



DELIBERA N. 29

26 gennaio 2022

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da PA.E.CO. S.r.l. – Lavori urgenti di messa in sicurezza, ripristino e consolidamento a seguito di dissesti e movimenti franosi sulla SP 257 tra Pisciotta, Rodio e Ceraso- Interventi urgenti di protezione civile - Importo a base di gara: € 287.367,33 - S.A.: Provincia di Salerno

PREC 231/2021/L

Riferimenti normativi

Articolo 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016

Articoli 34-bis, 84, 94, d.lgs. n. 159/2011

Parole chiave

Interdittiva antimafia - Controllo giudiziario – Continuità del possesso dei requisiti di partecipazione

Massima

Interdittiva antimafia - In corso di gara - Ammissione al controllo giudiziario – Soluzione di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione - Esclusione

In assenza di una disposizione che esplicitamente riconosca alla sospensione degli effetti interdittivi dell'antimafia conseguente all'ammissione al controllo giudiziario efficacia derogatoria nei confronti del principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, la perdita in corso di gara del requisito dell'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa non può considerarsi sanata, ai fini della partecipazione, dall'ammissione alla misura di prevenzione di cui all'art. 34-bis del d.lgs. n. 159/2011.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 26 gennaio 2022

Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 83614 del 19 novembre 2021, con la quale l'operatore economico PA.E.CO. S.r.l. ha contestato la legittimità della revoca dell'aggiudicazione della gara a suo favore, disposta dalla Provincia di Salerno con determinazione n. 1183 dell'11 novembre 2021, a seguito dell'acquisizione della notizia, tramite la Banca Dati Nazionale Antimafia (B.D.N.A.), della informazione interdittiva antimafia emessa dalla Prefettura di Matera in data 2 settembre 2021. La censura dell'istante si appunta sulla avvenuta deliberazione della revoca nonostante il deposito, in pari data (11 novembre 2021), del decreto con il quale il Tribunale di Reggio Calabria ha accolto l'istanza di ammissione dell'impresa al controllo



giudiziario ai sensi dell'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159/2011, tenuto conto che l'ammissione a tale misura di prevenzione ha comportato, ai sensi del comma 7 dell'art. 34-*bis*, la sospensione immediata degli effetti dell'interdittiva antimafia e dei conseguenziali provvedimenti amministrativi. In ragione di ciò, riferisce di essersi determinato a richiedere alla stazione appaltante l'immediata revoca della risoluzione del contratto. Secondo PA.E.CO. S.r.l., alla luce della recente pronuncia del TAR Calabria n. 1546/2021, la finalità dell'istituto del controllo giudiziario sarebbe infatti quella di consentire all'impresa interdetta e ammessa al controllo giudiziario di conservare i provvedimenti ad evidenza pubblica e/o contrattuale a lei favorevoli e di reagire a quelli sfavorevoli, considerato anche che, sempre secondo la ricostruzione del TAR Calabria, l'interesse dell'impresa alla conservazione dei rapporti in corso coinciderebbe, in realtà piccole e contaminate ed a economia scarsa, con quello alla sopravvivenza dell'impresa stessa e con quello pubblico al mantenimento della forza lavoro ivi impiegata.

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 30 novembre 2021 con nota prot. n. 85792;

Visto quanto replicato dalla stazione appaltante con nota acquisita al prot. n. 87117 del 3 dicembre 2021 circa la necessità che i requisiti generali e speciali di partecipazione siano posseduti dai candidati per tutta la durata del procedimento fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso. Ad avviso della stazione appaltante, nel caso in esame, persisterebbero i presupposti del provvedimento di revoca nonché dell'efficacia dello stesso. Secondo la ricostruzione fornita nella memoria, la società istante, al momento dell'aggiudicazione disposta in data 7 luglio 2021 (come desumibile dalla determina di revoca) risultava iscritta nella White List della Prefettura di Matera, con data di scadenza dell'iscrizione del 10 novembre 2021. Quando allo scadere dei termini dello *stand still*, sono state avviate le attività propedeutiche alla stipula del contratto, è stato verificato che PA.E.CO. S.r.l. non risultava più iscritta nella White List e dalla consultazione della B.D.N.A. è emersa l'esistenza a suo carico di un provvedimento interdittivo risalente al 2 settembre 2021. Con nota del 19 ottobre 2021, veniva comunicato a PA.E.CO. S.r.l. l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione. Con successiva nota del 22 ottobre 2021, PA.E.CO. S.r.l. rappresentava di avere presentato ricorso al TAR avverso il provvedimento interdittivo antimafia, nonché l'avvio di istanza di controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-*bis* d. lgs. n. 159/2011 e chiedeva "di soprassedere dall'adozione di qualsivoglia provvedimento di recesso dal contratto in oggetto". Con determina dirigenziale dell'11 novembre 2021, è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione, successivamente comunicata all'impresa con nota del 15 novembre 2021. Nella stessa data, PA.E.CO. S.r.l. ha comunicato l'accoglimento dell'istanza di ammissione al controllo giudiziario;

Visto quanto controdedotto dall'istante con nota prot. n. 87543 del 6 dicembre 2021. PA.E.CO. S.r.l. ha sottolineato che il decreto di accoglimento dell'istanza di controllo giudiziario è stato emesso in data 27 ottobre 2021 (e poi depositato l'11 novembre), evidenziando che, poiché si tratta di un atto autoritativo immediatamente esecutivo efficace fin dalla sua formazione, quando la stazione appaltante ha disposto la revoca (11 novembre), gli effetti dell'interdittiva antimafia erano già sospesi. Quanto al principio della necessaria continuità del possesso dei requisiti generali per tutta la durata della procedura e dell'esecuzione del contratto, PA.E.CO. S.r.l. ha richiamato la recente pronuncia della V sezione del Consiglio di Stato (n. 4619/2021), nella quale il giudice amministrativo, con riferimento ad un caso in cui l'impresa era stata attinta dall'interdittiva antimafia durante la fase esecutiva, ha ritenuto che «*la sospensione degli effetti di cui all'art. 94 che caratterizza la fattispecie [del controllo giudiziario], ha natura eccezionale, espressamente derogando al generale principio secondo cui i requisiti di capacità dell'impresa devono permanere per tutta la durata dell'appalto*»;

Visto quanto rilevato dall'operatore economico classificato al secondo posto della graduatoria Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l. nella memoria fatta pervenire a seguito dell'integrazione del contraddittorio, disposta nei suoi confronti con nota prot. n. 235 del 3 gennaio 2022, e acquisita al prot. n. 802 del 7 gennaio 2022. Il secondo graduato ha sottolineato come, secondo granitica giurisprudenza, l'ammissione



dell'impresa al controllo giudiziario ex art. 34-*bis* d.lgs. n. 159/2011 produce effetti sospensivi dell'interdittiva antimafia limitatamente alle gare indette successivamente alla data di ammissione alla misura di prevenzione ma non può avere effetti retroattivi a sanatoria della precedente perdita dei requisiti di carattere generale, citando a sostegno, tra le più recenti, la pronuncia del TAR Campania Salerno, sez. I, n. 1841/2021. Oltre ciò, ad avviso del controinteressato, nel caso di specie, secondo un consolidato principio ricavabile dall'art. 80, comma 5, lett.c-*bis*) e f-*bis*) d.lgs. n. 50/2016, andrebbe anche considerata sussistente l'ulteriore causa di esclusione rappresentata dalla mancata comunicazione dell'intervenuta interdittiva antimafia in quanto evento potenzialmente rilevante ai fini del possesso dei requisiti di carattere generale e dunque da sottoporre necessariamente alla valutazione della stazione appaltante;

Vista la documentazione acquisita agli atti;

Visto l'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale «*costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza (...) 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'art. 84, comma del medesimo decreto*». La disposizione rappresenta una novità rispetto al previgente testo dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006, che non contemplava tra i requisiti di partecipazione l'attestazione dell'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, e fugava i dubbi che erano sorti (nella vigenza del precedente Codice) circa la valenza da attribuire a tale documentazione liberatoria, ovvero se fosse necessaria solo ai fini della stipulazione del contratto o anche ai fini della partecipazione alla gara, a fronte di una norma, l'art. 91, comma 3, d.lgs. 159/2011, che dispone che le stazioni appaltanti richiedano la documentazione antimafia al momento dell'aggiudicazione del contratto;

Vista la novella del comma 2 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, introdotta dal d.l. n. 32/2019, secondo cui «*Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*»;

Considerato che la informazione antimafia, liberatoria o interdittiva, è una misura finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata. Essa pone il suo fondamento nell'esigenza del bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica e l'interesse pubblico alla salvaguardia dell'ordine pubblico e alla prevenzione dei fenomeni mafiosi (Consiglio di Stato, sez. III, n. 5784/2018). Il Prefetto rilascia l'informazione antimafia sulla base di una valutazione di tipo prognostico e presuntivo circa la sussistenza di pericoli di infiltrazione. In particolare, come ribadito dal Ministero dell'Interno nelle Linee guida adottate con circolare n. 11001/119/2018 del 27 marzo 2018 richiamando la giurisprudenza in materia, il quadro indiziario dell'infiltrazione mafiosa posto a base dell'informativa deve dare conto in modo organico e coerente, ancorché sintetico di quei fatti, aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza che, sulla base della regola causale del "più probabile che non", siano obiettivamente sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o possibili collegamenti con le organizzazioni malavitose. Ai sensi dell'art. 94 d.lgs. n. 159/2011, l'effetto dell'informativa interdittiva è quello di precludere alle imprese attinte di essere titolari di rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni ovvero destinatarie di titoli abilitativi o di contributi, finanziamenti, mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo;

Visto l'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159/2011, introdotto dalla l. n. 161/2017, recante la nuova misura di prevenzione patrimoniale del controllo giudiziario. In un'ottica di graduazione e proporzionalità degli interventi in base al grado di connivenza tra impresa e criminalità, il controllo giudiziario è disposto dal Tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione quando l'agevolazione di persone soggette a misure di prevenzione personale o patrimoniale o a procedimento penale per determinati delitti, realizzata tramite il libero esercizio di determinate attività economiche, abbia il carattere dell'occasionalità. La nuova misura di prevenzione ha una durata compresa tra un minimo di un anno e un massimo di tre anni



e può consistere nell'imposizione di obblighi di comunicazione di una serie di atti (di disposizione, di acquisto, di pagamento, di amministrazione o di gestione fiduciaria) effettuati e/o ricevuti dall'impresa (art. 34 -*bis*, comma 2, lett.a) o nella nomina di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario, che riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero (art. 34 -*bis*, comma 2, lett.b). Il comma 6 dell'art. 34 -*bis* prevede che il Tribunale possa disporre il controllo giudiziario nella forma di cui al comma 2 lett. b) anche su richiesta di imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva che abbiano impugnato il relativo provvedimento del Prefetto (c.d. controllo giudiziario "volontario"). Il comma 7 del medesimo articolo statuisce che il provvedimento che dispone il controllo giudiziario sospende gli effetti interdittivi di cui all'art. 94 dell'informativa antimafia;

Considerato che i tribunali, investiti di un numero considerevole di richieste di applicazione del controllo giudiziario volontario, al fine di chiarirne la disciplina applicativa ne hanno indagato i presupposti e la *ratio* fondante. Secondo una parte della giurisprudenza, visto il collegamento imprescindibile con l'impugnazione amministrativa dell'informazione interdittiva, che ne costituisce uno dei presupposti, la misura avrebbe finalità cautelare e sarebbe funzionale a consentire la continuità aziendale dell'impresa fino a che non sia intervenuta una pronuncia giudiziale definitiva sul provvedimento interdittivo. «*Verrebbe salvaguardato, in questo modo, in una logica analoga a quella propria della misura cautelare della sospensione degli effetti del provvedimento amministrativo, l'interesse dell'impresa a non vedersi tagliata fuori dal mercato – con danni talvolta irreparabili – per effetto di un provvedimento prefettizio di cui essa può ancora contestare – in sede giurisdizionale – la legittimità*» (Tribunale Santa Maria Capua Vetere, sez. M.P., decr. n. 2/2018). La salvaguardia della continuità produttiva e gestionale dell'azienda sarebbe finalizzata non tanto alla salvaguardia del mero interesse privato alla prosecuzione dell'attività di impresa ma alla tutela del più rilevante interesse pubblico al mantenimento della produzione, specie nel caso di appalti pubblici, e alla salvaguardia dei posti di lavoro (Tribunale di Reggio Calabria, sez. M.P., decr. 17/2018). Altra parte della giurisprudenza evidenzia piuttosto la finalità di bonifica dell'impresa sia dai tentativi di infiltrazione mafiosa che dal rischio che l'attività economica agevoli il fenomeno criminale. In ogni caso, a fronte del problematico rapporto tra la misura di prevenzione e il sottostante giudizio amministrativo (che potrebbe condurre al paradossale risultato che il rigetto del ricorso contro l'interdittiva determini la cessazione del controllo giudiziario), tra i giudici amministrativi è invalsa la prassi di sospendere o rinviare il giudizio sull'interdittiva antimafia fino alla scadenza della misura di prevenzione «*per non porre nel nulla gli effetti di possibile legalizzazione di imprese marginalmente inquinate*» (TAR Calabria Catanzaro, sez. I, ord. n. 658/2019);

Considerato che, ai fini della soluzione della questione posta con l'istanza, occorre valutare se il principio della necessaria continuità del possesso dei requisiti di partecipazione (per tutta la durata della gara e dell'esecuzione del contratto) osti ad un'interpretazione dell'ampiezza degli effetti sospensivi dell'interdittiva, conseguenti all'ammissione al controllo giudiziario, estesa ai rapporti con la pubblica amministrazione in essere al momento dell'applicazione della misura di prevenzione - e dunque appalti già aggiudicati e procedure ad evidenza pubblica in corso - e non limitata alla possibilità di aggiudicarsi in futuro nuove commesse;

Considerato che il Consiglio di Stato, in discontinuità con le numerose pronunce di segno opposto invocate dal secondo graduato (Cfr., tra le più recenti, TAR Campania Napoli n. 805/2020), nella sentenza richiamata dall'istante (n. 4619/2021), ha ritenuto che la sospensione degli effetti interdittivi di cui all'art. 94 determinata ai sensi del comma 7 dell'art. 34 -*bis* dall'ammissione al controllo giudiziario abbia natura eccezionale e rappresenti una deroga espressa al generale principio secondo cui i requisiti di capacità dell'impresa devono permanere per tutta la durata dell'appalto, in risposta a due esigenze fondamentali: «*da un lato consentire alla stazione appaltante, allorché già ci si trovi nella fase esecutiva del contratto, di non dover necessariamente recedere dallo stesso – con conseguenti disservizi e maggiori oneri derivanti dallo scorrimento della graduatoria in favore di offerte meno vantaggiose – ma di continuare ad avvalersi dell'offerta a suo tempo ritenuta migliore, dall'altro di permettere all'operatore economico di agire in giudizio*



per ottenere in tale sede, ove ve ne siano i presupposti, la rimozione ab origine del provvedimento sfavorevole (l'interdittiva antimafia) e, dunque, l'integrale ripristino della sua capacità di contrarre con la pubblica amministrazione». Secondo il supremo consesso di giustizia amministrativa, la misura del controllo giudiziario è strumentale alla tutela di interessi di carattere pubblicistico che in concreto rischierebbero di essere conculcati dall'automatica caducazione del contratto, quali la tutela della forza lavoro impiegata, e sarebbe pertanto rispondente innanzi tutto ad un'esigenza di pubblico interesse rispetto a quello più prettamente patrimoniale del singolo operatore economico. In tale logica, secondo il Consiglio di Stato la sospensione degli effetti interdittivi dell'antimafia opera in deroga al principio di continuità del possesso dei requisiti quando si è già conclusa la fase procedimentale della scelta del contraente e ci si trova nella fase successiva alla stipula del contratto. La posizione espressa dal Consiglio di Stato, che circoscrive la deroga al principio di continuità nel possesso dei requisiti alla fase di esecuzione del contratto, consente di veicolare e rendere produttiva di effetti, all'interno del rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione, la funzione cautelare del controllo giudiziario finalizzata a consentire la continuità aziendale dell'impresa fino a che non sia intervenuta una pronuncia giudiziale definitiva sul provvedimento interdittivo, coerentemente con la giurisprudenza dei tribunali competenti per l'applicazione delle misure di prevenzione che, come visto, individuano la *ratio* della misura nella tutela dell'interesse pubblico al mantenimento della produzione, specie nel caso di appalti pubblici, e alla salvaguardia dei posti di lavoro. Per gli stessi motivi, a normativa vigente, appare difficilmente condivisibile il passo ulteriormente compiuto dal TAR Calabria, Catanzaro, che, nella pronuncia n. 1546/2021, ha esteso il principio enunciato dal Consiglio di Stato al caso in cui l'impresa sia attinta dall'interdittiva prima della stipula del contratto, ovvero nel corso del procedimento ad evidenza pubblica, purché anteriormente al momento di verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario, in quanto fase nella quale non vi sono controinteressati in senso tecnico e non vi sarebbero ricadute negative sulla tempistica della gara. Al di fuori di tale ipotesi, il TAR ha ritenuto che permanga nella discrezionalità dell'amministrazione, in base alle fattispecie concrete della gara (e.g. presenza o meno di imprese controinteressate) e del tipo di contratto, determinarsi di attendere la decisione del Giudice della prevenzione nel caso in cui l'aggiudicataria abbia dato prova dell'impugnazione dell'interdittiva e della presentazione di istanza ex art. 34-bis. La mancanza di un rapporto contrattuale in essere sembra infatti non rendere replicabili gli argomenti alla base della posizione enunciata dal Consiglio di Stato e, all'opposto, fa riemergere, nel contesto della procedura ad evidenza pubblica, l'esigenza della tutela di parità di trattamento, trasparenza e certezza del diritto, a cui il principio di continuità del possesso dei requisiti è preposto. Secondo tale noto principio, recentemente ribadito da Cons. St. Ad. Plen. n. 5/2021, nelle procedure 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 (così Cons. St. Ad. Plen. n. 8/2015; Cons. Stato, V, n. 2968/2020), per cui la carenza del requisito, anche se verificatasi dopo la presentazione dell'offerta, impone l'esclusione dell'offerente dalla procedura;

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che, in assenza di una disposizione che esplicitamente riconosca alla sospensione degli effetti interdittivi dell'antimafia conseguente all'ammissione al controllo giudiziario efficacia derogatoria nei confronti del principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, la perdita in corso di gara del requisito dell'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa non può considerarsi sanata, ai fini della partecipazione, dall'ammissione alla misura di prevenzione di cui all'art. 34-bis del d.lgs. n. 159/2011;

Considerato che, nel caso in esame, l'interdittiva antimafia ha attinto l'istante nella fase di gara (integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione) di controllo del possesso dei requisiti. Pertanto, nonostante l'interruzione del possesso del requisito in esame abbia avuto durata breve (dal 2 settembre all'11 novembre), l'aggiudicatario ha perso il requisito dell'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa risultandone privo proprio nella fase di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione;



Considerato ulteriormente che, anche volendo tenere in considerazione le coordinate entro le quali, secondo il TAR Calabria, l'ammissione al controllo giudiziario potrebbe considerarsi sanante della perdita del requisito intervenuta in corso di gara, il caso di specie comunque non vi rientra, dal momento che la soluzione di continuità nel possesso del requisito non si è verificata nella fase iniziale della procedura ma dopo l'aggiudicazione, in occasione del controllo del possesso dei requisiti, e comunque in presenza di un operatore economico controinteressato – il secondo graduato – titolare dell'interesse alla conservazione dei provvedimenti sfavorevoli emessi nei confronti dell'aggiudicatario;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- conforme alla normativa di settore il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 febbraio 2022

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco