

L'esecuzione anticipata dei contratti pubblici e le verifiche antimafia a seguito del decreto-legge semplificazioni

di Sergio Fidanzia

Data di pubblicazione: 6-10-2020

Il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (cd. d.l. semplificazioni), convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, prevede una serie di rilevanti novità in tema di esecuzione anticipata dei contratti pubblici e di verifiche antimafia.

Quanto all'esecuzione anticipata, l'art. 8, comma 1, lett. a), dispone *«In relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2021: a) è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura»*.

La norma, quindi, ha inserito una disciplina *ad hoc* in tema di esecuzione anticipata del contratto in considerazione dell'emergenza sanitaria ed economica.

Dalla lettura dei lavori parlamentari^[1] sulla citata disposizione, emerge che – fino al 31 dicembre 2021 – *«è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso dei servizi e delle forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza»*, anche al di fuori, quindi, dei casi tassativi di cui all'art. 32, comma 8, del codice dei contratti pubblici^[2].

La disposizione in commento, infatti, afferma semplicemente *«ai sensi dell'art. 32, comma 8...»*, intendendo richiamare solo la norma che prevede l'istituto dell'esecuzione del contratto in via d'urgenza e non anche le ipotesi in cui vi si possa ricorrere.

Quanto evidenziato appare in linea con i primi commenti resi sull'art. 8, comma 1, lett. a), del d.l. semplificazioni da parte dell'ANAC che ha ritenuto *«l'articolo 8 del decreto in esame prevede che, per le procedure pendenti alla data di entrata in vigore del decreto e per quelle avviate successivamente tale data, si considera sempre sussistente il presupposto dell'urgenza indipendentemente dall'oggetto dell'affidamento e dalla sua correlazione con l'emergenza sanitaria o con altre finalità perseguite con il decreto. Di conseguenza è stabilito che si fa sempre luogo alla consegna dei lavori in via d'urgenza e all'esecuzione d'urgenza per servizi e forniture»*^[3].

Tale interpretazione, peraltro, sembra essere ulteriormente confermata dal fatto che la norma in esame ha natura transitoria, potendo essere applicata solamente fino al 31 dicembre 2021.

A ciò si aggiunga che, in sede di conversione del d.l. semplificazioni in legge, il Senato ha in parte modificato la suddetta disposizione autorizzando l'esecuzione anticipata del contratto *«nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura»*.

Sempre secondo i lavori parlamentari, *«la modifica approvata dal Senato prevede dunque tale autorizzazione alla consegna ovvero esecuzione in via d'urgenza nelle more delle suddette verifiche»*.

Ebbene, tale disposizione – derogando alle stringenti ipotesi previste dall'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 – sembra consentire sempre l'esecuzione in via d'urgenza del contratto, anche senza previa verifica dei requisiti.

La suddetta norma, dunque, rientra nella *ratio* acceleratoria che caratterizza le disposizioni in tema di contratti pubblici introdotte o modificate dal d.l. semplificazioni, volte a snellire le procedure e a velocizzare l'esecuzione delle opere pubbliche, dei servizi e delle forniture.

Ciò premesso, occorre esaminare il rapporto tra la disciplina dell'esecuzione anticipata e le novità introdotte dal d.l. semplificazioni in tema di verifiche antimafia.

In particolare, l'articolo 3 introduce norme transitorie, applicabili cioè fino al 31 dicembre 2021, che consentono alle amministrazioni:

a) al comma 1 di corrispondere ai privati sovvenzioni, finanziamenti, contributi *«anche in assenza della documentazione antimafia»*[\[4\]](#);

b) al comma 2 di stipulare, sotto condizione risolutiva, contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture sulla base di una informativa liberatoria provvisoria, valida per sessanta giorni[\[5\]](#). Secondo la lettura dei lavori parlamentari[\[6\]](#), l'informativa liberatoria deve essere rilasciata *«a seguito di mera consultazione delle banche dati, anche laddove da tale consultazione dovesse emergere che il soggetto non è censito»*.

Il legislatore ha previsto, dunque, due diverse discipline: la prima, che permette, nei provvedimenti ad istanza di parte, di erogare contributi e finanziamenti anche in assenza dell'informativa antimafia; la seconda, riferita specificamente ai contratti pubblici, che prevede la stipula dei contratti sulla base di una informativa liberatoria provvisoria, che dovrebbe essere rilasciata immediatamente.

Un primo problema applicativo riguarda la possibilità di procedere all'esecuzione anticipata dei contratti nelle more del rilascio dell'informativa liberatoria provvisoria.

Al riguardo, è rilevante il predetto art. 8, comma 1, lett. a), del d.l. semplificazioni che prevede una deroga espressa all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, il quale, al comma 2[\[7\]](#), richiama la

comunicazione e l'informativa antimafia ai sensi rispettivamente degli artt. 88[8] e 92[9] del d.lgs. n. 159 del 2011 (codice antimafia).

Sulla base di tale ultima disposizione ed avallando un'interpretazione logico-sistematica del d.l. semplificazioni, appare ragionevole ritenere che la consegna anticipata dei lavori o l'esecuzione del contratto in via d'urgenza possa essere ammessa, non solo nelle more del rilascio dell'informativa o della comunicazione antimafia ai sensi degli artt. 88 e 92 del d.lgs. n. 159 del 2011, ma anche dell'informativa liberatoria provvisoria. Infatti, gli artt. 88 e 92 consentono già nei casi di urgenza di dare esecuzione anticipata ai contratti nelle more del rilascio dell'informativa o della comunicazione antimafia e, pertanto, se la previsione fosse limitata solo ai predetti casi nulla aggiungerebbe alle disposizioni vigenti.

Del resto, ragionando *a contrario*, si giungerebbe all'illogica conclusione per la quale, secondo la disciplina generale, nelle more del rilascio dell'informativa o della comunicazione antimafia, si può dare esecuzione anticipata al contratto, mentre, secondo una disciplina speciale e transitoria introdotta *ad hoc* e prevista appositamente per velocizzare la realizzazione delle opere pubbliche, l'esecuzione dei servizi e delle forniture, per dare esecuzione al contratto in via d'urgenza, si dovrebbe attendere comunque il rilascio dell'informativa liberatoria provvisoria.

Una siffatta interpretazione, del resto, andrebbe a frustrare il preciso intento del legislatore, volto a supportare le imprese e i cittadini nell'uscita dell'emergenza sanitaria ed economica.

Sulla base di quanto rilevato, dunque, e nell'ottica acceleratoria che caratterizza l'intero impianto normativo del d.l. semplificazioni, appare possibile, fino al 31 dicembre 2021, dare sempre esecuzione ai contratti pubblici in via d'urgenza a prescindere sia dalla comunicazione e informazione antimafia, sia dall'aver ottenuto o meno l'informativa liberatoria provvisoria.

Un secondo problema interpretativo riguarda poi l'espressione «*Informativa liberatoria provvisoria*», di cui al citato art. 3, comma 2, del d.l. semplificazioni. Il dubbio concerne se tale espressione si riferisca ad entrambe le fattispecie di documentazione antimafia, ossia alla comunicazione antimafia disciplinata dall'art. 88 del codice antimafia (richiesta quando il valore dell'appalto è superiore ad euro 150.000,00 ed inferiore alla soglia comunitaria) e all'informativa antimafia di cui all'art. 92 del citato codice (richiesta quando il valore del contratto d'appalto è superiore alla soglia comunitaria).

Si evidenzia che i lavori parlamentari non si sono soffermati ad analizzare la predetta locuzione di «*Informativa liberatoria provvisoria*».

Stando, tuttavia, al tenore letterale della sopra citata espressione, l'informativa liberatoria provvisoria appare utilizzata in senso atecnico, comprendendo al suo interno sia la comunicazione che l'informativa antimafia, anche in considerazione della *ratio* per la quale la stessa è stata inserita dal legislatore, ossia con il preciso scopo di rendere più rapida la stipula dei contratti pubblici.

Appare, infatti, illogico che il legislatore abbia voluto limitare tale procedura solo agli appalti sopra soglia, escludendo, peraltro, senza alcuna motivazione espressa e coerente, gli appalti sotto soglia (tra i 150.000 mila euro e la soglia comunitaria).

La stessa locuzione, peraltro, sembra riguardare genericamente ogni tipologia di appalto pubblico, a prescindere dal suo valore, posto che effettivamente la disposizione si riferisce all'affidamento e all'esecuzione «*dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture*», con ciò non distinguendo tra sopra e sotto soglia comunitaria.

Tuttavia, in assenza allo stato di un decreto o di una circolare interpretativa delle amministrazioni competenti (Presidenza del Consiglio dei Ministri o Ministero dell'Interno), occorrerà attendere in concreto le prime applicazioni della procedura al fine di verificare l'effettivo rilascio dell'informativa provvisoria anche per gli appalti sotto soglia.

In conclusione, dall'analisi delle predette disposizioni del d.l. semplificazioni, pur residuando alcune problematiche applicative, deve ritenersi raggiunto l'intento del legislatore, volto a velocizzare la fase di avvio dell'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

[\[1\]](#) Dossier del Servizio studi della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, volume I, A.C. 2648, 71 e ss.

[\[2\]](#) L'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, con particolare riguardo all'istituto dell'esecuzione del contratto in via d'urgenza, testualmente dispone: «...*Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari*».

[3] Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica.

[4] *«Al fine di potenziare e semplificare il sistema delle verifiche antimafia per corrispondere con efficacia e celerità alle esigenze degli interventi di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo conseguenti all'emergenza sanitaria globale del COVID-19, fino al 31 dicembre 2021, ricorre sempre il caso d'urgenza e si procede ai sensi dell'articolo 92, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nei procedimenti avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e pagamenti da parte di pubbliche amministrazioni, qualora il rilascio della documentazione non sia immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati di cui all'articolo 96 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, fatto salvo quanto previsto dagli articoli 1-bis e 13 del decreto-legge 8 aprile 2020, n.23, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, nonché dagli articoli 25, 26 e 27 del decreto- legge 19 maggio 2020, n. 34».*

[5] *«Fino al 31 dicembre 2021, per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, si procede mediante il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, immediatamente conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia ed alle risultanze delle banche dati di cui al comma 3, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito, a condizione che non emergano nei confronti dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia le situazioni di cui agli 84, comma 4, lettere a), b) e c), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. L'informativa liberatoria provvisoria consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture, sotto condizione risolutiva, ferme restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro sessanta giorni».*

[6] Dossier del Servizio studi della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, cit., 37 e ss

[7] La norma prevede tra i motivi di esclusione dalle gare «*la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'[articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159](#) o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'[articolo 84, comma 4, del medesimo decreto](#). *Resta fermo quanto previsto dagli [articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia](#). Resta fermo altresì quanto previsto dall'[articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159](#)».**

[8] «1. Il rilascio della comunicazione antimafia è immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati quando non emerge, a carico dei soggetti ivi censiti, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'[articolo 67](#). In tali casi, la comunicazione antimafia liberatoria attesta che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati nazionale unica. 2. 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](#), il prefetto effettua le necessarie verifiche e accerta la corrispondenza dei motivi ostativi emersi dalla consultazione della banca dati alla situazione aggiornata del soggetto sottoposto agli accertamenti. 3. Qualora le verifiche effettuate ai sensi del comma 2 diano esito positivo, il prefetto rilascia la comunicazione antimafia interdittiva ovvero, nel caso in cui le verifiche medesime diano esito negativo, il prefetto rilascia la comunicazione antimafia liberatoria attestando che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati nazionale unica. 3-bis. Il prefetto procede alle stesse verifiche quando la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito. 4. Nei casi previsti dai commi 2, 3 e 3-bis, il prefetto rilascia la comunicazione antimafia entro trenta giorni dalla data della consultazione di cui all'[articolo 87, comma 1](#). 4-bis. Decorso il termine di cui al comma 4, i soggetti di cui all'[articolo 83, commi 1 e 2](#), procedono anche in assenza della comunicazione antimafia, previa acquisizione dell'autocertificazione di cui all'[articolo 89](#). In tale caso, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'[articolo 67](#) sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'[articolo 83, commi 1 e 2](#), revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei

limiti delle utilità conseguite....».

[9] «1. Il rilascio dell'informazione antimafia è immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati quando non emerge, a carico dei soggetti ivi censiti, 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](#). In tali casi l'informazione antimafia liberatoria attesta che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati nazionale unica. 2. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, 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 dispone le necessarie verifiche e rilascia l'informazione antimafia interdittiva entro trenta giorni dalla data della consultazione. Quando le verifiche disposte siano di particolare complessità, il prefetto ne dà comunicazione senza ritardo all'amministrazione interessata, e fornisce le informazioni acquisite nei successivi quarantacinque giorni. Il prefetto procede con le stesse modalità' quando la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito. 2-bis. L'informazione antimafia interdittiva è comunicata dal prefetto, entro cinque giorni dalla sua adozione, all'impresa, società o associazione interessata, secondo le modalità previste dall'[articolo 79, comma 5-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#). Il prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva, verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'[articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 11 agosto 2014, n. 114](#), e, in caso positivo, ne informa tempestivamente il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione. 3. Decorso il termine di cui al comma 2, primo periodo, ovvero, nei casi di urgenza, immediatamente, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza dell'informazione antimafia. I contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite».