse istituito presso ogni Prefettura l'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori, non

(63) Per un approfondimento sulle *white lists* per la ricostruzione in Abruzzo e per l'EXPO 2015, *La riorganizzazione dei controlli antimafia nel settore dei contratti pubblici*, a cura della Scuola superiore dell'amministrazione dell'interno, 2, 2011.

(64) Per un approfondimento sulle *white lists* per la ricostruzione post-sisma in Emilia-Romagna si veda G. MARCHIANO, *White lists, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?* in www.osservatorioappalti.unitn.it, p. 26 ss.

soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei medesimi settori e che l'iscrizione negli elenchi della Prefettura della Provincia ove avesse sede l'impresa fosse sufficiente a soddisfare i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività. Il d.P.C.M. 18 aprile 2013 ha determinato l'istituzione, presso tutte le Prefetture, delle *white lists*, stabilendo che a decorrere dal 14 ottobre 2013 la normativa che ha istituito la *white list* per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose nel contesto della ricostruzione post sisma e nell'ambito dei lavori per l'Expo 2015 di Milano cessassero di trovare applicazione e che le imprese già iscritte in una delle predette *white list* fossero "trasferite" d'ufficio negli elenchi corrispondenti della nuova *white list* conservandone la residua validità (art. 10). Al fine di incentivare l'iscrizione nelle *white lists*, l'art. 29 del d.l. n. 90 del 2014 ha imposto alle stazioni appaltanti di acquisire la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria obbligatoriamente attraverso la consultazione, anche in via telematica, di tali elenchi. Ne consegue che tale iscrizione costituisce la forma necessitata attraverso la quale viene accertata, nei confronti dei soggetti che operano nei settori più permeabili alle organizzazioni criminali, l'assenza di motivi ostativi ai fini antimafia⁶⁵.

Sulla convenienza di tale operazione si registrano opinioni divergenti: le *white lists*, secondo alcuni autori, costituirebbero «uno strumento indispensabile se si vuole colpire alla base qualsiasi tentativo della mafia di intercettare i flussi finanziari destinati agli investimenti in costruzioni, pubblici e privati»⁶⁶. Dello stesso avviso anche l'Associazione nazionale costruttori edili che le ha ritenute «l'unico strumento veramente efficace ai fini di tutelare le imprese di costruzione nei confronti della criminalità organizzata»⁶⁷. Non manca, però, chi ha criticato il legislatore laddove

(65) Per un approfondimento ulteriore si consulti <http://www.prefettura.it/mantova/contenuti/66298.htm>.

(66) Espressione utilizzata da V. BONIFATI, *Più coraggio sulle White list «antimafia»*, in *Il Sole 24 Ore* del 6 febbraio 2012 (p. 14); V. CUSMANO, A. PORRACCILO, *La documentazione antimafia d.lgs. 6.9.2011, n. 159: artt. 82-101 in Legislazione Penale*, Anno XXXII, 2, 2012, p. 28; cfr. E. BORBONE, *White lists, quadro attuale e possibili sviluppi*, su www.altalex.it

(67) Ance, Audizione presso le Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato sullo schema del decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, 25 luglio 2012, su www.senato.it.

ha provveduto ad espandere il campo d'applicazione delle *white lists* a tutto il territorio nazionale ancor prima che queste venissero attivate per le speciali ipotesi previste e, quindi, senza alcuna riprova che il nuovo strumento avesse davvero una concreta efficacia⁶⁸.

6. *Considerazioni conclusive*

L'analisi dei poteri istruttori che il legislatore ha rimesso al Prefetto ha permesso di rilevare che il suo potere discrezionale ben potrebbe rientrare, così come da alcuni sostenuto, nell'alveo della c.d. discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione. Tale potere discrezionale, dotato di particolare ampiezza, interviene in maniera determinante sulla procedura di gara. La stazione appaltante è, infatti, sempre tenuta a revocare l'aggiudicazione, non essendo più possibile per il Prefetto adottare informative c.d. atipiche; qualora il contratto sia già stato stipulato, essa ha l'obbligo, e non più la facoltà, di recedere dal contratto, salvo eccezioni residuali. La casistica analizzata ha dato luce, inoltre, ad un consistente numero di impugnative aventi ad oggetto informative antimafia c.d. accertative e c.d. supplementari o atipiche, per eccesso di potere. Facendo ricorso alla copiosa giurisprudenza sul tema, è stato possibile ricordare che tale controllo debba limitarsi al profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati dal Prefetto, secondo la logica che fa corrispondere all'ampliamento della sfera di discrezionalità dell'amministrazione una limitazione del sindacato del giudice amministrativo. Essendo la discrezionalità del Prefetto una discrezionalità c.d. tecnica, il giudice amministrativo può stabilire sulla correttezza della valutazione complessiva operata dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del proprio potere sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici, che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato.

Ulteriori considerazioni generali possono essere espresse guardando al metodo delle *white lists*, il cui studio ha permesso di inserire l'informativa antimafia all'interno di un contesto, oggi molto più ricco, di stru-

(68) A. CISTERNA, M.V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, *Commento al Codice antimafia*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2011, p. 164.

menti che coinvolgono non più solo gli Uffici territoriali di governo, ma tutte le istituzioni e gli operatori economici stessi. Ciò rappresenta, nel suo complesso, un segnale di superamento delle normative antimafia di vecchio stampo adottate, di volta in volta, per soddisfare esigenze di carattere emergenziale.

Tuttavia, alta rimane la preoccupazione laddove le maglie di una disciplina così puntuale sembrano subire una deroga proprio nell'ambito di occasioni particolarmente appetibili per le mafie come quella dell'EXPO 2015, essendo la regolamentazione dei controlli antimafia estesamente affidata al lavoro del CCASGO. Ciò, se da un lato può costituire un'opportunità, essendovi la possibilità di costruire sistemi *ad hoc*, dall'altro può rappresentare una criticità per gli operatori del settore, cui non è sottoposto lo studio di un solo sistema, ma di numerosi sottosistemi. Ad esempio, è stato, in questa sede, mostrato come il procedimento per il rilascio dell'informativa antimafia subisca, nell'ambito delle procedure per l'EXPO Milano 2015, una bipartizione che la legge non prevede. Il rischio, in tal modo, è quello che possa essere vanificato il lavoro svolto nel 2011 dal legislatore del Codice antimafia – Codice che, si ricorda, era stato presentato come omnicomprensivo, completo, autosufficiente⁶⁹. Sotto il profilo dell'unicità di trattamento, si auspica che il legislatore ragioni sull'opportunità di riportare ad unità la disciplina dei controlli antimafia "sulle grandi opere", traendo spunto dalle numerose sperimentazioni operate dal CCASGO nel corso degli anni.

Sempre in tema di unicità di trattamento, si osserva che l'art. 91 del Codice antimafia, così come modificato dal d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153, stabilisce che «Per le imprese costituite all'estero e prive di sede secondaria nel territorio dello Stato, il Prefetto svolge accertamenti nei riguardi delle persone fisiche che esercitano poteri di amministrazione». Tuttavia, nell'esperienza dei Paesi comunitari ed extracomunitari non esisto-

(69) G.M. FLICK, *Mafia e imprese vent'anni dopo Capaci, Via D'Amelio, Mani Pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla corruzione*, in *Riv. Soc.*, 2-3, 2013, p. 505; G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Il Codice delle leggi antimafia: risultati, omissioni, prospettive*, in *Legislazione Penale*, Anno XXXII, 2, 2012, p. 181; G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e Appalti*, 3, 2013, p. 256 ss.

no strumenti antimafia ed anticorruzione⁷⁰ analoghi a quelli italiani. Ciò rischia, in concreto, di vanificare qualunque genere di intervento antimafia ed anticorruzione predisposto, in maniera tanto esclusiva quanto isolata, dal nostro legislatore.

L'immagine di una mafia statica che opera in seno ad un'area geografica circoscritta è stata, pur tardivamente, superata. Risale solo al 2012 l'istituzione di una Commissione speciale sul crimine organizzato (Commissione CRIM) cui il Parlamento europeo ha attribuito la funzione di controllo, di analisi e di valutazione dell'entità della criminalità organizzata, della corruzione e del riciclaggio di denaro ed il loro impatto sull'Unione e sui suoi Stati membri e dell'attuale stato di attuazione della legislazione e delle relative politiche dell'Unione in materia. Particolarmente preoccupante è il quadro prospettato dalla CRIM lì dove, nella Relazione finale di chiusura dei 18 mesi di attività, segnala la necessità di riconoscere in tutti gli Stati un reato di associazione mafiosa con identica fattispecie costitutiva e pena, al fine di superare gli ostacoli cagionati dalle differenti definizioni legali di "crimine organizzato", rafforzare gli strumenti della confisca e del sequestro dei patrimoni criminali sviluppando la cooperazione giudiziaria e di polizia tra gli Stati membri dell'Unione europea, creare la figura del Procuratore europeo per coordinare le diverse indagini nazionali e combattere i crimini che colpiscono gli interessi finanziari dell'Unione europea, realizzare un quadro legale unico che permetta di applicare una sentenza emanata in uno degli Stati membri anche negli altri Paesi europei.

(70) Sui modelli stranieri V. D'AMBROSIO, *I profili penali della corruzione e della maladministration*, in F. MERLONI e L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Firenze, Passigli, 2010, pp. 142-143.