



.....OMISSIS.....

Oggetto

Concessione servizio ristorazione – requisiti soggettivi – interdittiva antimafia - risoluzione contrattuale - richiesta parere.

FUNZ CONS 43/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta acquisita al prot. Aut. n. 54057 del 6 luglio 2023, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 19 settembre 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Il quesito proposto, riferito al contratto indicato in oggetto, riguarda l’obbligo per la stazione appaltante di procedere alla risoluzione del contratto stesso, a seguito di interdittiva antimafia emessa dalla competente Prefettura, cui conseguano gli effetti previsti dall’art. 67 del d.lgs. 159/2011, ancorché sia in corso un procedimento di riesame dell’interdittiva medesima, secondo quanto riferito nell’istanza di parere. Si chiede, inoltre, se nel caso di specie sia in corso un procedimento per l’applicazione delle misure previste dall’art. 32 del d.l. 90/2014.

Al fine di esprimere avviso sulla questione indicata, si osserva preliminarmente che l’art. 80 del d.lgs. 50/2016 (così come l’art. 94, comma 2, del d.lgs. 36/2023) include tra le cause di esclusione, secondo le previsioni del comma 2, «l’esistenza 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».

La norma richiamata va letta in combinato disposto con il comma 6 dello stesso art. 80 del Codice, ai sensi del quale «Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l’operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5».

Il comma 6, sopra riportato, prevede quindi che l'esclusione degli operatori economici privi dei requisiti di partecipazione possa intervenire "in qualunque momento della procedura", a causa di atti compiuti o omessi "prima o nel corso della procedura".

Pertanto, per espressa previsione normativa, la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 2, ha natura automatica, dovendo la stazione appaltante, escludere dalla gara l'operatore economico colpito dalla sanzione interdittiva ivi prevista (sulla portata applicativa dell'art. 80, comma 2, si rinvia alla delibera n. 87/2023, UPREC/PRE/0390/2023/PREC/L).

La causa di esclusione in esame rileva, tuttavia, non solo in fase di affidamento del contratto, ma anche in fase di esecuzione dello stesso e per tutta la sua durata.

Come noto, infatti, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, «nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità» (*ex multis* Cons. Stato, V, 12 maggio 2020, n. 2968 e Ad. Plenaria n. 8/2015).

Il possesso dei requisiti di ammissione, infatti, «si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e speciale per contrattare con la P.A.» (TAR Campania n. 6203/2022, richiamando l'orientamento dell'Adunanza Plenaria n. 8/2015).

Dunque, dalle chiare disposizioni dell'art. 80, comma 6, del d.lgs. 50/2016 e dall'avviso giurisprudenziale richiamato, deriva che la sopravvenienza della perdita di un requisito generale o speciale comporta, per l'operatore economico, la perdita della continuità dei requisiti di partecipazione alla gara e di esecuzione del contratto, che invece devono permanere inalterati fino alla conclusione della prestazione contrattuale (in tal senso anche Consiglio di Stato n. 386/2021).

Sotto tale profilo, e per quanto di interesse ai fini del parere, si osserva che ai sensi dell'art. 108, comma 2, del d.lgs. 50/2016, «2. Le stazioni appaltanti *devono* risolvere un contratto pubblico durante il periodo di efficacia dello stesso qualora: a) ...; b) *nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80*».

Conseguentemente, qualora nella fase esecutiva del contratto d'appalto, la stazione appaltante riscontri, in capo all'appaltatore, la perdita del requisito di ordine generale sopra indicato, il Codice prevede la doverosa risoluzione del contratto, nei termini previsti dal citato art. 108.

Ciò in quanto, come chiarito dal giudice amministrativo, «Il provvedimento prefettizio determina una particolare forma di incapacità *ex lege* parziale (in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la pubblica amministrazione) e tendenzialmente temporanea (cfr., tra le altre, Cons. Stato, III, 24 ottobre 2018, n. 6052, nonché, con ampiezza di argomentazioni, Cons. Stato, Ad. Plen., 26 ottobre 2020, n. 23), con la conseguenza che al destinatario è precluso avere rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 comma 1 D.Lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (...), *nonché instaurare o mantenere rapporti contrattuali relativi a lavori, servizi e forniture pubblici con i*

soggetti di cui all'art. 83, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011 (le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici). In linea con quanto sopra sono le previsioni dei già richiamati artt. 80, comma 2 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e 92, comma 4, del d.lgs. n. 159 del 2011, per i quali nel settore dei contratti pubblici l'informazione antimafia interdittiva è motivo di esclusione dalle procedure a evidenza pubblica *e causa di recesso dal contratto già stipulato, senza alcun margine di discrezionalità per l'amministrazione*, fatta salva la valutazione eccezionalmente rimessa al contraente pubblico dall'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011 per il completamento dei contratti in corso di esecuzione. In definitiva la sussistenza della capacità del soggetto ad essere parte di un rapporto con la pubblica amministrazione costituisce un requisito di partecipazione alla procedura a evidenza pubblica e di validità del contratto stipulato dopo la pubblica selezione del contraente. 6.2. Dato quanto sopra, il "recesso" dal contratto di cui è detto negli artt. 92 e 94 del d.lgs. n. 159 del 2011 non è altro che la conseguenza dell'accertamento successivo (consentito dalla legge) dell'incapacità del soggetto ad essere parte del contratto ad evidenza pubblica (così testualmente Cons. Stato, Ad. plen., n. 23/2020 (...)) *(ex multis Consiglio di Stato, n. 5968/2023)*.

Lo stesso giudice amministrativo ha aggiunto che «La determinazione amministrativa di caducazione del contratto d'appalto, in caso di informativa antimafia sopravvenuta alla sua stipulazione, *è emanata nell'esercizio di un potere vincolato della stazione appaltante* (su cui, di recente, anche Cons. Stato, III, 21 giugno 2022, n. 5093), *per la legittimità del quale rileva soltanto la situazione dell'impresa risultante alla data dell'adozione del provvedimento di recesso*. Il giudizio di legittimità di quest'ultimo prescinde dagli accadimenti successivi, compresi i contenziosi riguardanti lo stesso provvedimento prefettizio (...). Parimenti sono irrilevanti gli strumenti amministrativi attivati dall'impresa per rimuovere l'accertamento della propria incapacità ad essere destinataria di un rapporto con la pubblica amministrazione, nel quale si sostanzia l'interdittiva antimafia, almeno fintantoché gli effetti di cui all'art. 94 del d.lgs. n. 159 del 2011 non vengano sospesi, ai sensi dell'art. 34 bis, comma 7, dello stesso d.lgs., col provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'art. 34 o il controllo giudiziario previsto dall'art. 34 bis (...))» (Consiglio di Stato n. 5968/2023 cit.).

Per quanto sopra, in risposta al quesito sollevato nell'istanza di parere, può osservarsi che sulla base del disposto dell'art. 80, commi 2 e 6 del d.lgs. 50/2016 con le richiamate previsioni del d.lgs. 159/2011, e dei chiarimenti offerti dalla giurisprudenza amministrativa, in caso di interdittiva antimafia a carico dell'appaltatore, intervenuta in corso di esecuzione del contratto d'appalto, la stazione appaltante è tenuta a procedere alla risoluzione dello stesso ai sensi del citato art. 108, comma 2, senza che incida su tale esercizio vincolato dell'azione amministrativa, la pendenza di contenziosi o l'attivazione di strumenti amministrativi volti a rimuovere il provvedimento prefettizio, nel senso sopra indicato.

Quanto, infine, all'istanza relativa all'eventuale sussistenza, nella fattispecie, di un procedimento per l'applicazione delle misure previste dall'art. 32 del d.l. 90/2014, si rappresenta che in caso di adozione di una misura interdittiva antimafia, la competenza ad avviare il procedimento e ad applicare le misure previste art. 32 del D.L. 90/2014 e s.m.i., è esclusivamente in capo al Prefetto che ha emanato il provvedimento interdittivo, ai sensi di quanto previsto dall'art. 92, comma 2-ter, lett. b), del d.lgs. 159/2011 e s.m.i.

Dispone, infatti, la norma citata che «Al termine della procedura in contraddittorio di cui al comma 2-bis, il prefetto, ove non proceda al rilascio dell'informazione antimafia liberatoria: a) dispone l'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, dandone comunicazione, entro cinque

giorni, all'interessato secondo le modalità stabilite dall'articolo 76, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, qualora gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale; b) adotta l'informazione antimafia interdittiva, procedendo alla comunicazione all'interessato entro il termine e con le modalità di cui alla lettera a), nel caso di sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Il prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva ai sensi della presente lettera, 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».

Pertanto, al fine di acquisire informazioni in ordine all'eventuale procedimento in corso per l'adozione, nella fattispecie, di misure straordinarie di gestione ai sensi del citato art. 32, l'Amministrazione regionale è tenuta a rivolgere apposita istanza alla competente Prefettura.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente