GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Cause di esclusione non più escludenti: Continuità del possesso dei requisiti, informazione interdittiva antimafia e controllo giudiziario

Nota a sentenza Consiglio di Stato, V sez n. 8481 del 2023

di Renato RolliMartina Maggiolini

21 febbraio 2024

Sommario: 1. Breve ricostruzione della vicenda contenziosa – 2. Sull'efficacia temporale dell'ammissione al controllo giudiziario – 3. Continuità del possesso dei requisiti tra interdittive antimafia e controllo giudiziario

1. Breve ricostruzione della vicenda contenziosa

Il rapporto tra antimafia e amministrazione si intensifica ed intreccia alla luce degli interventi normativi nonché dei contributi della giurisprudenza e della dottrina[1].

Le recenti riforme del sistema antimafia sono giustificate dalla volontà di contrastare il fenomeno criminale che mostra una sempre più sottile e abile vocazione imprenditoriale.

L'obiettivo delle nuove misure si distacca dalla tradizionale ratio sanzionatoria-ablatoria, riconducendosi alla bonifica delle economie che, seppur esposte a tentativi di infiltrazione mafiosa, dimostrano, comunque, autonomia gestionale[2].

Tale complesso apparato, oggi più di ieri, non si esaurisce in sé stesso ma è posto in stretta correlazione con le disposizioni del nuovo Codice dei Contratti pubblici[3].

In tale contesto, le questioni più problematiche risultano dalla valutazione e dalla portata degli effetti di ciascuna misura antimafia.

In tale contesto, si vuole segnalare la pronuncia di seguito annotata al fine di chiarire il rapporto che intercorre tra misura interdittiva antimafia e l'ammissione al controllo giudiziario.

Il Consiglio di Stato sez. V ha reso sentenza n. 8481 del 2023 sul ricorso in appello della Srl mandataria di costituendo Rti con altra s.r.l. contro il Comune di Roma per la riforma della sentenza semplificata resa dal TAR Lazio.

La ricorrente impugnava al TAR Lazio la determinazione dirigenziale di revoca di precedente aggiudicazione di procedura negoziata giusto art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Invero a carico della società risultava l'iscrizione nel casellario informatico dell'ANAC conseguente all'annotazione a suo carico del provvedimento antimafia.

La società chiedeva l'annullamento del provvedimento di revoca invocando la sospensione temporanea degli effetti interdittivi della cancellazione dalla *white list*, in ragione della sua successiva ammissione alla misura del controllo giudiziario, sostenendo il venir meno, ai sensi del novellato comma 7 art. 34 bis Cod. Ant. (per come modificato dall'art. 47, comma 1, lett. c, del d.l. n. 152 del 2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 233 del 2021) del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione sancito all'art. 94, comma primo, del d.lgs. n. 159 del 2011.

L'Amministrazione costituitasi precisava che il controllo giudiziario non poteva avere effetti retroattivi in sanatoria della precedente perdita dei requisiti di carattere generale poiché esso rileva soltanto per le gare indette successivamente all'ammissione alla misura di prevenzione.

Il TAR 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*".

La Società, dunque, gravava tale pronuncia.

L'Amministrazione costituendosi concludeva per l'infondatezza dell'appello.

Il Consiglio di Stato respingeva il gravame per le ragioni che seguono.

2. Sull'efficacia temporale dell'ammissione al controllo giudiziario

L'evoluzione dell'ordinamento, che supera l'approccio punitivo e individua strumenti alternativi, impone una particolare attenzione per una sua corretta interpretazione ed applicazione**[4]**.

Pertanto, è utile partire dalla posizione del Consiglio di Stato ove si evidenziava come il provvedimento di esclusione gravato veniva 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 di selezione che dell'esecuzione**[5]**.

Ora, consolidata giurisprudenza ha ribadito il principio secondo cui il controllo giudiziario può solamente sospendere in modo temporaneo gli effetti della misura interdittiva, ma non già eliminare quelli *medio tempore* prodotti dall'interdittiva stessa nei rapporti in corso**[6]**.

Anche il legislatore del Codice d.lgs n. 50/2016 non ha voluto attribuire efficacia retroattiva al provvedimento di ammissione al controllo giudiziario rispetto agli effetti dell'interdittiva.

Dunque, in ragione di ciò, gli operatori economici ammessi al controllo giudiziario possono partecipare alle gare pubbliche indette successivamente all'ammissione alla misura alternativa, proprio in ragione della sospensione temporanea degli effetti della stessa.

Una opposta interpretazione si porrebbe, secondo i Giudici di Palazzo Spada, in contrasto con la *ratio* della previsione delle cause di esclusione, atteso che gli effetti del tentativo di infiltrazione mafiosa non si esauriscono solo nella "preponderante" fase di gara, ma rilevano anche nella successiva fase di esecuzione del contratto.

Secondo tale argomentazione verrebbero meno, dunque, le finalità dell'interdittiva antimafia, ovvero la tutela del rapporto con l'amministrazione da eventuali contagi mafiosi che infettano l'economia sana, manipolano la concorrenza e minacciano l'ordine e la sicurezza pubblica.

Pertanto, in questa ottica, il controllo giudiziario ex art. 34-*bis* sospende gli effetti dell'interdittiva ma non elimina quelli già prodotti dall'interdittiva stessa.

A *fortiori* anche l'ANAC ha evidenziato 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"***[7]**.

Nel medesimo solco la giurisprudenza, a più riprese, chiarisce che l'ammissione al controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis* d.lgs. n. 159 del 2011, non ha rilevanza sui provvedimenti di esclusione, i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara complessivamente considerata, al fine di evitare possibili regressioni in conseguenza all'ammissione stessa.

Anche nel caso in commento i Giudici segnalano il principio dell'efficacia solo per l'avvenire dell'ammissione al controllo giudiziario e, *medio tempore*, della possibilità di partecipare da 'controllate' ad altre procedure di gara**[8]**.

3. Continuità del possesso dei requisiti tra interdittive antimafia e controllo giudiziario

Sulla base di studi già consolidati è possibile affermare la natura cautelare e di "frontiera avanzata" nell' anticipazione della soglia di prevenzione dell'interdittiva antimafia**[9]**. Il provvedimento prefettizio, come noto, determina una particolare forma di incapacità giuridica e, dunque, l'insuscettività del soggetto destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive che determinino rapporti giuridici con la pubblica amministrazione**[10]**.

Dunque, per effetto dell'interdittiva l'operatore economico è privato di ogni possibilità di essere titolare di rapporti con la PA.

È pur vero però che detta impossibilità risulta (talvolta) temporanea poiché può venire meno per il tramite di un successivo provvedimento liberatorio dell'autorità prefettizia.

Pertanto, al fine di cogliere l'effettività delle misure antimafia occorre analizzare lo stretto legame tra le stesse ed il Codice dei Contratti Pubblici (Dlgs 50/2016) applicato alla controversia

in commento, il quale prevedeva che "*Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.*Resta fermo, altresì, quanto previsto dall'articolo 34 –bis commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159".

Ed inoltre che: "*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"*.

Ed ancora l'art. 34-bis d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 precisa che "*Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lett.b) del comma 2 del presente articolo*". Ed ancora, "*il provvedimento che dispone [...] il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende il termine di cui all'art. 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'articolo 94. Lo stesso provvedimento è comunicato dalla cancelleria del tribunale al prefetto della provincia in cui ha sede legale l'impresa, ai fini dell'aggiornamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'articolo 96, ed è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'articolo 94- bis nei successivi cinque anni*".

Così, consolidata giurisprudenza ritiene che l'ammissione al controllo giudiziario non incida sulla sussistenza dei pericoli di infiltrazione mafiosa, atteso che "non costituisce un superamento dell'interdittiva, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza"**[11]**.

Invero, il controllo giudiziario interviene in contesti in cui l'interdittiva può rappresentare l'estrema *ratio* ritenendo che il contagio possa essere reciso attraverso strumenti meno invasivi e paralizzanti.

Pertanto, ove interviene il provvedimento interdittivo e successivamente l'operatore economico viene ammesso al controllo giudiziario non è possibile escludere a priori gli effetti del provvedimento interdittivo.

Così, per l'affidamento di appalti pubblici l'intervenire di un provvedimento interdittivo interrompe il possesso dei requisiti richiesti che devono sussistere in modo continuo non solo per tutta la durata della procedura di aggiudicazione ma anche per l'intera fase di esecuzione.

Va allora ribadito che i Giudici di Palazzo Spada cristallizzano il principio dell'efficacia solo per l'avvenire dell'ammissione al controllo giudiziario, con la conseguente possibilità di

partecipazione in situazioni di controllo a procedure di gara successivamente indette[12].
Indagando i principi che reggono l'intero apparato, la giurisprudenza non ritiene condivisibile l'opportunità di essere reintegrato successivamente nella fase di esecuzione per effetto dell'ammissione al controllo giudiziario per l'operatore economico escluso da una procedura poiché attinto da informativa antimafia.

La questione pone non pochi spunti, (in parte superati) con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Occorre, dunque, come in ogni fase di transizione e di cambiamento interrogarsi su ciò che cambia, ciò che rimane uguale e ciò che rimane non detto.

Sembra opportuno segnalare l'essenziale modifica delle cause di esclusione oggi previste dall'art. 94 del nuovo Codice dei Contratti pubblici ed in particolare il comma 2 che prevede, come ulteriore ipotesi di esclusione, l'applicazione all'operatore economico delle misure interdittive previste all'interno del d.lgs. n. 159/2011 (Codice cd. antimafia), con l'eccezione dell'impresa che è stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34bis del medesimo decreto, prevedendo: *La causa di esclusione di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011 non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del medesimo codice. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato*.

Conclusivamente la novità rispetto al d.lgs. n. 50/2016 è da ravvisarsi per l'appunto nella irrilevanza della causa di esclusione discendente dall'emissione di una misura interdittiva antimafia, ove l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-bis del d.lgs. n. 159/2011 entro la data di aggiudicazione.

Il legislatore ha inteso ampliare la portata del controllo giudiziario come strumento di "bonifica", riconoscendo così all'operatore economico più ampie possibilità di riconduzione ad economie sane.

La previsione del nuovo Codice rappresenta un tassello fondamentale nella prevenzione delle controversie relative allo stretto, e troppo spesso, controverso rapporto tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario.

[1] *ex multis* si consenta il rinvio a R.Rolli, L'informazione antimafia come "frontiera avanzata" (nota a sentenza Consiglio di Stato Sez. III n. 3641 dell'08.06.2020), Giustiziainsieme, 2020.

[2] Si veda M.A. Sandulli, Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario, Giustiziainsieme, 2022

[3] Si consenta anche il rinvio a R.Rolli, F. De Cicco, Mafia e contratti pubblici: ciò che cambia col nuovo codice, Ratio Iuris, 2023

[4] Per tutti G. Amarelli, "La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario", sistemapenale, 2022.

[5]*ex multis*, Cons. Stato, III, 14 dicembre 2022, n. 10935; V, 6 ottobre 2022, n. 8558; Ad. plen. 20 luglio 2015, n. 8.

[6] *ex multis*, Cons Stato, V, n. 8558 del 2022.

[7] Nel parere precontenzioso di cui alla delibera n. 29 del 26 gennaio 2022.

[8] Cfr. Cons. Stato, V, 14 aprile 2022, n. 2847.

[9] Si consenta il rinvio a R.Rolli, L'informazione antimafia come "frontiera avanzata" (nota a sentenza Consiglio di Stato Sez. III n. 3641 dell'08.06.2020), op cit.

[10] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247.

[11] *ex multis* Cons. Stato n. 6377/2018; Cons. Stato 3268/2018.

[12] Cfr. Cons. Stato, V, 14 aprile 2022, n. 2847.

Seppur frutto di un lavoro unitario è possibile attribuire il 2 paragrafo al Prof. Renato Rolli i restanti alla dott.ssa Martina Maggiolini