

ANTIMAFIA: Gara – Appalti di lavori – Esclusione – Riferimento alla adozione di una interdittiva antimafia che ha prodotto effetti per un breve lasso di tempo – Legittimità – Circostanza che la interdittiva è stata sospesa in s.g. in via cautelare e che l'impresa interessata è stata successivamente ammessa al controllo giudiziario ex art. 34 bis, D.Lgs. n. 159 /2011 – Irrilevanza.

Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2023, n. 8481

“[...] il controllo giudiziario [...] può solamente sospendere in modo temporaneo gli effetti della misura interdittiva, ma non già eliminare quelli nel frattempo prodotti dall'interdittiva stessa nei rapporti in corso.

Deve infatti ritenersi che la legge n. 55 del 2019, nell'introdurre, all'interno dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, il riferimento all'art. 34-bis del Codice antimafia, non abbia voluto attribuire valenza retroattiva al provvedimento ammissione al controllo giudiziario rispetto agli effetti dell'interdittiva, ma solo chiarire che gli operatori economici ammessi al controllo giudiziario possono partecipare alle gare pubbliche indette successivamente all'adozione della predetta misura, proprio in ragione della sospensione temporanea degli effetti della stessa.

La tesi contraria ammetterebbe una interpretazione non conforme alla ratio legis della disposizione invocata, atteso che in riferimento ai provvedimenti di esclusione adottati ai sensi dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, gli effetti del tentativo di infiltrazione mafiosa non si esauriscono solo nell'ambito della procedura di gara, ma riguardano anche la fase di esecuzione del contratto.

Diversamente opinando verrebbe meno la finalità dell'interdittiva antimafia, ossia tutelare il rapporto con l'amministrazione da eventuali e probabili forme di infiltrazioni mafiose che inquinano l'economia legale, alterano il funzionamento della concorrenza e costituiscono una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica: il controllo giudiziario ex art. 34-bis cit. può quindi sospendere gli effetti dell'interdittiva, ma non già eliminare quelli già prodotti dall'interdittiva stessa, da cui è stata attinta l'impresa in ragione del riscontrato pericolo di infiltrazione mafiosa nel peculiare periodo temporale in corso [...].

L'ammissione (o anche solo la richiesta in tal senso) al controllo giudiziario delle attività economiche e dell'azienda, di cui all'art. 34-bis d.lgs. n. 159 del 2011, non ha dunque alcuna conseguenza sui provvedimenti di esclusione (anche quelli adottati ai sensi dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016), i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara interamente considerata, di modo che non vi è possibilità di un ritorno indietro per via della predetta ammissione. Pertanto vale il principio

generale dell'efficacia solo per l'avvenire dell'ammissione al controllo giudiziario, con la conseguente possibilità di partecipazione in situazioni di controllo ad altre procedure di gara (cfr. Cons. Stato, V, 14 aprile 2022, n. 2847).

Neppure infine rileverebbe, a fondare un ipotetico affidamento incolpevole dell'appellante (nella successiva stipula del contratto), la circostanza che la revoca dell'aggiudicazione definitiva fosse intervenuta oltre un anno dopo l'ammissione al controllo giudiziario volontario, tale dilatazione temporale essendo giustificata dalla situazione di incertezza venutasi a determinare per effetto del contenzioso instaurato da -OMISSIS- s.r.l. avverso l'interdittiva prefettizia, con conseguente ragionevolezza della scelta dell'amministrazione di attendere almeno la definizione del primo grado di giudizio [...]".

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2023 il Cons. Valerio Perotti, nessuno è presente per le parti.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, -OMISSIS- s.r.l. impugnava la determinazione dirigenziale rep. n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, con cui Roma Capitale aveva revocato la precedente determinazione del -OMISSIS- di aggiudicazione in suo favore della procedura negoziata per l'affidamento dell'appalto di "*Manutenzione straordinaria delle sedi stradali*" ivi specificate, ai sensi dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, in ragione dell'essere tale società "*risultata iscritta nel casellario informatico dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione), ai sensi dell'art. 213, comma 10 del d.lgs. 18 aprile 2016*", in relazione all'annotazione a suo carico del provvedimento antimafia prot. n. -OMISSIS- emesso dal Prefetto di Latina il -OMISSIS-.

La ricorrente chiedeva l'annullamento dell'atto di revoca, recante anche la conseguente contestuale aggiudicazione dell'appalto in favore di -OMISSIS- s.r.l., sostanzialmente invocando la sospensione temporanea degli effetti interdittivi del provvedimento di cancellazione dalla c.d. "*white list*", in ragione della sua successiva ammissione, il 25 ottobre 2021, alla misura del controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011, venendo per l'effetto meno, ai sensi del novellato comma 7 di tale articolo (come sostituito dall'art. 47, comma 1, lett. c, del d.l. n. 152 del 2021,

convertito con modificazioni dalla l. n. 233 del 2021) il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione sancito all'art. 94, comma primo, del d.lgs. n. 159 del 2011.

La ricorrente denunciava quindi l'illegittimità dell'atto di ritiro, evidenziando come esso sarebbe andato *“ad incidere su una situazione obiettivamente già cristallizzata con l'aggiudicazione definitiva (del tutto legittima) dell'appalto, in data -OMISSIS-, nei confronti di un soggetto giuridico – la ricorrente – che allo stato, in forza del provvedimento giudiziario volontario disposto, è legittimato non solo a stipulare il relativo contratto ma anche a partecipare ad altre procedure di affidamento”*.

Costituitasi in giudizio, Roma Capitale eccepiva che l'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario non poteva avere effetti retroattivi in sanatoria della precedente perdita dei requisiti di carattere generale, avendo valenza circoscritta alle gare indette successivamente all'accesso alla misura di prevenzione.

Con sentenza 29 dicembre 2022, n. 17792, resa in forma semplificata, il giudice adito respingeva il ricorso, sul presupposto che *“l'ammissione al controllo giudiziario di cui all'art. 34 bis del d.lgs. n. 159 del 2011 non ha conseguenze sui provvedimenti di esclusione e di revoca dell'aggiudicazione che siano stati adottati ai sensi dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara, di modo che non v'è possibilità di un ritorno indietro per via della predetta ammissione”*.

Avverso tale decisione -OMISSIS- s.r.l. interponeva appello, deducendo un unico motivo di impugnazione, così rubricato: *“Error in iudicando – Error in procedendo – Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Cost. – Violazione degli artt. 34 bis, 84 comma 4, 89 bis e 91 del d.lgs. 159/11, dell'art. 80 c. 2 d.l.s. 159/11 – Abuso di potere – Violazione del principio di tipicità degli atti amministrativi – Abnormità ed illogicità manifesta – Difetto di motivazione”*.

Costituitasi in giudizio, Roma Capitale concludeva per l'infondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione.

Con successive memorie l'amministrazione precisava quindi le proprie tesi difensive ed all'udienza del 6 giugno 2023 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il motivo di appello, -OMISSIS- s.r.l. deduce in primo luogo l'erroneità – in punto di fatto – della sentenza di primo grado nella parte in cui riporta *“[...] considerato che l'interdittiva antimafia (in relazione alla quale la contestata revoca dell'aggiudicazione è stata disposta) è intervenuta il -OMISSIS-, quando la gara era in corso di gara, al pari dell'ammissione di -OMISSIS- s.r.l. al controllo giudiziario ex art. 34 bis d.lgs. n. 159/2011, infatti avvenuta quando ancora non era stato*

stipulato il relativo contratto”: ciò in quanto l’interdittiva era in realtà del -OMISSIS-, laddove il -OMISSIS- era stata disposta la revoca non dell’aggiudicazione, bensì del provvedimento di esclusione, che era dunque da ritenersi illegittimo in quanto adottato successivamente alla sospensione cautelare (come del resto rilevato dallo stesso TAR di Latina a seguito del ricorso iscritto a r.g. n. 171 del 2021).

In ogni caso, l’efficacia del detto provvedimento era stata sospesa dal TAR Latina con decreto monocratico del 17 marzo 2021, poi confermato con ordinanza collegiale del 14 aprile 2021, tant’è che l’aggiudicazione definitiva, a seguito dell’annullamento dell’esclusione a seguito del primo ricorso al TAR del Lazio, venne disposta in data con nota prot. CN/77491 del 9 luglio 2021.

Gli effetti della sospensione cautelare si sarebbero quindi protratti fino al 27 agosto 2021, data in cui il Consiglio di Stato, in accoglimento dell’appello proposto dall’Amministrazione dell’interno, riformava la predetta ordinanza del 14 aprile 2021.

Sostiene l’appellante che, risalendo al 25 ottobre 2021 il provvedimento di ammissione al controllo giudiziario volontario *ex art. 34-bis* d.lgs n. 159 del 2011, lo stesso era antecedente al gravato provvedimento di revoca dell’aggiudicazione (datato -OMISSIS-).

Ciò premesso, non sarebbe in realtà conferente quanto osservato dal primo giudice circa il fatto che *“[...] l’ammissione al controllo giudiziario di cui all’art. 34 bis del d.lgs. n. 159 del 2011 non ha conseguenze sui provvedimenti di esclusione e di revoca dell’aggiudicazione che siano stati adottati ai sensi dell’art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell’ambito della procedura di gara, di modo che non v’è possibilità di un ritorno indietro per via della predetta ammissione”*.

Tale consolidato principio, infatti, non dispiegherebbe effetti nel caso in esame, in quanto l’impugnata revoca dell’aggiudicazione definitiva era successiva all’ammissione al controllo giudiziario volontario e non viceversa: in ispecie, quindi, la ricorrente non avrebbe invocato una presunta efficacia retroattiva della procedura *ex art. 34-bis*, comma 7, del c.d. *Codice antimafia* – con possibilità di travolgere esclusioni o revoche di aggiudicazioni già disposte – bensì l’idoneità del provvedimento di ammissione ad impedire una successiva revoca dell’aggiudicazione definitiva in precedenza (legittimamente) disposta.

In questi termini, l’appellante riconosce che il controllo giudiziario *ex art. 34-bis* del *Codice antimafia* può sì sospendere gli effetti dell’interdittiva, ma non anche eliminare quelli già prodotti dall’interdittiva stessa da cui nelle more sia stata attinta l’impresa, in ragione del riscontrato pericolo di infiltrazione mafiosa nel peculiare periodo temporale in corso: il che si tradurrebbe, nel caso in esame, nell’illegittimità del successivo provvedimento di revoca, posto che l’aggiudicazione

dell'appalto era avvenuta previa acquisizione della cd. informativa prefettizia liberatoria, nel periodo nel quale l'efficacia della misura interdittiva era stata sospesa dal giudice amministrativo.

L'ammissione al controllo giudiziario, comunque, era intervenuta il 25 ottobre 2021, ben prima cioè che si procedesse alla revoca dell'aggiudicazione definitiva, il -OMISSIS-: per l'effetto, sul presupposto che detta ammissione avesse efficacia "costitutiva", avrebbe dovuto concludersi per l'illegittimità del successivo provvedimento di revoca; a ragionare diversamente si sarebbe infatti ottenuto il risultato – abnorme – di revocare l'appalto nei confronti di un soggetto che, in forza del novellato art. 80, comma 2 *Codice dei contratti pubblici*, in quel momento sarebbe stato pienamente legittimato a partecipare alle procedure di gara.

Ancora, ai sensi dell'art. 34-bis, comma 7 del d.lgs. n. 159 del 2011, "*Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del comma 6 del presente dall'articolo 34 sospende gli effetti di cui all'articolo 94*", norma quest'ultima che prevede, a sua volta, il divieto per le amministrazioni di stipulare, approvare o autorizzare i contratti con imprese interdette, obbligandole al recesso dai contratti con esse precedentemente stipulati.

L'appello non può essere accolto.

Risulta dagli atti che il provvedimento di esclusione originariamente impugnato era stato motivato col venir meno della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, di cui all'art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, dovendo gli stessi essere posseduti ininterrottamente in tutte le fasi sia della procedura che dell'esecuzione (*ex pluribus*, Cons. Stato, III, 14 dicembre 2022, n. 10935; V, 6 ottobre 2022, n. 8558; Ad. plen. 20 luglio 2015, n. 8).

La loro perdita, ancorché temporanea, avrebbe pertanto imposto l'esclusione della concorrente dalla gara, stante l'unicità ed inscindibilità del procedimento selettivo.

Nel caso di specie, la stessa appellante riconosce (a pag. 11 dell'atto di appello) che, nonostante l'intervenuto provvedimento di sospensione cautelare del TAR Latina, la misura interdittiva avrebbe purtuttavia avuto efficacia per cinque giorni, "*ossia fino al decreto cautelare monocratico del TAR Latina n. 77 del 17.3.2021, confermato con ordinanza collegiale del 14 aprile 2021*", circostanza che da sola avrebbe giustificato la disposta esclusione: in questi termini, quindi, le deduzioni in ordine all'ambito di efficacia dell'ammissione alla procedura del controllo giudiziario volontario *ex art. 34* d.lgs. n. 159 del 2011 – ammissione avvenuta solo in data 25 ottobre 2021 – perdono di rilevanza.

In ogni caso, va ribadito il principio (*ex pluribus*, Cons Stato, V, n. 8558 del 2022, cit.) secondo cui il controllo giudiziario in esame può solamente sospendere in modo temporaneo gli effetti della

misura interdittiva, ma non già eliminare quelli nel frattempo prodotti dall'interdittiva stessa nei rapporti in corso.

Deve infatti ritenersi che la legge n. 55 del 2019, nell'introdurre, all'interno dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, il riferimento all'art. 34-*bis* del *Codice antimafia*, non abbia voluto attribuire valenza retroattiva al provvedimento ammissione al controllo giudiziario rispetto agli effetti dell'interdittiva, ma solo chiarire che gli operatori economici ammessi al controllo giudiziario possono partecipare alle gare pubbliche indette *successivamente* all'adozione della predetta misura, proprio in ragione della sospensione temporanea degli effetti della stessa.

La tesi contraria ammetterebbe una interpretazione non conforme alla *ratio legis* della disposizione invocata, atteso che in riferimento ai provvedimenti di esclusione adottati ai sensi dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, gli effetti del tentativo di infiltrazione mafiosa non si esauriscono solo nell'ambito della procedura di gara, ma riguardano anche la fase di esecuzione del contratto.

Diversamente opinando verrebbe meno la finalità dell'interdittiva antimafia, ossia tutelare il rapporto con l'amministrazione da eventuali e probabili forme di infiltrazioni mafiose che inquinano l'economia legale, alterano il funzionamento della concorrenza e costituiscono una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica: il controllo giudiziario ex art. 34-*bis* cit. può quindi sospendere gli effetti dell'interdittiva, ma non già eliminare quelli già prodotti dall'interdittiva stessa, da cui è stata attinta l'impresa in ragione del riscontrato pericolo di infiltrazione mafiosa nel peculiare periodo temporale in corso.

A sua volta anche l'ANAC (nel parere precontenzioso di cui alla delibera n. 29 del 26 gennaio 2022) ha rilevato 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 nel 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”*.

L'ammissione (o anche solo la richiesta in tal senso) al controllo giudiziario delle attività economiche e dell'azienda, di cui all'art. 34-*bis* d.lgs. n. 159 del 2011, non ha dunque alcuna conseguenza sui provvedimenti di esclusione (anche quelli adottati ai sensi dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016), i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara interamente considerata, di modo che non vi è possibilità di un ritorno indietro per via della predetta ammissione. Pertanto vale il principio

generale dell'efficacia solo per l'avvenire dell'ammissione al controllo giudiziario, con la conseguente possibilità di partecipazione in situazioni di controllo ad altre procedure di gara (cfr. Cons. Stato, V, 14 aprile 2022, n. 2847).

Neppure infine rileverebbe, a fondare un ipotetico affidamento incolpevole dell'appellante (nella successiva stipula del contratto), la circostanza che la revoca dell'aggiudicazione definitiva fosse intervenuta oltre un anno dopo l'ammissione al controllo giudiziario volontario, tale dilatazione temporale essendo giustificata dalla situazione di incertezza venutasi a determinare per effetto del contenzioso instaurato da -OMISSIS- s.r.l. avverso l'interdittiva prefettizia, con conseguente ragionevolezza della scelta dell'amministrazione di attendere almeno la definizione del primo grado di giudizio.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque respinto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società -OMISSIS- s.r.l. al pagamento, in favore di Roma Capitale, delle spese di lite del grado di giudizio, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00) complessivi, oltre Iva e Cpa se dovute.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (e degli artt. 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità degli interessati, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.

