

Intervento

SUB AFFIDAMENTI E IL RISCHIO DI UNA VIA PRIVILEGIATA PER L'IMPRESA MAFIOSA

Pasquale Addresso*

Subcontracting and the risk of a privileged pathway for mafia enterprises

Abstract

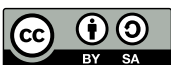
Il presente contributo analizza i principali fattori socio-economici che favoriscono l'ingresso nel mercato di operatori economici contaminati da elementi di mafiosità, con particolare attenzione al settore dei contratti pubblici. La complessità dell'approccio deriva dalla necessità di equilibrare l'esigenza di ampliare la partecipazione alle commesse attraverso adeguati strumenti organizzativi con la necessità di impedire che tali strumenti diventino canali per aggirare i controlli della stazione appaltante, sia nella fase di gara – in cui devono essere verificati i requisiti previsti dagli art. 94 e ss. d.lgs. 36/2023 – sia durante l'esecuzione del contratto.

Parole chiave: Sub contratti, settore pubblico, partecipazione gare, impresa mafiosa.

This paper analyses the main socio-economic factors that favor the entry into the market of economic operators contaminated by mafia elements, with particular attention to the public procurement sector. The complexity of the approach stems from the need to balance the requirement to broaden participation in tenders through appropriate organizational tools with the need to prevent these tools from becoming channels for circumventing the controls of the contracting authority, both in the tender phase—in which the requirements of Articles 94 et seq. of Legislative Decree 36 must be verified—and in the execution phase.

Keywords: Subcontracts, public sector, tender participation, mafia enterprise.

* Procura della Repubblica di Milano – sostituto procuratore Direzione Distrettuale Antimafia



1. PREMESSA

Pino Arlacchi, ripreso da Rocco Sciarrone, ha evidenziato “in termini idealtipici, che la nascita della mafia implica l’esistenza di tre precondizioni socioeconomiche all’interno delle comunità locali: *i*) la presenza determinante del mercato; *ii*) un’intensa conflittualità orizzontale tra individui e gruppi; *iii*) la debolezza o l’assenza di un principio di regolazione centralizzata dei rapporti economici e sociali, o di un monopolio statale della violenza. Si tratta di tre presupposti fondamentali, in quanto il mercato sviluppa mobilità, stratificazione e, dunque, competizione interna; la conflittualità e la mancanza di fiducia favoriscono rispettivamente la funzione di mediazione del mafioso e la sua specializzazione nell’offerta di protezione. La non affermazione di una regolazione centralizzata consente al potere mafioso di porsi come forma dominante dell’integrazione [...] e formidabile strumento di ascesa economica e sociale. Rilevante osservare che esso nasce e si sviluppa non nei contesti più arretrati, ma in quelli più moderni, caratterizzati da maggiore dinamismo economico e da una più articolata stratificazione.”¹

Recenti studi realizzati da Banca d’Italia² rilevano che l’infiltrazione dell’economia legale da parte delle organizzazioni criminali è potenzialmente significativa, anche se la sua misurazione rimane incerta. Al di là delle dimensioni dell’infiltrazione, i motivi che spingono le organizzazioni criminali a infiltrarsi nelle imprese legali sono di grande rilevanza per l’azione di contrasto. Circa il 2% delle imprese italiane ha potenziali connessioni con contesti riconducibili alla criminalità organizzata, con tre principali motivazioni. Le imprese create direttamente dalle organizzazioni criminali che sono principalmente utilizzate per attività illecite come il riciclaggio di denaro o altre operazioni *contra legem*. Queste imprese sono direttamente coinvolte in attività illegali e vengono utilizzate quali strumenti per facilitare guadagni illeciti (motivazione funzionale). Le organizzazioni criminali contaminano altresì imprese già esistenti, spesso dopo la loro costituzione, attraverso l’offerta di servizi vantaggiosi procurati dalle loro attività criminali. I casi più frequenti sono l’utilizzo di metodi illeciti per ottenere vantaggi competitivi, come minacciare concorrenti,

¹ Rocco Sciarrone, *Prima lezione di sociologia delle mafie*, Laterza, Milano, 2025, p. 45. Arlacchi “individua queste caratteristiche nella Piana di Gioia Tauro, che definisce “società di transizione permanente” poiché caratterizzata da un continuo conflitto tra logiche di mercato e logiche tradizionali, in cui è lecito l’uso di ogni mezzo, e da una periodica ristrutturazione della comunità, che determina una situazione di perdurante e diffusa instabilità e incertezza”. *Ibidem*. Rocco Sciarrone fa riferimento al testo di Pino Arlacchi, *Mafia e tipi di società*, in “Rassegna Italiana di Sociologia”, n. 1, 1980, pp. 24-52.

² Banca d’Italia UIF, *Quaderni dell’antiriciclaggio*, novembre 2024.

corrompere funzionari pubblici, l'offerta di una riduzione dei costi mediante evasione, la partecipazione a procedure di gare alterando l'esito o eludendo i requisiti di partecipazione; in tutti questi casi le attività criminali avvantaggiano l'impresa (motivazione competitiva). Infine, le imprese grandi e ben consolidate che rimangono separate dalle attività criminali dell'organizzazione e sono utilizzate per benefici economici e non economici, come la creazione di connessioni politiche (motivazione 'pura'). Quest'ultima motivazione, finora poco analizzata, rappresenta una quota significativa dell'infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali. La legislazione italiana degli ultimi anni, nel settore del *public procurement*, è andata nella direzione dell'esaltazione del risultato quale principio avente un "plusvalore" giuridico rispetto alle singole norme in grado di indirizzare le decisioni della committenza in una diversa prospettiva in cui concorrenza e trasparenza non costituiscono più valori in sé ma strumenti al servizio del risultato.

Questo approccio fa leva sull'argomento evolutivo per cui la concezione democratica del rapporto amministrativo impedisce di pensare che il potere sia esercitato nell'esclusivo interesse della pubblica amministrazione, ignorando gli interessi dei privati bisognosi della tutela garantita dall'esercizio di un potere scolpito da norme che sono poste anche, se non soprattutto, a sua protezione.

L'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione, sancito in materia di contratti pubblici dall'art. 1 d.lgs. n. 36/2023, ha posto tuttavia il tema di una possibile lettura di tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione³.

Le prime applicazioni di tale "principio - regola" da parte della giurisprudenza hanno di contro evidenziato che l'applicazione del principio del risultato deve rispettare i principi di legalità e non prevale sul principio di *par condicio competitorum*, che richiede l'applicazione uniforme e uguale per tutti delle regole della gara, eventualmente etero integrate dalle norme imperative vigenti in materia. Detto principio impone viepiù che gli operatori professionali siano in possesso dei requisiti generali e speciali per la partecipazione alla gara in relazione alle prestazioni oggetto di affidamento⁴.

Nel presente lavoro verrà verificata la tenuta del sistema regolatorio in riferimento alla partecipazione dell'impresa mafiosa all'intero ciclo del contratto pubblico, con particolare riferimento alla tematica dei sub affidamenti.

³ Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701.

⁴ Cons. Giust. Amm. Sicilia, 07 agosto 2025, n. 655.

2. I SUB AFFIDAMENTI

Nel 2024 il valore economico complessivo degli appalti pubblici in Italia è stato di 271,8 miliardi di euro per un totale di 267.000 procedure di gara, con una flessione del -4,1% sul 2023 e del -7,3% sul 2022 (Relazione annuale Anac al Parlamento per l'anno 2024 – Camera dei deputati 20 maggio 2025).

Ciò rende evidenti le ragioni per cui il mercato dei contratti pubblici costituisce un settore dotato di particolare attrazione per le organizzazioni mafiose, costituendo gli appalti pubblici una occasione di realizzazione di profitti legati alla realizzazione di opere o servizi pubblici.

Per cogliere i profili di criticità nel contrasto dei fenomeni di contaminazione mafiosa nel ciclo dei contratti pubblici è necessario partire dal fatto che l'operatore economico dell'era moderna risponde alle esigenze e regole del mercato, attraverso la predisposizione di assetti organizzativi che non si esauriscono all'interno del singolo "player", ma si proiettano all'esterno⁵.

Ciò accade attraverso l'utilizzo di contratti con i quali, in modo occasionale o stabile, gli operatori economici decidono di gestire una singola commessa (pubblica o privata), intere fasi del ciclo produttivo o di esternalizzare parte della propria organizzazione (cd. esternalizzazione della produzione di beni e servizi).

Si tratta dei cd. "contratti d'impresa" ove i termini contratto e impresa sono legati da un nesso funzionale in quanto espressivi di scelte organizzative che connotano l'esercizio dell'impresa.

Trattasi di un tema ampio che interessa, in questa sede, nella misura in cui il settore degli appalti pubblici vede la presenza di imprese legate da vincoli contrattuali, in cui siano presenti elementi di contaminazione mafiosa⁶.

⁵ L'attuale sistema di prevenzione antimafia presenta una doppia anima, amministrativa e giudiziaria. Con un paradosso: l'informativa antimafia comporta effetti pregiudizievoli e interdittivi dell'attività di impresa per il soggetto colpito più affittivi delle misure giurisdizionali (art. 34 e 34-bis d. lgs. n. 159/2011). Tale asimmetria di effetti ha determinato uno sfasamento degli strumenti di tutela a disposizione dell'autorità amministrativa rispetto a quella giudiziaria, comportando, altresì, un vero e proprio tentativo di "migrazione" da parte degli operatori economici a rischio di interdizione amministrativa, verso gli strumenti del controllo giudiziario pur di proseguire nella gestione delle commesse pubblicistiche e interrompere gli effetti pregiudizievoli dell'interdittiva.

⁶ La tematica si palesa di più ampio respiro tenuto conto che la disciplina delle informazioni antimafia si applica anche ai provvedimenti autorizzatori e alle attività soggette a SCIA, in quanto l'art. 89, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 prevede espressamente, (lett. a), che l'autocertificazione, da parte dell'interessato, che nei propri confronti non sussistono le cause di divieto, di decadenza o di sospensione, di cui all'art. 67, riguarda anche "attività private, sottoposte a regime autorizzatorio,

I contratti di consorzio, avvalimento, o i cd. sub affidamenti costituiscono, infatti, strumenti negoziali con i quali le imprese partecipano alle procedure a evidenza pubblica.

La Corte di Giustizia riconosce, in particolare, che il ricorso al subappalto, favorendo l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce, al pari dell'avvalimento, a realizzare l'obiettivo di rendere la concorrenza la più ampia possibile (CGUE, 26 settembre 2019, C-63/18, punto 27 e CGUE, 27 novembre 2019, C-402/18, punto 39).

In tale contesto l'utilizzo del subappalto è stato ulteriormente incentivato in quanto, la sua possibile portata "qualificatoria", consente al soggetto non qualificato di presentare un'offerta anche per lavori di cui non possiede la qualificazione, seppur non prevalenti (cd. lavorazioni scorporabili) in coerenza con il diritto eurounitario che reca la nozione di avvalimento nella direttiva n. 24/2014/UE e la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di subappalto⁷ (in specie, sul sub appalto cd. "necessario" o qualificatorio).

che possono essere intraprese su segnalazione certificata di inizio attività da parte del privato alla pubblica amministrazione".

A tale conclusione, la giurisprudenza è pervenuta indentificando un "rapporto amministrativo" in ogni ipotesi in cui l'attività economica sia sottoposta ad attività provvedimentoale, che essa sia di tipo concessorio o autorizzatorio o, addirittura soggetta a SCIA, (cfr. Consiglio di Stato, in sede consultiva, parere n. 839 del 30 marzo 2016 sulla riforma della disciplina della SCIA).

⁷ Quanto alla prima, in base all'art. 63 di detta direttiva, un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, "*a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi*", con la precisazione che, ove ciò avvenga con riferimento alle esperienze professionali, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti "*solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste*". In tal caso l'amministrazione verifica "*se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo*".

La prospettiva, pur delineata con riferimento alla gara (non alla fase esecutiva), prescinde dalla natura dei legami fra offerente e ausiliario, ritenendo rilevante invece la necessaria esecuzione dei lavori di cui il primo non possiede i requisiti da parte del secondo (quindi un aspetto attinente alla fase che segue la stipulazione del contratto) e il controllo del possesso di quest'ultimo delle relative qualificazioni.

Quanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul subappalto si rileva che essa, dopo avere definito il subappalto quale istituto relativo all'esecuzione di un appalto, ha precisato che, "*qualora i documenti dell'appalto impongano agli offerenti di indicare, nelle loro offerte, le parti dell'appalto che essi hanno eventualmente l'intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti*", l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori dei quali non sia stata in grado di verificare le capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario" (sez. V, 27 novembre 2019, C-402/18): la prospettiva della Corte quindi, al di là della specifica regola dettata, rende evidente l'ammissibilità della sovrapposizione del piano della gara (verifica dei requisiti) con l'istituto del subappalto, di natura esecutiva.

Si innesta in tale scenario la decisione dell'Adunanza plenaria⁸, resa proprio in tema di subappalto necessario, in base alla quale *“l’indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell’offerta non è obbligatoria, neanche nell’ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all’art.107, comma 2, d.P.R.”*; rispetto a detta decisione è rilevante, anche per la fase esecutiva del contratto, quanto statuito dalla Corte di giustizia, laddove si legge che *“il subappalto costituisce solo una delle modalità mediante le quali un operatore economico può avvalersi delle capacità di altri soggetti”*, precisando che

“l’articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un offerente sia escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto per il motivo che non ha designato il subappaltatore al quale intende affidare l’esecuzione di obblighi risultanti da normative speciali applicabili alle attività connesse all’appalto di cui trattasi e non previste nei documenti di gara, ove tale offerente abbia precisato nella sua offerta che esso eseguirà tali obblighi facendo affidamento sulle capacità di un altro soggetto senza tuttavia essere vincolato a quest’ultimo da un contratto di subappalto” (Cgue, sez. III, 26 gennaio 2023, C-403/21).

Sotto il profilo regolatorio si contrappongono due opposte esigenze: da un lato, garantire la massima partecipazione alle commesse pubbliche che si dilata nella misura in cui un’impresa possa avvalersi di soggetti ausiliari per dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione; il subappalto, così come l’avalimento, infatti, sono moduli organizzativi alternativamente idonei a garantire l’ampliamento della possibilità di partecipazione alle gare anche a soggetti in apice sforniti dei requisiti di partecipazione (Cgue, 5 aprile 2017, C-298/15, 14 gennaio 2016, C-234/14, e 10 ottobre 2013, C 94/12, punto 31); dall’altro, evitare che tali contratti di collaborazione siano utilizzati per eludere i controlli rimessi alla stazione appaltante sia in fase di gare che in corso di esecuzione.

3. LA DISCIPLINA ANTIMAFIA NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

La disciplina introdotta con il d.lgs. n. 36/2023⁹ (di seguito nuovo codice dei

⁸ Ad. Plen., 2 novembre 2015, n. 9.

⁹ Una lettura di sistema impone di leggere la normativa di contrasto all’impresa mafiosa contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici nelle interferenze anche con le discipline contenute nel d.lgs. 159/2011 (Codice antimafia) e nel D.lgs. 14/2019 (CCII Codice della crisi e insolvenza).

contratti) ha sostanzialmente confermato le misure di contrasto all'impresa mafiosa già esistenti nella previgente disciplina, incentrate: i) comunicazioni antimafia (art. 82 e ss. D.lgs. 159/2011 Codice antimafia); ii) sistema di controlli alternativi (white list, anagrafe antimafia, protocolli di legalità).

I limiti di tale modello emersi dall'esperienza applicativa risiedono:

i) controlli sui soggetti sottoposti alla verifica antimafia (art. 85 codice antimafia non coincidente con l'art 94 co. 3 nuovo codice contratti) sono di natura cartolare e non sempre riescono a rilevare indici di mafiosità insiti nei cicli di fatturazione passiva del fornitore;

la "mera" presentazione della domanda d'iscrizione in *white list* consente all'operatore economico di partecipare, sotto condizione risolutiva, alle procedure di gara bandite anche nelle more della valutazione della propria posizione antimafia; tale profilo, in considerazione dei lunghi tempi di trattazione per l'acquisizione di dati e informazioni rilevanti ai fini antimafia e dell'obbligo di istaurazione del contraddittorio¹⁰, rende concreto il rischio che l'impresa aggiudicataria sia interdetta solo quando i lavori sono compiuti, rendendo, di fatto, il provvedimento interdittivo *inutiliter datur*, e praticamente vani gli sforzi compiuti dagli operatori delle Prefetture e dalle forze di polizia per prevenire l'infiltrazione da parte della criminalità organizzata delle commesse pubbliche, concessioni e provvedimenti amministrativi; la fase di esecuzione del contratto, come sopra rilevato, vede una forte spinta verso la liberalizzazione dei sub affidamenti.

¹⁰ Con il d.l. 6 novembre 2021 n. 152 sono state apportate, alcune modifiche al Codice antimafia e delle misure di prevenzione, tese a bilanciare l'ampia discrezionalità della p.a. nella valutazione delle ipotesi di tentativo "rilevante" e "più sintomatico che non" di infiltrazione mafiosa, in termini di garanzie sostanziali e tassatività, tra cui: i) il nuovo art. 2-bis dell'art. 92 del Codice antimafia, introduce un obbligo di contraddittorio procedimentale a tutela delle due diverse posizioni e interessi contrapposti, contemplando, altresì, una parziale disclosure degli atti di indagine e degli elementi sintomatici dell'infiltrazione mafiosa. In particolare, è stato previsto che, ove fossero ritenuti sussistenti i presupposti per l'adozione di una informazione antimafia interdittiva o di un provvedimento di prevenzione collaborativa, il soggetto procedente è obbligato, salvo le eccezioni oggi specificatamente previste dalla legge, a comunicare al soggetto interessato l'avvio del procedimento nonché gli "elementi sintomatici del tentativo di infiltrazione mafiosa". Con tale comunicazione si instaura un vero e proprio contraddittorio procedimentale, il quale prevede la possibilità di formulare osservazioni scritte da proporsi in 20 giorni, ovvero richiedere l'audizione al Prefetto, dall'altro, prevedendo che tale comunicazione preventiva potrà essere "omessa" qualora ricorrano "particolari esigenze di celerità", in modo da preservare la speditezza dell'azione amministrativa nei casi particolarmente sintomatici di tentativi di infiltrazione mafiosa; ii) nuova misura di prevenzione amministrativa, alternativa e meno afflittiva dell'informazione interdittiva, denominata "prevenzione collaborativa", per le ipotesi di tentativi di infiltrazione mafiosa "occasionalmente".

4. PARERE A.N.AC. DEL 20.11.2025

Proprio su tale ultimo punto, ha destato qualche perplessità la pubblicazione in data 20 novembre 2025 da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione di un parere avente per oggetto la gestione dei cd. *subaffidamenti*.

Il termine si riferisce a quei contratti che nascono e si estinguono nella fase di esecuzione di un appalto pubblico. Per la loro apparente residualità e per la semplificazione procedurale di cui godono, vivono in una sorta di cono d'ombra che li priva di ruolo nella fase di predisposizione degli atti di gara. Ma proprio da tale scarsa visibilità ne deriva la pericolosità. Nonostante si tratti sovente degli operatori economici realmente specializzati (in termini non giuridici).

Detto parere, adottato dall'Ufficio Studi, Regolazione, Massimario e Pareri interni in materia di Contratti Pubblici e di Digitalizzazione (USRECP) dell'Anac, solleva però alcune perplessità laddove reca una lettura del dato normativo che rischia di svuotare dei presidi irrinunciabile nel contrasto alla partecipazione dell'impresa mafiosa in qualsiasi fase del contratto pubblico.

Nel parere si sostiene infatti che:

la verifica dei requisiti generali (idoneità morale di chi contrae con la PA) è prescritta solo per i contratti di subappalto soggetti ad autorizzazione formale (cfr. commi 4 e 5 art.119 del d.lgs. 36/2023); viene spiegato che non sono richiesti per i sub-contratti gli stessi passaggi formali del subappalto (istanza 20 giorni prima dell'inizio, verifica dei requisiti e/o autodichiarazioni, assenza cause di esclusione, autorizzazione espressa, avvio delle prestazioni) sicché la stazione appaltante “può non procedere alla verifica dei requisiti generali”; in questa lettura l'Autorità si conforta con due pareri¹¹ espressi dal MIT;

“ritiene invece necessaria” la verifica di tutti i requisiti di ordine generale solo in caso di pagamento diretto all'operatore economico sub-contraente ex del comma 1 art.119 del Codice, per la sacralità delle virtù moralmente ineccepibili richieste a chi contrae con la PA. Per i restanti procederà alla verifica prima dei pagamenti. Sfugge però la lettura del comma più rilevante dell'art.119, co.2, secondo cui l'affidatario comunica per tutti i sub-contratti che non rientrano nella nozione di subappalto¹², prima dell'inizio della prestazione, il nominativo dei sub-contraenti, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura ed eventual-

¹¹ Cfr. MIT prot. n. 2855 del 29 ottobre 2024 e precedente parere 2273 del 5 settembre 2023.

¹² Importi superiori al 2% del contratto “principale” o di importo superiore a 100.000 euro sempre che il costo della manodopera superi il 50 % del subappalto da affidare (art.119, co.2, Codice).

mente le relative modifiche in corso di esecuzione. Cui si aggiunge il diritto alla revisione dei prezzi (co.2-bis art.119 a opera del correttivo) dei sub-contrattanti e la possibilità di corresponsione diretta dei pagamenti (quest'ultima già nella previgente normativa).

Dunque, si devono cogliere due aspetti.

Da un lato il raggiungimento di una parità cognitiva della stazione appaltante tra sub-appalti e subcontratti, fatta eccezione per la rilevanza economica limitata dei secondi, dall'altro una procedura più snella dei subcontratti e segnatamente l'assenza del termine di 20 giorni e un'autorizzazione implicita. È da rammentare che nella previgente disciplina era previsto il rilascio di autorizzazione esplicita anche per i subcontratti (denominati subappalti al disotto delle note soglie del 2% ecc.) con l'unica variante che il termine di rilascio era ridotto della metà rispetto al subappalto (cfr. art.118, co.8. d.lgs. n.163/2006 e d.lgs. n.50/2016).

Naturalmente ex art.119 del codice vi è asimmetria dei due istituti: una tra tutte per il ruolo qualificatorio dei subappalti e alla facoltà della stazione appaltante di vietare il subappalto (ora liberalizzato salvo eccezioni) allorché si debba rafforzare la tutela dei lavoratori e la prevenzione delle infiltrazioni criminali nel contesto nel quale si opera.

Semplificazione che si comprende meglio se si riguarda il sub-contratto come un affidamento diretto dell'appaltatore, mentre il subappalto si origina ben prima nella fase del bando di gara (finanche di progetto) con i noti vincoli ma sempre nella competenza dell'appaltatore.

E dunque il significato da dare all'obbligo di invio alla stazione appaltante "prima dell'inizio della prestazione", non può che ascrivere alla attività della stazione appaltante di operare i controlli sulla affidabilità generale (e tecnica) prima che vengano consegnate dall'appaltatore le prestazioni di competenza dei sub-contrattanti. Così come in un affidamento diretto i requisiti generali e speciali sono verificati nella fase che precede l'invito, affidamento e avvio della prestazione (cioè, in sede di determina di contrarre).

Del resto, in linea generale e non solo per i subappalti, lo stesso comma 2, terzo periodo, prevede che la stazione appaltante nel rispetto dei principi regolatori di cui agli artt. 1, 2 e 3, possa rafforzare nei bandi di gara (tra l'altro) le misure atte a prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose che possono aver luogo anche con contratti ritenuti minori.

Ben potrebbe la stazione appaltante allineare negli atti di gara i medesimi ritmi procedurali per subappalti e subcontratti.

Per concludere sul punto è illogico ritenere, come fa il parere, che è solo necessario (a parte quando eventualmente previsto dalla legge di gara) verificare il possesso dei requisiti generali quando si opti per il pagamento diretto (comma 11 art.119). E che la verifica della certificazione antimafia debba farsi per i sub-contratti solo nel sistema delle white-list, dove cioè si presume che ci siano più controlli antimafia preventivi. In caso di pagamento indiretto (cioè, provvede direttamente l'appaltatore) non vi sarebbe necessità di controllo.

Ecco, quindi, che il parere si spinge oltre la norma: la stazione appaltante è de-responsabilizzata e può non assicurare la idoneità morale quanto quella tecnica dell'esecutore, in violazione del principio generale secondo cui nessuna parte del contratto può essere eseguita in mancanza di idoneità del prestatore.

In sostanza, l'errore è quello di scambiare la semplificazione procedurale con la facoltà di non effettuare i controlli sui requisiti generali e speciali.

5. I PRESIDI PENALISTICI

E' bene sottolineare che la rilevanza degli interessi pubblicistici tutelati dalle norme sopraindicate è tale che l'art. 74 co. 3 D.lgs. 159/2011 "Reati del pubblico ufficiale" prevede che *"Il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente dello Stato o di altro ente pubblico ovvero il concessionario di opere e di servizi pubblici nonché' il contraente generale che consente alla conclusione di contratti o subcontratti in violazione dei divieti previsti dall'articolo 67, è punito con la reclusione da due a quattro anni. Se il fatto di cui ai commi 1, 2 e 3 è commesso per colpa, la pena è della reclusione da tre mesi ad un anno"*.

L'efficacia di tale deterrenza penale rischia di essere fortemente depotenziata da interpretazioni della normativa vigente che paiono sdoganare un minore vigore nella verifica dei predetti divieti e rendono concreto il pericolo di una difficile dimostrazione della sussistenza di condotte di rilievo penale, quanto meno sotto il profilo della sussistenza dell'elemento soggettivo, potendo assurgere a causa di elisione della rimproverabilità l'adesione da parte del funzionario a orientamenti provenienti dall'Autorità anticorruzione che, seppur non vincolanti, costituiscono significative fonti di "soft law".

Sempre sul versante dei presidi penalistici va rilevata, di contro, l'introduzione¹³

¹³ Norma introdotta con il decreto-legge 2 marzo 2024 n. 19 Pubblicato sulla "Gazzetta Ufficiale" del 2 marzo 2024 n. 52 conv. con mod. dalla legge 29 aprile 2024 n. 56 – Stralcio Pubblicata sul supplemento n. 19 alla "Gazzetta Ufficiale" del 30 aprile 2024 n. 100.

della nuova fattispecie di cui all'art. 512 bis co. 2 c.p. che punisce l'attribuzione fittizia a terzi della titolarità di imprese, quote societarie o azioni ovvero di cariche sociali, *“qualora l'imprenditore o la società partecipi a procedure di aggiudicazione o di esecuzione di appalti o di concessioni”* – destinata altresì a produrre i suoi effetti di deterrenza anche sul sistema alternativo di validazione dell'operatore economico costituito dalle iscrizioni in white list o anagrafi dedicate alle grandi opere, come di seguito ricostruito.

La ratio della novella legislativa è da cogliere nella funzione di contemperamento alla tendenza del legislatore a privilegiare strumenti di contrasto alla criminalità organizzata, incentrati in adempimenti amministrativi ex ante; l'art. 3 co. 7 d.l. 76/2020 infatti è intervenuto sull'art. 83 bis d.lgs. n. 159/2011 attuando, per il tramite dei Protocolli di legalità, un'estensione soggettiva delle verifiche antimafia reintroducendo la possibilità per i privati di richiedere la documentazione antimafia; la disposizione prevede altresì che l'iscrizione alle “white list” ex art. 1, co. 52, l. n. 190/2012 e all'anagrafe antimafia ex l. n. 229/2016, equivale alla “informazione antimafia” (art. 83 bis co. 2 d.lgs. 159/2011 inserito nel codice dall' art. 3, co. 7, d.l. n. 76/2020) con il corollario (art. 83 bis co. 3 d.lgs. n. 159/2011) di una nuova clausola di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto per l'ipotesi del mancato rispetto dei protocolli di legalità.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV, *I Trattati di Diritto Amministrativo* diretto da F. Caringella, R. Chieppa e B.G. Mattarella, Giuffrè Francis Lefebvre Editore, Milano, 2025.
- AA.VV, *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Giuffrè Francis Lefebvre Editore, Milano, 2019.
- AA.VV, *Codice dei Contratti e società pubbliche profili penali*, Giuffrè Francis Lefebvre Editore, Milano, 2020.
- Adesso Pasquale, *Tutela del mercato e strumenti di contrasto all'impresa mafiosa*, in Rivista di Studi e ricerche sulla Criminalità organizzata n. 4/2022, Università degli Studi di Milano e Cross "Osservatorio sulla criminalità organizzata", Milano, 2022.
- Adesso Pasquale, *L'art. 512 bis co. 2 c.p.: l'intestazione fittizia quale nuova turbativa in re ipsa*, in Rivista on line Smart 24PA Sole 24ore, 15.10.2024.
- Arlacchi Pino, *Mafia, contadini e latifondo nella Calabria tradizionale*, Il Mulino, Bologna, 1980a.
- Banca d'Italia – UIF, *Quaderni sul riciclaggio -Mafia and firms*, Rivista, Novembre, 2024.
- dalla Chiesa Nando - Carnì Andrea, *Mafia ed economia. Il rischio criminale in Lombardia*, Futura, Milano, 2025.
- Di Marzio Fabrizio, *Diritto dell'Insolvenza*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024.
- Lo Pilato Vincenzo, *Manuale di diritto Amministrativo*, Giappichelli, Milano, 2024.
- Mucciarelli Francesco, *Commento all'art. 12 quinquies d.l. 8/6/1992 n. 306, Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa* in La Legislazione penale, 1993, pp. 158 ss.
- Sciarrone Rocco, *Prima lezione di sociologia delle mafie*, Laterza, Milano, 2025.
- Padovani Tullio, *Diritto penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, pp. 443-444.