

## *Le white list*

### *1. Premesse – I precedenti*

La legge 6 dicembre 2012, n. 190 sulla prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (c.d. legge anticorruzione) ha previsto, tra i vari strumenti finalizzati al perseguimento delle suddette finalità, l'istituzione delle c.d. white list.

In linea generale, le white list si sostanziano nella formazione di liste di imprese che, a seguito di una serie di verifiche che vengono effettuate ai fini dell'eventuale iscrizione, attribuiscono una particolare patente di affidabilità ai soggetti che risultano iscritti. Sempre in termini generali, questa patente di affidabilità può avere una duplice funzione. La prima è quella di attribuire alle imprese iscritte una particolare posizione di vantaggio che si esprime in termini di premialità, assicurando, ad esempio, l'accesso agevolato a determinati finanziamenti o l'esclusiva nello svolgimento di certe attività. La seconda funzione è invece di tipo semplificatorio, nel senso che l'iscrizione alla white list semplifica e accelera determinati procedimenti, consistenti in linea di massima nell'accertamento di una serie di requisiti in capo alle imprese.

Come emergerà dall'analisi successiva, le white list previste dalla legge anticorruzione sono orientate in maniera assolutamente

prevalente, per non dire esclusiva, a questa seconda funzione. Esse si configurano essenzialmente come uno strumento semplificatorio, in cui gli elementi di premialità – anche a volerli individuare - costituiscono un aspetto del tutto marginale.

Le white list previste dalla legge anticorruzione rappresentano uno strumento tipico dei contratti pubblici e, più nello specifico, del settore dei lavori pubblici.

L'istituto, peraltro, non rappresenta una novità assoluta, essendoci già dei precedenti nella legislazione sugli appalti. Esso è stato infatti previsto innanzi tutto in relazione ad alcuni eventi di particolare rilievo che, in considerazione delle loro specifiche caratteristiche, hanno indotto il legislatore a introdurre questo strumento in una logica di accrescimento delle tutele per gli enti appaltanti ma anche per le imprese.

Ci si riferisce al Decreto legge 39/2009 per la ricostruzione post terremoto in Abruzzo, al Decreto legge 135/2009 per i lavori dell'Expo 2015 e al Decreto legge 74/2012 per la ricostruzione del post terremoto in Emilia, cui hanno fatto seguito i relativi DPCM con cui sono state istituite le diverse white list.

Peraltro, il DPCM attuativo della legge anticorruzione dispone, all'articolo 10, che a decorrere dal sessantunesimo giorno dalla sua entrata in vigore, cessano di avere applicazione i DPCM istitutivi delle white list istituite rispettivamente per la ricostruzione in Abruzzo e per l'Expo 2015. Tuttavia, al precedente articolo 9, è stabilito che le imprese iscritte in detti elenchi sono inserite d'ufficio, salva esplicita comunicazione di mancato interesse da parte dell'impresa interessata, nelle white

list previste dalla legge anticorruzione. Per quanto invece attiene alla white list relativa alla ricostruzione post terremoto in Emilia, vi è una disposizione transitoria più articolata, che fa salvo l'elenco per i settori di attività diversi da quelli contemplati dalla legge anticorruzione.

In tutti i casi sopra richiamati le white list sono state limitate a un determinato ambito territoriale, che ne ha conseguentemente circoscritto il relativo campo di applicazione. Al contrario, una disposizione di carattere generale, valida cioè per tutto il territorio nazionale, era contenuta nel Decreto legge 70/2011 (c.d. Decreto sviluppo), all'articolo 4, commi 1, lettera g) e 13. Tale disposizione disegna una disciplina delle white list molto simile, anche se non perfettamente coincidente, con quella che ha poi trovato spazio nella legge anticorruzione.

Tuttavia la norma primaria rinviava, ai fine della concreta applicazione delle white list, a un successivo DPCM che avrebbe dovuto definire le modalità per l'istituzione e l'aggiornamento delle stesse, che in realtà non è mai stato emanato. Si tratta quindi di una previsione che a tutt'oggi non ha trovato attuazione operativa, e che a questo punto si deve ritenere nei fatti superata dall'entrata in vigore della legge anticorruzione, nonostante quest'ultima non contenga alcun riferimento alla stessa in termini di abrogazione esplicita.

E' in questo contesto normativo, caratterizzato da precedenti più o meno analoghi, che vanno inquadrare le white list previste dalla legge anticorruzione. Rispetto a tali precedenti, queste ultime si caratterizzano da un lato, per la loro applicazione generalizzata,

che riguarda tutto il territorio nazionale; dall'altro, per una disciplina maggiormente organica, in cui trovano spazio tutti gli aspetti fondamentali relativi al funzionamento dello strumento.

Dal punto di vista dell'inquadramento sistematico, le white list previste dalla legge anticorruzione si collocano a pieno titolo nell'ambito della normativa antimafia. Ciò si ricava chiaramente dallo stesso incipit contenuto al comma 52 dell'articolo 1 della legge 190, laddove si precisa che l'istituzione di elenchi di imprenditori presso ogni prefettura è prevista ai fini dell'efficacia dei controlli antimafia.

Viene quindi caratterizzata in modo molto netta la funzione delle white list, che si pone in termini di complementarietà rispetto alla disciplina antimafia, rappresentando quindi uno strumento integrativo rispetto all'ordinaria documentazione diretta ad accertare i requisiti di non mafiosità.

Di conseguenza, l'analisi della relativa disciplina, contenuta nei commi da 52 a 57 dell'articolo 1 della legge 190/2012 e nel DPCM di prossima emanazione, deve essere condotta avendo sempre presente questo collocamento funzionale dell'istituto.

## *2. L'ambito di applicazione*

Le white list hanno un ambito territoriale di applicazione a carattere provinciale, poiché gli elenchi vanno istituiti presso ciascuna Prefettura.

Dal punto di vista dell'ambito soggettivo – relativo cioè all'individuazione di coloro che hanno titolo per ottenere l'iscrizione – esso si estende a tutti i fornitori, prestatori di servizi

ed esecutori di lavori. Si tratta quindi di un'ampia categoria di soggetti, che viene a ricomprendere l'intera filiera del processo realizzativo dell'opera.

Formulato nei termini ampi sopra indicati, l'elenco sembrerebbe destinato a ricomprendere tutti i soggetti che a qualunque titolo partecipino al processo realizzativo, sia in qualità di appaltatori che di subappaltatori. Questa conclusione, ineccepibile dal punto di vista dell'interpretazione letterale, va tuttavia letta alla luce della definizione dell'ambito di applicazione oggettivo della disciplina in esame.

Tale ambito è definito al comma 53, che individua le attività imprenditoriali che, in quanto considerate maggiormente a rischio di infiltrazione mafiosa, sono quelle per le quali operano le white list. Tali attività sono così individuate: 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 e macchinari; fornitura di ferro e lavorato; noli a caldo; autotrasporti per conto di terzi; guardiania di canteri.

Si tratta di un'elencazione a carattere tassativo, il che significa che solo i soggetti che operano in questi campi di attività hanno titolo per essere iscritti negli elenchi. E' peraltro prevista la possibilità che questa indicazione delle attività contenuta al comma 53 sia aggiornata con cadenza annuale (entro il 31 dicembre di ogni anno) attraverso una procedura articolata, che passa per un Decreto adottato dal Ministro dell'interno di

concerto con i Ministri della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dell'economia, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, da cui comunque si può prescindere se non viene reso entro trenta giorni dalla trasmissione del relativo schema alle Camere.

L'elenco delle attività sopra richiamato sembra dare una caratterizzazione specifica alle white list. Tali attività, infatti, si identificano in linea generale con prestazioni tipiche di subcontratti, con l'effetto che gli elenchi appaiono finalizzati ai subaffidamenti operati dall'affidatario originario piuttosto che agli affidamenti posti in essere dalla stazione appaltante. Si vuol dire che, nonostante le white list trovino la loro definizione esclusivamente nel profilo dei soggetti che possono iscriversi, la loro concreta operatività sembra in realtà indirizzata sostanzialmente ai subaffidamenti (subappalti e contratti similari) piuttosto che ai contratti di appalto.

La delimitazione delle white list alle sole attività sopra elencate, considerate particolarmente a rischio, pone peraltro una questione interpretativa in merito all'ambito di efficacia dell'iscrizione che sia stata ottenuta dall'impresa che ne abbia titolo.

Si pensi all'ipotesi di un'impresa che, oltre ad operare nell'ambito delle attività a rischio, svolga altre attività. Questa impresa potrà, ad esempio, rendersi titolare di un ordinario contratto di appalto o subappalto, che potrà riguardare le più diverse lavorazioni e che non necessariamente avrà ad oggetto le tipologie di attività elencate al comma 53.

Un'interpretazione meramente letterale della disciplina introdotta dovrebbe portare a ritenere che, in relazione a questi contratti, nei confronti dell'impresa, ancorché iscritta nella white list, dovrebbe comunque acquisirsi la ordinaria documentazione antimafia (comunicazione o informazione). Ciò in quanto l'iscrizione alla white list sarebbe titolo legittimante di "non mafiosità" esclusivamente in relazione alle attività particolarmente a rischio, ma non in relazione a quelle ordinarie.

Si tratta evidentemente di una conclusione che appare contraddittoria e illogica, specie in considerazione del fatto che le verifiche che vengono operate ai fini dell'iscrizione nelle white list sono le medesime che sono previste in relazione al rilascio della ordinaria documentazione antimafia. Non avrebbe quindi alcun senso, e anzi sarebbe contrario al principio di economicità dell'azione amministrativa, prevedere l'obbligo di una duplicazione di tali verifiche per il solo fatto che l'ambito di attività dell'impresa che viene in rilievo non è quello rispetto alla quale la stessa ha ottenuto l'iscrizione nella white list.

Appare quindi da accogliere un'interpretazione sistematica della disciplina introdotta, che consenta di utilizzare l'iscrizione nella white list anche con riferimento ad attività e tipologie contrattuali diverse da quelle elencate al comma 53, qualora tale iscrizione sia ottenuta da imprese che operano anche (ma non esclusivamente) nei settori "a rischio".

Un'ultima notazione va infine operata con riferimento all'ambito di applicazione della disciplina in esame. Essa, in relazione al suo chiaro collegamento con la normativa antimafia, riguarda solo

l'area dei contratti pubblici, cioè quei contratti – o, più propriamente, subcontratti - in cui il committente originario sia una pubblica amministrazione o un soggetto a questa assimilato, chi rientri comunque nell'ambito di applicazione della legislazione antimafia. Ciò è confermato anche dal riferimento testuale contenuto all'articolo 7, comma 2, del DPCM, secondo cui sono proprio i committenti pubblici individuati dall'articolo 83 del D.lgs. 159/2011 (Codice antimafia) a verificare l'iscrizione nelle white list ai fini del rilascio delle autorizzazioni di loro competenza.

In sostanza, le white list non operano in relazione a tutti quei contratti che, pur afferendo alle attività indicate al comma 53, si svolgono in un ambito privatistico, che come tale non implica obbligatoriamente la verifica dei requisiti antimafia.

### *3. Il procedimento di iscrizione*

Il procedimento di iscrizione nelle white list è disciplinato dall'articolo 3 del DPCM. Gli elenchi sono istituiti in ogni prefettura e sono unici, nel senso che presso ogni prefettura vi è un solo elenco che, al suo interno, è suddiviso in sezioni corrispondenti alle diverse attività a rischio.

La prefettura competente presso cui presentare l'istanza è quella della provincia dove l'impresa ha la propria residenza o sede legale o, se l'impresa è costituita all'estero, dove l'impresa ha una sede stabile nel territorio dello Stato, o se non ha sede stabile, la prefettura competente è quella in cui si chiede l'iscrizione.

L'istanza per l'iscrizione è presentata dal titolare dell'impresa individuale o dal legale rappresentante dell'impresa costituita in forma societaria. La norma non indica alcun documento ulteriore da allegare all'istanza. Tuttavia, sembra necessario che quest'ultima sia accompagnata quanto meno dal Certificato della camera di commercio, sul presupposto che questo sia idoneo a identificare i settori di attività nei quali l'impresa opera, così da poter dimostrare che la stessa ha titolo per chiedere l'iscrizione nell'elenco, esercitando una o più attività fra quelle cosiddette "a rischio" ai sensi del comma 53.

La prefettura decide sull'istanza attraverso un procedimento analogo a quello che viene normalmente utilizzato ai fini del rilascio dell'informazione antimafia. Tale procedimento prevede in via ordinaria la consultazione della Banca dati nazionale unica, e qualora da tale consultazione risulti che il soggetto è censito e che a suo carico non sussistono ragioni ostative, la prefettura procede all'iscrizione.

Qualora invece il soggetto non risulti censito nella Banca dati, ovvero gli accertamenti che sono stati effettuati ai fini del censimento siano "datati", in quanto effettuati in data anteriore a dodici mesi, o ancora emergano situazioni che possono far prefigurare la possibilità di tentativi di infiltrazione mafiosa, la prefettura effettua le necessarie verifiche. Va peraltro rilevato che la prima modalità descritta, che passa per la consultazione della Banca dati, si deve ritenere ad oggi non ancora praticabile, considerato che tale strumento informatico non è ancora operativo. Ne consegue che, al momento, la prefettura procederà

sempre, in via autonoma, all'effettuazione delle necessarie verifiche.

Quanto alle condizioni che devono essere oggetto di verifica ai fini dell'iscrizione negli elenchi, esse coincidono esattamente con quelle previste ai fini del rilascio dell'informazione antimafia. Tali condizioni si sostanziano: a) nell'assenza delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'articolo 67 del Codice antimafia, conseguenti all'applicazione di una misura di prevenzione antimafia; b) nell'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa, secondo gli indici rilevatori elencati al comma 4 dell'articolo 84 del Codice antimafia.

Una volta effettuate le suddette verifiche e a seguito delle risultanze delle stesse, la prefettura decide se accogliere o respingere l'istanza di iscrizione. L'eventuale provvedimento di diniego dell'iscrizione viene comunicato dalla prefettura, oltre che al soggetto interessato, anche a una serie di soggetti istituzionali, elencati al comma 7 – bis dell'articolo 91 del Codice antimafia (DIA, camere di commercio, altre prefetture, osservatorio dell'Autorità, etc.).

Il provvedimento conclusivo dell'attività di verifica implica l'esercizio di un certo margine di discrezionalità collegato all'accertamento dell'esistenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa. Gli indici rivelatori della sussistenza di detti tentativi, come delineati al comma 4 dell'articolo 84 del Codice antimafia, implicano infatti valutazioni di carattere discrezionale sull'effettivo rilievo delle specifiche situazioni concrete ai fini

dell'accertamento della sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa.

Sotto questo profilo, l'eventuale provvedimento di diniego dell'iscrizione potrà essere oggetto di impugnativa davanti al giudice amministrativo, il cui ambito di intervento risponderà ai canoni tipici della giurisdizione amministrativa. Ciò significa, in sostanza, che le valutazioni operate dalla prefettura non potranno essere sindacate nel merito, ma solo con riferimento a profili di illegittimità e, in particolare, in relazione agli indici sintomatici del c.d. eccesso di potere (travisamento del fatti, manifesta irragionevolezza, etc.).

L'ultimo comma dell'articolo 3 del DPCM indica anche un termine di 90 giorni, decorrenti dalla data di ricevimento dell'istanza di iscrizione, entro cui il procedimento della prefettura deve concludersi in senso positivo o negativo. Il mancato rispetto di questo termine non configura comunque alcuna ipotesi di silenzio assenso, ma piuttosto di silenzio inadempimento. Ciò implica che, qualora tale termine sia decorso invano, l'interessato potrà rivolgersi al giudice amministrativo per sentire dichiarare il silenzio inadempimento della prefettura.

Infine, qualora la prefettura disponga l'iscrizione, essa provvederà all'inserimento dell'impresa iscritta nell'elenco pubblicato sul proprio sito istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente", secondo quanto previsto all'articolo 8 del DPCM.

#### 4. Durata dell'iscrizione e aggiornamento dei dati – Obblighi delle imprese iscritte

Una volta ottenuta l'iscrizione, questa ha una validità di dodici mesi (articolo 2, comma 2, DPCM). E' tuttavia previsto un meccanismo di rinnovo su istanza di parte. Infatti, l'impresa che ha ottenuto l'iscrizione può comunicare alla prefettura competente, almeno trenta giorni prima della data di scadenza, il suo interesse a permanere nell'elenco. Ne consegue che, se l'istanza di rinnovo non viene inoltrata entro il suddetto termine, l'impresa sarà automaticamente cancellata.

A seguito dell'istanza di rinnovo, la prefettura opera una nuova verifica sulla permanenza delle condizioni, a suo tempo accertate, che consentono l'iscrizione – e quindi la permanenza – dell'impresa nell'elenco.

Si deve peraltro ritenere che, una volta presentata l'istanza di rinnovo, la permanenza nell'elenco sia automatica fino a quando la prefettura non abbia eventualmente accertato il venir meno delle condizioni per ottenere l'iscrizione (e quindi la permanenza) nell'elenco. In sostanza, anche qualora la prefettura non abbia completato le sue verifiche prima della data di scadenza dell'originaria iscrizione, quest'ultima mantiene comunque la sua efficacia.

L'elenco istituito ha carattere non statico ma dinamico. Esso, infatti, deve essere aggiornato costantemente in relazione a una serie di eventi che possono interessare le imprese iscritte, sulle quali, peraltro, gravano gli obblighi di comunicazione al verificarsi di detti eventi.

Gli eventi che assumono rilievo sono indicati al comma 55 dell'articolo 1 della legge 190/2012 e sono di due tipi.

La prima tipologia riguarda qualsiasi modifica dell'assetto proprietario dell'impresa iscritta. Si tratta di una formulazione molto ampia, che si estende evidentemente a qualunque cambiamento, sia pure minimale, della proprietà dell'impresa. Ad esempio, l'ipotesi deve considerarsi ricorrere anche nel caso del passaggio di un numero limitato di quote o azioni di imprese costituite in forma societaria, e addirittura anche nel caso di trasferimento di una singola quota o azione.

L'unica eccezione a questa regola riguarda le società di capitali quotate in borsa, per le quali le modifiche degli assetti proprietari assumono rilievo solo in quanto riguardano le variazioni rilevanti ai sensi del Testo Unico della finanza di cui al D.lgs. 58/1998, e cioè, normalmente, quelle superiori al 2% del capitale.

Va peraltro rilevato che il tema delle società quotate in borsa, da un punto di vista pratico, sembra destinato ad avere un rilievo marginale. Le attività per le quali è prevista l'istituzione delle white list, infatti, sembrano riguardare in via principale i subcontratti, la cui titolarità fa capo normalmente ad imprese di dimensioni medio – piccole.

La seconda tipologia di eventi il cui verificarsi comporta effetti per le imprese iscritte riguarda qualsiasi modifica degli organi sociali. Anche in questo caso la formulazione utilizzata è molto ampia, e si estende a qualunque variazione nella composizione sia degli organi di amministrazione che degli organi di controllo dell'impresa.

La formulazione letterale della norma esclude peraltro che assumano rilievo le modifiche relative alla figura del direttore

tecnico. Circostanza che pone qualche problema di coordinamento, considerato che il direttore tecnico è tra i soggetti sottoposti ordinariamente alle verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia, e quindi anche ai fini dell'iscrizione originaria nell'elenco. Appare quindi contraddittorio che tali verifiche non debbano essere svolte nei confronti del nuovo direttore tecnico nel caso in cui, durante il periodo in cui l'impresa è iscritta nella white list, vi sia la sostituzione del precedente.

Qualora si verificano gli eventi indicati, l'impresa ha l'obbligo di darne comunicazione alla prefettura competente entro trenta giorni dalla data di adozione dell'atto o della stipula del contratto che ha dato origine all'evento medesimo (articolo 1, comma 55, legge 190/2012 e articolo 4, comma 1, DPCM). Il mancato adempimento di questo obbligo – che evidentemente non potrà che essere accertato in fase ispettiva – comporta la cancellazione dell'impresa dall'elenco.

Una volta ricevuta la comunicazione, la prefettura rinnoverà le sue verifiche – evidentemente nei confronti dei nuovi soggetti subentrati negli assetti proprietari o negli organi sociali – al fine di accertare la permanenza delle condizioni che consentono l'iscrizione all'elenco ovvero, in caso di esito negativo, di disporre la cancellazione dallo stesso.

La dinamicità delle white list è assicurata, oltre che dai suddetti obblighi di comunicazione che gravano sulle imprese iscritte, anche dal potere di verifica che è riconosciuto in termini generali alle prefetture. Queste ultime, infatti, possono procedere a

verifiche a campione nei confronti delle imprese iscritte al fine di accertare la sussistenza delle condizioni che legittimano la permanenza negli elenchi. L'eventuale esito negativo di tale accertamento comporta ovviamente la cancellazione dell'impresa, cui deve essere fornita apposita comunicazione in tal senso.

#### *5. Gli effetti dell'iscrizione*

Gli effetti che conseguono all'ottenimento dell'iscrizione nella white list rappresentano il "cuore" dell'istituto. Da un punto di vista pratico, infatti, è su tali effetti che si concentra l'interesse specifico degli operatori, al fine di valutare il grado di efficacia e quindi di attrattiva dello strumento.

La prima disposizione che al riguardo viene in considerazione è quella contenuta al comma 52 dell'articolo 1 della legge 190/2012, secondo cui l'iscrizione negli elenchi "soddisfa i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività".

Si tratta in verità di una formulazione non particolarmente felice, che lasciava dei margini di ambiguità sulla esatta definizione degli effetti conseguenti all'iscrizione nella white list.

Più chiara appare la disposizione contenuta all'articolo 7, comma 1 del DPCM. Essa stabilisce che l'informazione antimafia non è richiesta nei confronti delle imprese iscritte nell'elenco, relativamente alle attività per cui è stata disposta l'iscrizione medesima.

In sostanza, viene sancita la sostanziale equiparazione tra l'informazione antimafia e l'iscrizione nella white list. Ciò

significa, sotto un profilo strettamente operativo, che ai fini della stipula dei contratti di appalto o dell'autorizzazione dei subcontratti relativi alle così dette attività a rischio – che sono quelle per le quali è ammessa l'iscrizione nella white list – non è necessario acquisire l'informazione antimafia qualora l'impresa interessata risulti iscritta nella white list. Di conseguenza, le verifiche antimafia non andranno compiute di volta in volta in relazione a ogni singolo contratto o subcontratto, poiché ai fini di tali verifiche farà fede l'iscrizione nella white list.

In sostanza, l'iscrizione nella white list conferisce all'impresa una sorta di patente di affidabilità (nel senso di “non mafiosità”), che la rendono esente dall'obbligo di effettuazione delle verifiche che sono invece normalmente previste per la generalità dei soggetti che sono coinvolti nell'esecuzione dei contratti pubblici.

In base alla previsione del comma 2 del medesimo articolo 7 del DPCM, i committenti pubblici verificano l'iscrizione negli elenchi attraverso i siti istituzionali delle Prefetture. E tale verifica si configura evidentemente in termini di alternativa rispetto all'acquisizione dell'informazione antimafia.

Va rilevato che le norme riportate prevedono l'equiparazione dell'iscrizione nella white list alla sola informazione antimafia. Quest'ultima, come è noto, costituisce tuttavia solo una delle due categorie di cui si compone la documentazione antimafia, che ricomprende anche la comunicazione antimafia.

In linea generale, la differenza tra le due tipologie di documenti è da ricercare nel diverso ambito cui si estende la verifica di non mafiosità dei soggetti interessati. Infatti, la comunicazione

antimafia è diretta ad accertare l'insussistenza delle cause di decadenza, sospensione o divieto conseguenti all'applicazione di una misura di prevenzione antimafia; l'informazione antimafia, invece, estende il suddetto accertamento, oltre che alle situazioni sopra indicate, anche alla verifica in merito all'esistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa.

Da un punto di vista applicativo, l'informazione antimafia è richiesta in relazione alla stipula o all'autorizzazione di contratti e subcontratti di importo più elevato.

Un'interpretazione meramente letterale delle disposizioni contenute nella legge anticorruzione e nel DPCM applicativo potrebbe portare alla conclusione secondo cui, poiché l'iscrizione alla white list viene equiparata alla sola informazione antimafia, tale equiparazione non varrebbe per la certificazione antimafia. Con l'effetto che nei confronti delle imprese iscritte nelle white list andrebbe comunque acquisita la comunicazione antimafia nei casi in cui questa sia richiesta per la stipula di contratti o per l'autorizzazione di subcontratti.

Come appare di tutta evidenza, si tratta di una conclusione illogica e che porta a degli effetti del tutto paradossali. Infatti, ai fini dell'iscrizione nelle white list l'ambito delle verifiche che vengono operate è più ampio di quello previsto per la comunicazione antimafia. In sostanza, se l'impresa ha ottenuto l'iscrizione alla white list, vuol dire che la stessa ha superato l'esame anche con riferimento a quelle situazioni che sono prese in considerazione ai fini del rilascio della comunicazione antimafia.

Ne consegue che, in aderenza a un'interpretazione logico - sistematica della disciplina introdotta, nei confronti dell'impresa iscritta nella white list non dovrà essere acquisita né l'informazione antimafia né la comunicazione antimafia.

La totale equivalenza tra l'iscrizione nella white list e la documentazione antimafia ha un indubbio effetto acceleratorio e semplificatorio in merito alla stipula dei contratti e subcontratti e al rilascio delle relative autorizzazioni. Né vale osservare che tale effetto sarebbe in qualche modo depotenziato dalla circostanza che l'informazione antimafia, una volta rilasciata, ha comunque validità di un anno, cioè un periodo di tempo esattamente coincidente con il termine di validità dell'iscrizione nella white list. Occorre infatti ricordare che l'iscrizione nella white list, una volta ottenuta, può essere automaticamente rinnovata su semplice istanza dell'impresa, con evidenti riflessi in termini di stabilità temporale dello strumento.

Con riferimento ai rapporti tra documentazione antimafia e iscrizione nelle white list va infine segnalata la previsione contenuta al comma 57 dell'articolo 1 della legge 190/2012. In base ad essa, fino al sessantesimo giorno successivo all'entrata in vigore del DCPM "continua ad applicarsi la normativa vigente alla data di entrata in vigore della presente legge".

La disposizione transitoria non è tra le più chiare. La disciplina del DPCM, infatti, non abroga né sostituisce alcuna normativa previgente, che quindi dovrebbe continuare ad applicarsi in via transitoria fino al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore del DPCM. Quest'ultimo si limita a introdurre uno strumento

aggiuntivo, lasciando inalterato l'impianto normativo previgente relativo alla documentazione antimafia.

Volendo dare un senso a questa disposizione, si potrebbe ritenere che essa abbia voluto stabilire che l'efficacia dell'iscrizione nelle white list, in termini di equiparazione all'informazione antimafia, è posticipata al sessantesimo giorno successivo all'entrata in vigore del DPCM. Con l'effetto che fino a quella data tale iscrizione non può considerarsi sostitutiva dell'informazione antimafia.

#### 6. L'iscrizione alle white list: obbligo o facoltà ?

Una delle questioni più dibattute in merito alle white list riguarda il carattere facoltativo o obbligatorio della relativa iscrizione. Da più parti si è infatti ripetutamente affermato che affinché lo strumento acquisisca una effettiva efficacia è necessario che la relativa iscrizione costituisca condizione necessaria per lo svolgimento di quelle attività considerate a rischio dal legislatore.

In questa logica si è sottolineato che se il legislatore ha individuato una serie di attività come particolarmente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa, appare coerente e conseguenziale che lo svolgimento delle stesse sia condizionato all'ottenimento di una "patente di non mafiosità", ottenuta attraverso uno strumento ad hoc dotato di una sua stabilità e di meccanismi di funzionamento che ne assicurino la rapidità e l'efficacia.

I sostenitori della tesi dell'obbligatorietà hanno peraltro evidenziato come le esperienze che si sono già realizzate, in cui l'iscrizione nella white list era meramente facoltativa, si sono

tradotte in un sostanziale fallimento dell'istituto. E ciò in quanto gli operatori hanno percepito lo strumento come scarsamente utile, e fonte solo di complicazioni e di adempimenti aggiuntivi.

Va subito detto che, dal punto di vista della normativa vigente, l'iscrizione alle white list ha, ad oggi, carattere facoltativo. La natura volontaria dell'iscrizione è infatti esplicitamente indicata dall'articolo 2, comma 2 del DPCM.

Ciò ha suscitato qualche critica e molta delusione tra i sostenitori della tesi dell'obbligatorietà, i quali sostenevano che la norma primaria avrebbe consentito una soluzione diversa.

In effetti i commi 52 e seguenti dell'articolo 1 della legge 190/2012 non contengono alcuna indicazione esplicita sotto questo profilo. Di conseguenza, secondo la tesi richiamata, nel silenzio del legislatore nulla avrebbe impedito di emanare un provvedimento attuativo che, in coerenza con il fine ultimo dello strumento e con l'obiettivo di renderlo maggiormente efficace, sancisse il carattere obbligatorio dell'iscrizione.

Si deve tuttavia rilevare che, a fronte di una questione controversa su cui il legislatore primario non si era espresso in maniera esplicita, appariva oggettivamente difficile ipotizzare che la scelta dell'obbligatorietà, in quanto comunque limitativa dell'attività imprenditoriale, potesse trovare spazio in un atto di normazione secondaria. La soluzione della facoltatività accolta dal DCPM appare quindi corretta, anche per evitare incoerenze del sistema normativo e possibili contestazioni sulla legittimità della previsione regolamentare.

Questione diversa è se, in una prospettiva di revisione normativa, il carattere obbligatorio dell'iscrizione possa eventualmente essere introdotto attraverso una disposizione legislativa.

A questa possibilità vengono generalmente mosse due tipi di obiezioni, fondate sui vincoli derivanti da un lato dall'ordinamento costituzionale e dall'altro, dal diritto comunitario. Entrambe queste obiezioni non appaiono convincenti.

Sotto il profilo dell'ordinamento costituzionale, ciò che viene sostanzialmente invocato è l'articolo 41 della Carta, che garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata. Tale libertà sarebbe ingiustificatamente limitata da una norma che imponesse, per lo svolgimento di determinate attività imprenditoriali, l'iscrizione a un elenco la cui funzione è quella di accertare quei requisiti di non mafiosità che l'ordinamento già prevede possano essere verificati attraverso gli strumenti della tipica documentazione antimafia.

Questo ragionamento non tiene conto della considerazione fondamentale secondo cui lo stesso articolo 41, al comma 2, prevede che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in maniera da recare danno, tra l'altro, alla sicurezza. E gli strumenti antimafia, per definizione, attengono proprio al profilo della sicurezza e dell'ordine pubblico.

D'altra parte, ribaltando proprio l'obiezione che viene avanzata, non si comprende perché mentre l'acquisizione della ordinaria documentazione antimafia non sollevi dubbi sotto il profilo della sua compatibilità con l'ordinamento costituzionale, tali dubbi vengano avanzati con riferimento all'obbligo dell'iscrizione nelle

white list. Posto infatti che le condizioni per ottenere la documentazione e l'iscrizione coincidono, la diversità sostanziale sembra risolversi fundamentalmente nel fatto che la white list è uno strumento permanente. E tuttavia appare difficile fondare l'incostituzionalità dello strumento su un profilo meramente temporale, mentre la disciplina sostanziale dello stesso ricalca quanto già previsto nell'ordinamento e che non risulta essere mai stato contestato quale illegittima restrizione dell'iniziativa economica privata.

Quanto alla compatibilità delle white list con l'ordinamento comunitario, essa viene messa in discussione sulla base della disciplina che quest'ultimo detta in materia di requisiti generali di partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

In particolare, l'articolo 45 della Direttiva UE 2004/18 prevede, tra i requisiti soggettivi che le amministrazioni possono richiedere ai concorrenti, che questi ultimi dimostrino, tra l'altro, di non aver mai fatto parte di un'organizzazione criminale (paragrafo 1). Il successivo paragrafo 3 stabilisce che, ai fini di accertare la sussistenza di tale requisito, le amministrazioni possono richiedere la presentazione di un estratto del casellario giudiziale o, in mancanza, di un documento equivalente.

L'obiezione sollevata è che la richiesta di un certificato, destinato ad essere utilizzato di volta in volta in relazione a un determinato procedimento e su specifica richiesta del soggetto interessato, sarebbe cosa ben diversa dall'iscrizione in un elenco, tra l'altro pubblicamente consultabile. L'iscrizione obbligatoria negli

elenchi, quindi, finirebbe per introdurre una modalità di accertamento di un requisito soggettivo non prevista dal diritto comunitario e con esso incompatibile.

Questa obiezione appare ancorata a un dato meramente formale. Essa si fonda tutta sulla distinzione tra certificazione valida per la singola gara e iscrizione a carattere permanente. Tuttavia, a prescindere dal fatto che nel nostro ordinamento anche l'informazione antimafia ha una durata prolungata nel tempo, l'obiezione non tiene conto dell'approccio di tipo sostanzialistico che è proprio del diritto comunitario. Tale approccio porta a ritenere che sia compatibile con la normativa comunitaria qualunque strumento che, in maniera non discriminatoria, consenta di accertare la sussistenza del requisito soggettivo.

Si vuol dire che ciò che rileva per il legislatore europeo è che chiunque possa avere libero accesso, senza vincoli e limitazioni, allo strumento individuato – in questo caso la white list – in maniera da garantire che non vi siano indebite restrizioni al mercato. Qualora questo aspetto sia assicurato, si deve ritenere che non si ponga un problema di compatibilità per il solo fatto che la metodologia di accertamento dei requisiti soggettivi si fondi sull'iscrizione a un elenco piuttosto che su una semplice certificazione.

#### 7. Considerazioni conclusive

L'analisi condotta lascia aperta la domanda fondamentale che si è accompagnata e tuttora si accompagna all'introduzione delle

white list nel nostro ordinamento: tenuto conto della disciplina che è stata dettata, lo strumento è effettivamente utile ed efficace? Per cercare di dare una risposta occorre partire da un dato fondamentale, che emerge in maniera netta da quanto detto.

Nell'attuale configurazione, risultante dalle norme previste a livello primario e regolamentare, la white list è sostanzialmente uno strumento acceleratorio e semplificatorio. La sua principale funzione è quella di accelerare la verifica dei requisiti antimafia, consentendo di comprimere i tempi di stipula dei contratti e di rilascio delle autorizzazioni.

Nel contempo rappresenta comunque uno strumento utile per gli appaltatori che, nell'individuare i subcontraenti, potranno fare riferimento a un elenco che già individua coloro che hanno superato le verifiche antimafia. In sostanza, attingere nell'ambito delle white list potrà significare per gli appaltatori non avere sorprese in fase esecutiva, avendo la sicurezza che per i soggetti prescelti non ci saranno problemi a livello di requisiti antimafia.

A fronte di questi vantaggi, l'iscrizione nella white list impone comunque una serie di adempimenti, tra cui, in particolare, l'obbligo di comunicazione in merito a un ampio spettro di vicende che possono verificarsi - e anzi sono sicuramente destinate ad avverarsi - nel corso del periodo di validità dell'iscrizione. Da questo punto di vista, quindi, emerge quel profilo di appesantimento degli oneri procedurali che può rappresentare un oggettivo fattore disincantante nell'utilizzo dell'istituto.

E' evidente che un giudizio sulla reale efficacia delle white list passa per una valutazione – necessariamente soggettiva – costi/benefici, laddove i costi sono rappresentati dagli oneri procedurali connessi all'iscrizione e i benefici coincidono con i vantaggi che ne conseguono in termini di semplificazione e accelerazione dei procedimenti.

Quanto alla possibilità di individuare meccanismi premiali collegati all'iscrizione nella white list, gli spazi sembrano oggettivamente ristretti. Si è ipotizzato, ad esempio, che tale iscrizione possa essere considerata tra gli elementi che la stazione appaltante potrebbe utilizzare nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo un punteggio incrementale all'offerta proveniente dai concorrenti iscritti nelle white list. Ma si tratta di una strada che appare difficilmente percorribile, tenuto conto che l'iscrizione in oggetto attiene ai requisiti soggettivi del concorrente mentre gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa devono riguardare necessariamente l'offerta oggettivamente considerata.

Più concreta si presenta invece la possibilità di utilizzare l'iscrizione nella white list ai fini del c.d. rating di legalità. Ai sensi dell'articolo 5 – ter del Decreto legge 1/2012 (convertito nella legge 62/2012), l'Autorità Antitrust, al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, può attribuire il c.d. rating di legalità alle imprese che ne facciano richiesta (e che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro). Del rating attribuito si tiene conto in sede di concessione di

finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché di accesso al credito bancario.

La stessa Autorità Antitrust, con Delibera n. 24075 del 14 novembre 2012, ha dettato alcune regole attuative ai fini dell'attribuzione del rating. Tra queste, è anche previsto che sia attribuito un punteggio incrementale alle imprese che risultino iscritte nelle c.d. white list. In questo senso l'iscrizione nella white list viene ad assumere una funzione premiale, sia pure in un ambito circoscritto e per finalità ben delimitate.

In ogni caso, al di là di questi aspetti complementari e tutto sommato marginali, il dato rilevante è che, nella sua attuale configurazione, la white list non è uno strumento di selezione delle imprese, neanche con riferimento a quelle specifiche attività individuate dal legislatore come esposte a un rischio particolare di infiltrazione mafiosa.

Il carattere facoltativo dell'iscrizione ne limita la funzione in termini di semplificazione e accelerazione dei procedimenti. Un salto di qualità dello strumento implica una modifica legislativa nel senso dell'obbligatorietà dell'iscrizione che peraltro, in base a quanto detto, non appare in contrasto né con l'ordinamento costituzionale né con il diritto comunitario, costituendo piuttosto una precisa scelta di politica legislativa.