



DELIBERA N. 988

18 novembre 2020

#### Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Edil Alta S.r.l. – Nuove Infrastrutture a servizio del quartiere fieristico di Foggia – Importo a base di gara: euro 13.718.227,72 - S.A.: Ente Autonomo Fiere di Foggia

**PREC 213/2020/L**

#### Riferimenti normativi

Articolo 48, co. 9, 17, 19- *ter*d.lgs. 50/2016; articoli 34- *bis*, co. 7, 94 e 95 del d.lgs. n. 159/2011;

#### Parole chiave

RTI – mandataria – antimafia - controllo giudiziario – sostituzione – mandante

#### Massima

**RTI – mandataria – interdittiva antimafia - controllo giudiziario – non ha effetto retroattivo**

La mandataria colpita da interdittiva antimafia non poteva conservare la propria posizione all'interno del RTI aggiudicatario, nonostante la successiva sottoposizione alla misura del controllo giudiziario in quanto tale misura non ha effetto retroattivo.

**Sostituzione da parte della mandante – solo in fase di esecuzione**

Non è ammissibile la sostituzione della mandataria, colpita da interdittiva antimafia, da parte della mandante, in quanto la perdita dei requisiti veniva riscontrata in corso di gara e non in fase di esecuzione e pertanto la sostituzione porterebbe a eludere la carenza di un requisito di partecipazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 18 novembre 2020

**DELIBERA**

VISTA l'istanza di parere prot. n. 72932 del 5 ottobre 2020, e relative memorie, presentata da Edil Alta S.r.l., con la quale la ditta istante, mandataria del RTI giunto secondo nella graduatoria della gara in oggetto, costituito con il Consorzio Stabile COM s.c. a r.l., contesta la delibera n. 23 del 27 maggio 2020, comunicata il 4 settembre 2020, con la quale la S.A. Ente autonomo Fiere di Foggia confermava



l'aggiudicazione a favore del RTI composto da CTM S.r.l., Habitat Immobiliare S.r.l. e GIP Grandi Appalti Società Consortile a r.l.. L'istante riferisce che il provvedimento di aggiudicazione del 6 dicembre 2017 era stato impugnato dinanzi al giudice amministrativo per motivi attinenti alla valutazione delle offerte, ed era stato ritenuto legittimo in secondo grado (Cons. Stato, Sez. V sent. n. 2335 del 9 aprile 2020). Tuttavia il Consiglio di Stato non si pronunciava in ordine alle vicende soggettive che avevano nel frattempo riguardato il raggruppamento vincitore, dal momento che la S.A. non aveva ancora adottato alcuna determinazione sul punto. In corso di giudizio infatti, e precisamente il 28 novembre 2018, una delle mandanti originarie dell'aggiudicataria, il Consorzio Cosap, veniva raggiunta da interdittiva antimafia. Successivamente, in data 17 settembre 2019, anche la mandataria CTM S.r.l. risultava destinataria di una interdittiva antimafia. A seguito di ciò, in data 29 gennaio 2020, la mandante "superstite" Habitat Immobiliare S.r.l. comunicava la sostituzione dell'originaria mandante con la GIP Grandi Appalti Società Consortile a r.l.. Inoltre chiedeva di costituirsi essa stessa mandataria in luogo dell'originaria mandataria CTM S.r.l.. L'istante riferisce che tuttavia, con la citata delibera n. 23/2020 oggi in contestazione, la S.A. confermava l'aggiudicazione a favore del raggruppamento formato dalla mandataria originaria CTM S.r.l. e dalle mandanti Habitat Immobiliare S.r.l. e GIP Grandi Appalti Società Consortile a r.l., alla luce del fatto che la mandataria CTM S.r.l., in data 16 marzo 2020, era stata ammessa alla misura del controllo giudiziario. L'istante ritiene invece che l'adozione di tale misura non avrebbe potuto sanare, con effetto retroattivo, la posizione della mandataria CTM S.r.l., essendo essa antecedentemente destinataria di una interdittiva antimafia che avrebbe comportato la perdita dei requisiti di partecipazione. Inoltre, a parere dell'istante, essa non avrebbe potuto neppure essere sostituita, alla luce del Codice appalti, non essendo il contratto in fase di esecuzione. L'istante rileva in proposito che, in ogni caso, la mandante Habitat Immobiliare S.r.l. non possedeva, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, i requisiti di qualificazione idonei per costituirsi mandataria del raggruppamento, avendoli conseguiti solamente in data 20 gennaio 2020, quindi in data successiva anche all'interdittiva antimafia a carico della mandataria. L'istante chiede quindi parere all'Autorità in ordine alla correttezza dell'operato della stazione appaltante;

VISTA la comunicazione del 6 agosto 2020 con cui la S.A. riferiva al raggruppamento istante, su specifica richiesta, che «l'Ente ha svolto una puntuale e accurata istruttoria [...] pervenendo a conclusioni che sono alla base dell'atto deliberativo in data 27 maggio 2020. L'atto deliberativo (deliberazione commissariale n. 23 del 27 maggio 2020) contiene puntuale e analitica indicazione dell'istruttoria. Allo stato attuale l'Ente sta procedendo alle verifiche di rito funzionali alla stipula del contratto». Solo con successiva comunicazione del 4 settembre veniva trasmessa la delibera n. 23 del 27 maggio 2020, oggi in contestazione;

RITENUTA l'istanza di parere ammissibile in quanto la comunicazione sopra citata, effettuata dalla S.A. il 6 agosto 2020, non sembra caratterizzata neppure dagli elementi essenziali utili a garantire una sufficiente conoscenza della deliberazione adottata. Sotto il profilo della tempestività si osserva che il termine ultimo per proporre istanza di precontenzioso cadeva in un giorno festivo (4 ottobre 2020) e pertanto è da ritenere ammissibile l'istanza pervenuta il giorno immediatamente successivo;

CONSIDERATO che con la citata sentenza n. 2335/2020 il Consiglio di Stato, in ossequio all'art. 34, co. 2 c.p.a. che pone il divieto di pronuncia rispetto a poteri amministrativi non ancora esercitati, non trattava la questione delle vicende che avevano nel frattempo riguardato il raggruppamento vincitore, in quanto la S.A. non si era ancora determinata in ordine alla posizione da assumere al riguardo, l'istanza di parere è ammissibile nei limiti della predetta questione;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 77742 del 20 ottobre 2020;



CONSIDERATE le specifiche doglianze avanzate dall'istante Edil Alta S.r.l., la quale innanzi tutto afferma che la misura del controllo giudiziario, ottenuta dalla mandataria CTM s.r.l. sei mesi dopo essere stata destinataria di una interdittiva antimafia, non potrebbe consentire al raggruppamento di sottoscrivere il contratto, in quanto la concessione di tale misura, pur sospendendo gli effetti dell'informativa antimafia, consentirebbe solo la partecipazione a procedure di gara successive, ma non potrebbe "sanare" la perdita dei requisiti ormai avvenuta a causa della precedente interdittiva. Inoltre l'istante afferma che la mandataria neppure potrebbe essere sostituita ai sensi dell'art. 48, comma 17 e 18, del d.lgs. 50/2016, non essendo l'appalto in fase di esecuzione, ed essendo il bando di gara antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 56/2017 (c.d. Correttivo), che ha esteso l'applicabilità delle suddette disposizioni anche alla fase della gara. Secondo l'istante, poi, la normativa antimafia (art. 95 d.lgs. 159/2011) consentirebbe unicamente la sostituzione della mandante raggiunta da interdittiva antimafia, ma non anche della mandataria. In ogni caso, essa fa notare che la mandante Habitat Immobiliare S.r.l. non possedeva, al momento della presentazione delle domande di partecipazione, i requisiti di qualificazione idonei ad assumere la qualità di mandataria.;

VISTA la memoria fatta pervenire da CTM S.r.l., in qualità di mandataria del raggruppamento controinteressato, acquisita al prot. n. 79215 del 26 ottobre 2020, con la quale essa ripercorre l'intera vicenda e richiama le considerazioni già espresse tramite i propri legali rappresentanti e l'amministratore giudiziario nominato a seguito di ammissione alla misura di controllo, secondo i quali tale misura consentirebbe alla società di stipulare il contratto. La controinteressata rileva principalmente come, in base all'articolo 34-*bis*, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 159/2011, proprio la concessione del controllo giudiziario abbia l'effetto di sospendere gli effetti dell'interdittiva antimafia, anche con riferimento alla partecipazione a procedure di gara e alla possibilità di vedersi aggiudicati nuovi appalti. Ne deriverebbe la possibilità di conservare la posizione di aggiudicataria all'interno del RTI vincitore, senza la necessità di dar luogo alla sostituzione da parte della mandante Habitat Immobiliare S.r.l.. La CTM S.r.l. riferisce altresì che proprio in data 4 settembre 2020 essa procedeva alla stipula del contratto;

VISTA la memoria della stazione appaltante Ente autonomo Fiere di Foggia, acquisita al prot. n. 79861 del 27 ottobre 2020, con la quale essa conferma quanto già esposto nella propria deliberazione n. 23 del 23 maggio 2020, condividendo altresì le osservazioni fornite dal raggruppamento vincitore. Essa insiste sulla necessità di valorizzare la circostanza dell'ammissione al controllo giudiziario della CTM S.r.l., al fine di confermare che la stessa può validamente stipulare il contratto d'appalto con l'Ente Fiera in qualità di mandataria del raggruppamento. Quanto alla circostanza per cui la mandante Habitat Immobiliare sarebbe stata pronta ad assumere il ruolo di mandataria, la S.A. ritiene tale circostanza irrilevante alla luce del successivo assetto determinatosi a seguito della concessione del controllo giudiziario alla mandataria originaria L'Ente contesta comunque l'interpretazione secondo la quale non potrebbero trovare applicazione le disposizioni di cui all'art. 19-*bis* e 19-*ter* introdotte dal c.d. Correttivo d.lgs. 56/2017 in ordine all'ammissibilità di modifiche soggettive intervenute in fase di gara;

VISTO l'articolo 80, comma 2 d.lgs. 50/2016 il quale prevede, tra le cause di esclusione da una gara, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del d.lgs. n. 159/2011 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. La disposizione stabilisce che resta fermo quanto previsto con riferimento alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia, nonché quanto previsto dall'articolo 34-*bis*, commi 6 e 7, del medesimo d.lgs. n. 159/2011, in merito al controllo giudiziario;

VISTA la giurisprudenza, che ha evidenziato la regola generale per cui, in presenza di un'informazione antimafia interdittiva, le stazioni appaltanti devono procedere alla revoca dell'aggiudicazione (art. 94,



commi 1 e 2, d. lgs. 159/2011) ed è fatto divieto di procedere alla stipula del contratto (art. 95, comma 3, d. lgs. 159/2011) (Cons. Stato Sez. III, Sent., 24 marzo 2020, n. 2064);

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159/2011, il provvedimento che dispone il controllo giudiziario sospende gli effetti di cui all'art. 94;

VISTA la giurisprudenza che afferma che la concessione della misura del controllo giudiziario non ha effetto retroattivo e che, infatti, la sospensione degli effetti dell'informativa antimafia conseguente all'ammissione al controllo giudiziario costituisce un rimedio volto a consentire all'impresa che ne beneficia di partecipare alle procedure d'appalto successivamente indette, ma non anche a "sanare" la partecipazione dell'operatore economico alla gara nel corso della quale sia intervenuta la perdita dei requisiti (Cons. Stato Sez. V, Sent., 31 maggio 2018, n. 3268; T.A.R. Campania, Sent. 19 febbraio 2020, n. 805; Sent. 2 novembre 2018, n. 6423; T.A.R. Basilicata Potenza Sez. I, Sent., 18 luglio 2018, n. 482);

CONSIDERATO quindi che, nel caso di specie, alla luce di quanto appena evidenziato, non è possibile accogliere l'interpretazione della controinteressata in relazione a una presunta efficacia retroattiva del provvedimento di ammissione al controllo giudiziario, tale da sanare la perdita dei requisiti di partecipazione da parte della mandataria CTM S.r.l., subita nel momento in cui essa veniva raggiunta dall'interdittiva antimafia;

VISTO l'art. 48, co. 9 del d.lgs. 50/2016, che reca il generale divieto di qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, fatto salvo quanto disposto ai commi 17 e 18 del medesimo articolo; il comma 17 prevede in particolare che «[...] in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto»; e il comma 19-*ter*, inserito dall'art. 32, comma 1, lett. h), d.lgs. 56/2017, specifica che «le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara»;

CONSIDERATO che, con riferimento alla questione della applicabilità nel tempo della novella apportata dal decreto correttivo n. 56/2017 all'art. 48, commi 17 e 19-*ter*, d.lgs. 50/2016, la giurisprudenza ha ritenuto che, in considerazione del fatto che il predetto decreto non detta alcuna disciplina specifica intertemporale o transitoria, prevedendo semplicemente l'entrata in vigore delle nuove disposizioni decorsi quindici giorni dalla data della pubblicazione, debba trovare applicazione il principio generale *tempus regit actum*, con la conseguente applicabilità anche alle procedure di evidenza pubblica in corso (Cons. Stato, 30 luglio 2020, n. 4858);

CONSIDERATO che la regola generale posta dal comma 9 dell'art. 48 d.lgs. 50/2016 è posta a presidio del principio, basilare in tema di procedure di appalto, di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara;

RITENUTO, per una esigenza di coerenza logica del sistema, ed in continuità con l'orientamento già fornito con precedenti pareri (delibere n. 555 del 12 giugno 2019 e n. 862 del 25 settembre 2019) di accogliere un'interpretazione sistematica del citato art. 48, co. 19-*ter* d.lgs. 50/2016, in ragione sia dell'inciso "in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80", introdotto anch'esso dal decreto correttivo d.lgs. 56/2017, sia della previsione di cui al comma 19 che ammette il recesso di una o più imprese raggruppate "esclusivamente per esigenze organizzative", e comunque mai



per eludere la carenza di un requisito di partecipazione alla gara ( v. anche TAR Sardegna, 14 agosto 2020, n. 455);

VISTA la giurisprudenza (TAR Campania, 8 aprile 2019, n. 1929) secondo la quale «Le eccezioni (al divieto generale di cui all'art. 48 co. 9) sono, dunque, ammissibili soltanto in quanto riguardino motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e trovino giustificazione nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della stessa. Al di fuori delle ipotesi normativamente previste non può che riprendere vigore il divieto, volto a presidiare anche la complessiva serietà delle imprese che partecipano alla gara, onde garantire la migliore affidabilità del futuro contraente dell'amministrazione»;

RITENUTO che l'inserimento, ai commi 17 e 18 dell'art. 48, ad opera del correttivo d.lgs. 56/2017, dell'inciso "in corso di esecuzione" con riferimento "alla perdita dei requisiti di cui all'articolo 80" sia da interpretare nel senso che la sostituzione di un componente, all'interno del raggruppamento, in caso di perdita di un requisito di cui all'art. 80, è da ritenersi possibile esclusivamente in fase di esecuzione contrattuale in quanto, in tale fase, concedere la possibilità di sostituzione risponde alla necessità di perseguire il preminente interesse pubblico alla prosecuzione dell'esecuzione dell'appalto;

RITENUTO pertanto che, nel caso di specie, la mandataria C.T.M. S.r.l. colpita da interdittiva antimafia non poteva conservare la propria posizione all'interno del RTI aggiudicatario, nonostante la successiva sottoposizione alla misura del controllo giudiziario, in quanto tale misura non ha effetto retroattivo e quindi non poteva sanare la perdita dei requisiti. Inoltre, non è ammissibile la sostituzione della mandataria, colpita da interdittiva antimafia, da parte della mandante, in quanto la perdita dei requisiti veniva riscontrata in corso di gara e non in fase di esecuzione e pertanto la sostituzione porterebbe a eludere la carenza di un requisito di partecipazione;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che la mandataria C.T.M. S.r.l. colpita da interdittiva antimafia non poteva conservare la propria posizione all'interno del RTI aggiudicatario, nonostante la successiva sottoposizione alla misura del controllo giudiziario, in quanto tale misura non ha effetto retroattivo e quindi non poteva sanare la perdita dei requisiti. Inoltre, non è ammissibile la sostituzione della mandataria, colpita da interdittiva antimafia, da parte della mandante, in quanto la perdita dei requisiti veniva riscontrata in corso di gara e non in fase di esecuzione e pertanto la sostituzione porterebbe a eludere la carenza di un requisito di partecipazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 novembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

( *firmato digitalmente* )