

Alla Prefettura di Lecce e Al Ministero dell'Interno

AG 9/14

12 marzo 2014

Oggetto : richiesta di parere della Prefettura di Lecce in ordine a clausole del protocollo di legalità "La rete dei responsabili della legalità in materia di appalti pubblici".

Con nota acquisita al protocollo n. 126093, in data 16 dicembre 2013, la Prefettura di Lecce (di seguito la Prefettura) ha richiesto il parere dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture circa due clausole contenute nel protocollo di legalità denominato "La rete dei responsabili della legalità in materia di appalti pubblici", già sottoscritto con oltre 100 stazioni appaltanti della provincia, di cui ANCE ha eccepito il carattere lesivo del principio di libertà di organizzazione delle imprese. Si tratta della clausola relativa al divieto di subappalto in favore di imprese che abbiano partecipato alla gara e della clausola che obbliga le stazioni appaltanti a trasmettere settimanalmente il Piano di controllo coordinato di cantiere e dei sub cantieri. Nell'Adunanza del 12 marzo 2014 il Consiglio dell'Autorità sui contratti pubblici, oggi soppressa ai sensi dell'art. 19, D.l. 24 giugno 2014, n. 90 ha adottato le seguenti determinazioni, che - con la presente - vengono integralmente trasmesse.

* * *

Con riferimento alla clausola recante il divieto di subappalto in favore di imprese che hanno partecipato alla medesima gara, la Prefettura di Lecce ha rappresentato l'eccezione sollevata da ANCE secondo cui essa introduce una limitazione al subappalto non prevista da norme di legge ed, inoltre, può rivelarsi pericolosa sul piano concreto in quanto potrebbe rafforzare, anziché limitare, il pericolo di un condizionamento mafioso sui subappalti poiché, riducendo il novero delle imprese cui è possibile subappaltare, potrebbe costringere l'appaltatore a stipulare subappalti soltanto con determinate imprese vicine alla criminalità organizzata. La Prefettura, a sostegno della propria tesi, ha invocato il costante orientamento della giurisprudenza secondo il quale la stazione appaltante può imporre nel bando di gara a carico degli operatori adempimenti ulteriori rispetto alle previsioni di legge, nel rispetto del principio di proporzionalità e purché non costituiscano richieste irrazionali e pretestuose.

Al riguardo si osserva che, come correttamente evidenziato dall'istante nella richiesta di parere, l'Autorità si è già pronunciata sulla conformità alla vigente normativa della clausola di gradimento, sovente contenuta nei "protocolli di intesa" (o "protocolli di legalità" o "patti di integrità"), che vieta all'aggiudicatario della gara di subappaltare ad altre imprese che hanno presentato autonoma offerta nella medesima gara, nella determinazione n. 14 del 15 ottobre 2003. In quella sede l'Autorità ha enucleato le argomentazioni a fondamento della congruenza della clausola in esame individuandole nella acclarata facoltà della stazione appaltante di individuare nel bando di gara ulteriori adempimenti rispetto alle previsioni normative stabilite per la partecipazione alle gare e nella precipua finalità della clausola di garantire la presentazione di offerte serie, indipendenti e segrete, evitando dinamiche capaci di produrre effetti distorsivi sulla regolarità della procedura di affidamento. In particolare, con riferimento a quest'ultimo aspetto, è stato osservato che la previsione di una simile clausola rappresenta una presa d'atto dell'evoluzione, in termini di concentrazione e aggregazione, del mercato imprenditoriale, la cui conseguenza può tradursi nella riduzione dell'effettivo confronto concorrenziale fra imprese e che, al fine di prevenire l'alterazione della competizione, la stazione appaltante deve poter adottare misure di prevenzione e contrasto già in fase di espletamento della gara. Nella stessa determinazione, l'Autorità ha nondimeno evidenziato che il legittimo sforzo di tutela del libero dispiegarsi della concorrenza deve temperarsi con il rispetto del principio fondamentale della libertà di organizzazione d'impresa e che pertanto va ritenuto "indispensabile un apprezzamento da parte della S.A., che di volta in volta valuterà, anche sulla base delle singole situazioni ambientali che abbiano già condotto all'adozione di formali iniziative con gli organismi istituzionalmente preposti, la eventualità di inserire nei bandi detta clausola di gradimento".

Le richiamate argomentazioni paiono meritevoli di essere confermate anche alla luce dei più recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali.

In tal senso giova rammentare che nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, nella quale l'Autorità, all'indomani dell'introduzione del comma 1 -bis dell'art. 46 del Codice dei Contratti, ha inteso delineare il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara quanto alla individuazione delle cause tassative di esclusione, è stata ritenuta legittima la prescrizione, a pena di esclusione, dell'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara con particolare riferimento all'accettazione degli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti previsti nell'ambito di protocolli di legalità/patti di integrità. E' stato infatti considerato che la previsione dell'accettazione dei protocolli di legalità (o patti di integrità) - con i quali le amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione e contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa - quale possibile causa di esclusione sia tuttora consentita, "in quanto tali mezzi sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e gli obblighi in tal modo assunti discendono dall'applicazione di

norme imperative di ordine pubblico, con particolare riguardo alla legislazione in materia di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti”.

A *fortiori*, si consideri che il carattere cogente delle clausole contenute nei protocolli di legalità (o patti di integrità) sembra avere ricevuto copertura normativa con la legge n. 190/2012, immediatamente successiva alla richiamata determinazione, che nel comma 17 dell’art. 1 ha statuito che “Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”. Nell’interpretazione fornita da una delle prime pronunce sul tema, il disposto della norma richiamata è stato letto “come possibilità di pretendere l’accettazione di tali protocolli, con apposita dichiarazione da allegare agli atti di gara, a pena di esclusione” (TAR Sicilia - Palermo, ordinanza 11 settembre 2013 n. 585).

Quanto alla potenziale valenza anticoncorrenziale del fenomeno in esame, si evidenzia che tra le anomalie comportamentali che sono indizio della presenza di fenomeni anticoncorrenziali sono ritenuti particolarmente sospetti i casi nei quali un’impresa decide inizialmente di partecipare ad una gara, ritirando l’offerta in un secondo momento, per poi risultare beneficiaria di un subappalto relativo alla medesima gara; ciò in ragione della potenziale idoneità del subappalto ad essere utilizzato come moneta di scambio in un’ottica di spartizione del mercato o della singola commessa. Ciò posto, non ci si può esimere dal considerare che la clausola in esame, come già osservato nella determinazione n. 4/2012, in quanto limitativa della libertà di organizzazione dell’impresa, nonché della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), va applicata nel rispetto del principio di proporzionalità, in un’ottica di contemperamento della necessità di prevenire condotte anticoncorrenziali, anche aventi connotazione mafiosa, con il principio di libera organizzazione dei mezzi imprenditoriali, e dunque partendo dall’analisi, caso per caso, del mercato di riferimento, con la valutazione del livello di rischio condotta in riferimento alla tipologia di lavori/beni/servizi oggetto della gara, al contesto ambientale, al numero e alle dimensioni delle imprese operanti nel settore di interesse, al livello di “influenza” mafiosa nel richiamato settore, ecc.

Queste considerazioni, che hanno indotto l’Autorità ad escludere la clausola in esame da quelle previste nei bandi - tipo di cui all’art. 64, comma 4 -*bis* del Codice dei contratti, conducono a ritenere che essa possa rientrare in un protocollo di legalità (o patto d’integrità) quando la sua previsione sia frutto di una specifica valutazione del livello di rischio di infiltrazioni mafiose nel mercato di riferimento.

Per ciò che attiene alla clausola relativa all’obbligo di trasmissione settimanale del Piano di controllo coordinato di cantiere e dei sub cantieri, che contiene ogni utile e dettagliata indicazione in relazione all’opera da realizzare, dei mezzi e del personale impegnato nella settimana in riferimento alla ditta esecutrice e ad ogni altra ditta a qualsiasi titolo interessata ai lavori, la Prefettura ha evidenziato che si tratta di una misura finalizzata a rendere efficaci gli accessi ai cantieri da parte del gruppo interforze consentendo il monitoraggio del flusso di informazioni e disposizioni operative verso le imprese esecutrici ed i lavoratori autonomi.

Al riguardo giova rammentare che, ai fini della prevenzione di infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, l’art. 93 del d.lgs. n. 159/2011 prevede che il Prefetto disponga accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all’esecuzione di lavori pubblici avvalendosi dei gruppi interforze di cui all’art. 5, comma 3 del D.M. 14 marzo 2003, ovvero gruppi costituiti presso gli uffici territoriali del Governo interessati territorialmente, coordinati da un funzionario dello stesso ufficio e composti da un funzionario della Polizia di Stato, da un ufficiale dell’Arma dei carabinieri, da un ufficiale della Guardia di Finanza, da un rappresentante del Provveditorato delle opere pubbliche, da un rappresentante dell’Ispettorato del lavoro, nonché da un funzionario delle articolazioni periferiche della Direzione investigativa antimafia.

Allo scopo di conferire massima efficacia agli interventi di accesso ai cantieri disposti ai sensi del D.M. 14 marzo 2003 e per realizzare la massima trasparenza in una fase di particolare delicatezza quale quella esecutiva, in numerose circostanze - ad esempio Expo Milano 2015 - è stata sperimentata la redazione da parte dell’impresa affidataria principale del Piano di controllo coordinato di cantiere e dei sub cantieri, nel quale viene inserito con cadenza settimanale il piano delle informazioni, detto anche “settimanale di cantiere”, relative alle ditte che intervengono nel cantiere a qualunque titolo coinvolte, ai mezzi impiegati con indicazione degli estremi identificativi e del nome del proprietario, al personale delle ditte la cui presenza è prevista in cantiere con relativa indicazione nominativa e alle persone comunque autorizzate, anche per motivi diversi, all’accesso al cantiere. Dette informazioni vengono messe a disposizione, generalmente attraverso un flusso informatico, della Prefettura, del gruppo interforze e delle forze di polizia per le opportune verifiche. La previsione della trasmissione settimanale delle informazioni di cui al Piano di controllo coordinato di cantiere e dei sub cantieri appare dunque una misura volta a rafforzare l’efficacia del monitoraggio della fase esecutiva attraverso il coinvolgimento diretto dell’appaltatore.

Operando un bilanciamento tra l’interesse alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose nella fase esecutiva degli appalti attraverso il controllo dei cantieri e il principio di libera organizzazione delle imprese, che ANCE assume leso dall’obbligo di trasmissione del richiamato Piano, pare che in questo caso debba risultare prevalente il primo in quanto attinente ad interessi di rango sovraordinato direttamente connessi alla tutela della sicurezza e dell’ordine pubblico. A ben vedere, inoltre, non pare che la libertà di organizzazione dell’impresa venga incisa in modo significativo dall’obbligo di trasmissione settimanale del Piano di controllo coordinato di cantiere e dei sub cantieri, giacché l’operatore economico rimane libero di organizzare i mezzi di produzione secondo le modalità che

ritiene più idonee all'esecuzione dell'appalto, purché rispettose delle disposizioni di legge, ed è tenuto, in un'ottica di trasparenza e di collaborazione nella lotta alle infiltrazioni mafiose, alla mera comunicazione delle stesse.

Il Direttore Generale: Lorenza Ponzone