

ANTIMAFIA: Informativa antimafia - Controllo giudiziario - Effetti sulla partecipazione alla gara.

Tar Calabria - Catanzaro, Sez. I, 29 luglio 2021, n. 1546

“[...] ritiene, allora, il Collegio che alla luce del dato normativo e dello scopo del controllo giudiziario la retroattività degli effetti dell’interdittiva possa predicarsi oltre che per la fase successiva all’esecuzione, per come affermato dal Giudice di appello, anche per la fase antecedente la verifica dei requisiti in esito all’aggiudicazione.

Ove l’impresa concorrente sia colpita da interdittiva l’esclusione può essere effettivamente congelata dall’intervento del controllo giudiziario (a volte anteceduto dalla sospensione degli effetti dell’interdittiva nelle more della decisione del controllo) se sopraggiunto anteriormente al momento di verifica dei requisiti in capo all’aggiudicatario [...]”.

FATTO

1. -OMISSIS--OMISSIS-., premettendo di essere stata aggiudicataria definitiva della gara di “Adeguamento strutturale antisismico della scuola primaria in via -OMISSIS-” del Comune di Cassano allo Ionio giusta determina del -OMISSIS-, ha impugnato, con istanza di tutela cautelare, il provvedimento n. -OMISSIS-del Rup del Comune di Cassano allo Ionio di aggiudicazione alla seconda impresa classificata per ritenuta inammissibilità del progetto presentato perché contenente una variante non consentita (rinforzo strutturale in FRP in luogo di CAM).

Premettendo che la revoca impugnata era stata preceduta da precedente revoca del -OMISSIS-per sopravvenuta interdittiva antimafia, prontamente impugnata e sospesa dal Tar Calabria (ord. n. -OMISSIS-), a sostegno del ricorso ha lamentato -) l’incompetenza del Rup ad effettuare valutazioni sulle offerte tecniche, riservate alla Commissione, ed a cambiare aggiudicatario della gara; -) la violazione degli artt. 32 co. 7 e 33 c.c.p. per essere stato adottato l’atto a seguito dell’intervenuta efficacia dell’aggiudicazione in esito alla relativa verifica dei requisiti; -) la violazione dell’art. 21 *quinquies* e *nonies* l. proc. e l’eccesso di potere per avere il Rup proceduto ad implicita revoca della prima aggiudicazione invadendo la competenza della Commissione stabilita dalla regola del *contrarius actus* e senza avere stato instaurato il contraddittorio con l’aggiudicataria e -) la carenza motivazione, la violazione del bando e dell’art. 95 comma 14 c.c.p., contestando in fatto che il suo progetto contenesse variante, sostenendo, piuttosto, essere miglioria consentita e supportando la deduzione con CTP.

La controinteressata -OMISSIS-, ha resistito al ricorso chiedendone il rigetto, depositando consulenza di parte a supporto della correttezza della valutazione della stazione appaltante di presentazione da parte dell'originaria aggiudicataria di variante non consentita.

Il Comune di Cassano allo Ionio ha eccepito preliminarmente -) l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, stante l'efficacia dell'interdittiva per effetto dell'ordinanza del Consiglio di Stato n. -OMISSIS-, che in riforma della pronuncia cautelare del Tar Calabria aveva rigettato la sospensione dell'interdittiva, con conseguente incapacità a contrarre della ricorrente, -) l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse/legittimazione in quanto la ricorrente era da considerare partecipante escluso per definitività della prima revoca dell'aggiudicazione per il riscontro dell'interdittiva (efficace) e nel merito, chiarendo che nella specie il Rup era anche il dirigente del settore competente, ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.

La ricorrente ha replicato alle eccezioni preliminari dell'Amministrazione deducendo che nell'ambito del ricorso di impugnazione dell'interdittiva era stato impugnato per invalidità derivata la correlata revoca dell'aggiudicazione e che la sentenza n. -OMISSIS-del Tar Calabria aveva annullato l'interdittiva.

2. La domanda cautelare avanzata nel presente giudizio è stata rigettata con ordinanza n. -OMISSIS-, non appellata, in virtù della sussistenza della ristabilita efficacia dell'interdittiva, e dunque di causa di esclusione, per effetto della sospensione della sentenza di annullamento di tale atto prefettizio e degli atti conseguenti da parte dell'ordinanza n. -OMISSIS-del Consiglio di Stato (resa nel giudizio n. -OMISSIS-non definito alla data della presente sentenza in virtù di concesso rinvio per ammissione al controllo giudiziario).

3. In via istruttoria sono stati acquisiti il capitolato speciale d'appalto e gli elaborati tecnici componenti il progetto esecutivo e parte ricorrente ha depositato

Parte ricorrente ha poi depositato il provvedimento di ammissione al controllo giudiziario del -OMISSIS-, così affermando la sussistente capacità a contrattare avversata dalle controparti ed il Comune di Cassano allo Ionio ha controdedotto l'irrelevanza della sopravvenienza.

4. Disposta in via istruttoria la verifica all'udienza del 7 luglio 2021, trattata la controversia, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, si pone la necessità del riscontro dell'interesse ad agire della ricorrente, con riferimento alla sua possidenza della capacità a contrattare alla luce della emessa ed impugnata informazione interdittiva.

Tale verifica risulta nel caso di specie non piana sia perchè l’-OMISSIS- ne è risultata dotata ad “intermittenza” alla luce dei diversi pronunciamenti sulla legittimità dell’informazione da parte del Tar (sospensione in sede cautelare ed annullamento nel merito dell’interdittiva) e del Consiglio di Stato (sospensione degli effetti dapprima dell’ordinanza cautelare e poi della sentenza di primo grado) ed ancora in attesa della decisione di merito del Giudice di Appello, sia perchè interessata dalla delicata questione della valenza del sopravvenuto provvedimento di ammissione al controllo giudiziario sugli appalti già aggiudicati e sulle procedure di evidenza in corso.

Ritiene il Collegio di rinviare la disamina della questione preliminare solo all’eventuale riscontro della fondatezza dei motivi di ricorso.

2. I primi tre motivi di ricorso sono infondati.

Va premesso che nella fattispecie in esame il Rup coincide con il responsabile del servizio sicchè, oltre ai compiti previsti dall’art. 31 c.c.p. e dalle Linee Guida Anac n. 3, egli era titolare anche del potere provvedimentale di aggiudicazione e, correlativamente, dei provvedimenti di autotutela su tale atto.

2.1. Ebbene, partendo dall’aspetto procedimentale il secondo e terzo motivo di ricorso errano nel denunciarne i vizi.

“Revocata” l’aggiudicazione definitiva il -OMISSIS- per la riscontrata interdittiva – con potere di autotutela certamente sussistente in capo alla p.a. pur a seguito della conferita efficacia dell’aggiudicazione in esito alla verifica dei requisiti ex art 32 c.p.p. (v. T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, -OMISSIS-; T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, -OMISSIS-; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, -OMISSIS-; T.A.R. Marche, sez. I, -OMISSIS-; T.A.R. Campania - Napoli, sez. IV, -OMISSIS-) - il procedimento era retrocesso alla valutazione della proposta di aggiudicazione con individuazione della -OMISSIS- quale prima classificata e della -OMISSIS- quale seconda classificata, sicchè al Rup/responsabile del servizio tornava il compito di valutare l’operato della Commissione ed il riscontro degli elementi per disporre la corretta aggiudicazione definitiva.

Al momento di tale rivalutazione per effetto della sospensione giudiziale della informativa, la prima classificata era sì *ex tunc* dotata di capacità a contrattare, ed il Rup/responsabile del servizio, tenendone conto, con il provvedimento impugnato in esito a specifica istruttoria (acquisizione della nota della seconda classificata del -OMISSIS- della Regione e di apposito parere della Commissione) ha ritenuto, comunque, inammissibile la sua offerta poiché contenente variante non consentita ed ha così disposto l’aggiudicazione in favore dell’-OMISSIS--OMISSIS- -OMISSIS-

2.2. Dal punto di vista del riparto delle competenze, diversamente da quanto prospettato nel primo motivo di ricorso, non vi è illegittimità.

È noto, infatti, che alla luce del disposto dall'art. 31 c.c.p. e dalle Linee Guida Anac n. 3, il Rup, vero "motore" della procedura selettiva (v. Ad. Plen. n. 36/2012), svolge sia compiti nella fase dell'affidamento, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti, tra cui verifica della documentazione amministrativa (e quindi la regolarità dell'invio dell'offerta rispetto delle disposizioni generali e speciali della legge di gara, la regolarità della documentazione, il possesso dei requisiti di partecipazione) con le correlate decisioni di soccorso/ammissione/esclusione, sia il controllo dell'attività della Commissione giudicatrice.

Nella specie, inoltre, ai compiti procedurali in capo l'-OMISSIS-. -OMISSIS- si sommano quelli provvedimentali, sicché rientrava certamente nella sua competenza ritenere "inaccettabile" l'offerta della -OMISSIS- discostandosi dalla valutazione espressa dalla Commissione.

2.3. -OMISSIS-ultimo motivo di ricorso, con cui la ricorrente contesta la valutazione della propria "proposta migliorativa" in termini di variante non consentita richiede la delimitazione della distinzione tra variante (non consentita) e miglioria (consentita).

È noto che la facoltà per le imprese di proporre variazioni migliorative, indispensabili sotto l'aspetto tecnico, incontra il limite intrinseco consistente nel divieto di alterare i caratteri essenziali, i cosiddetti requisiti minimi, della prestazione oggetto del contratto, in maniera da non modificare i profili strutturali, qualitativi, prestazionali o funzionali dell'opera o dei servizi, come definiti nel progetto posto a base di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1923).

Dunque, le soluzioni migliorative avanzabili si differenziano dalle varianti inammissibili perché le prime possono liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti lasciati aperti a diverse soluzioni dall'appaltante sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione; le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva disposizione contenuta nella disciplina di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un *aliud* rispetto a quella prefigurata dall'Amministrazione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873; Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 270; Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Tar Veneto, 481/2018; T.A.R. Puglia - Bari, sez. III, 21 febbraio 2018, n. 249; T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, 13 novembre 2017, n. 928; T.A.R. Umbria, sez. I, 6 ottobre 2017, n. 620).

"Le proposte migliorative consistono pertanto in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono -OMISSIS-

lavorazioni o s-OMISSIS-oli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste”.

In punto di fatto dall'istruttoria svolta emerge che:

- la documentazione di gara (v. bando-disciplinare) prevedeva: -) all'art. 1 quale oggetto dell'appalto *“l'affidamento dei lavori di Adeguamento strutturale antisismico della Scuola Primaria in -OMISSIS-meglio descritti negli elaborati tecnici componenti il progetto esecutivo e nel Capitolato Speciale d'Appalto”* -) all'art. 7.2 del bando in relazione all'offerta tecnica che *“In sede di offerta sono ammesse proposte migliorative del progetto a base di appalto, con le modalità di seguito indicate... -OMISSIS-offerta tecnica è deputata a permettere la valutazione della fattibilità delle proposte migliorative dell'operatore economico che partecipa alla gara, nonché il riconoscimento dei vantaggi derivanti da queste mediante il raffronto di tali proposte con le scelte del progetto esecutivo a base di gara”*. Essa dovrà essere accompagnata da una Relazione tecnico-descrittiva la quale doveva *I. evidenziare nel dettaglio le lavorazioni oggetto di miglioramento; II. rappresentare le proposte migliorative relativamente a tecniche costruttive, materiali e lavorazioni da utilizzare per la realizzazione dei lavori oggetto della gara, utilizzando: schemi, grafici, particolari costruttivi, schede tecniche, depliant, certificazioni ecc.; III. dimostrare dettagliatamente mediante raffronto con la progettazione posta a base di gara, che le proposte migliorative sono finalizzate a migliorare l'esecuzione dell'intervento, per dare le opere complete e funzionanti, dando un valore aggiunto allo stesso; IV. procedere al raffronto tra quanto proposto e quanto previsto nel progetto a base di gara, utilizzando schede tecniche, schemi di dettaglio, tabulati di raffronto sintetici, ect., evidenziando dettagliatamente quali siano i vantaggi delle proposte migliorative, anche alla luce della futura manutenzione e gestione delle opere a farsi; -)* all'art. 8.2. inerente i *“criteri di valutazione e metodo di attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica”* per il criterio 2 *“offerta metodologica”* il sub-criterio 2.2. *“Merito Tecnico: Proposte migliorative inerenti le tecniche costruttive, le caratteristiche funzionali, tecnologiche e prestazionali dell'opera di progetto a base di gara attraverso soluzioni tecniche atte a garantire la durabilità, la manutentibilità e la funzionalità nel tempo dell'intervento”*;
- il progetto esecutivo posto a base di gara (v. doc.1 depositato dalla p.a. resistente il -OMISSIS-) dopo avere descritto i lavori (art. 1.5) in termini di *“interventi sulle strutture, volti a ridurre la vulnerabilità sismica, e quindi ad aumentare la sicurezza strutturale esistente, sono da valutarsi nel quadro generale della conservazione e della funzione della costruzione. La scelta della strategia e*

della tecnica d'intervento, sono dipendenti dai risultati della precedente fase di valutazione. La struttura oggetto di intervento risulta essere una struttura mista formata da corpi strutturali differenti, in muratura e in c.a., giuntati tra loro. Per tutti i corpi strutturali, al fine di ottenere un adeguamento sismico della struttura si ritiene opportuno procedere con l'applicazione del sistema delle cuciture attive (CAM)..." prevede nel capitolo 8 "modo di esecuzione di ogni categoria di lavoro" la puntuale descrizione (punti 8.2.2) e 8.2.3) del Consolidamento con Cerchiaggio Attivo dei Manufatti (sistema CAM);

- il sistema Cam viene descritto anche nella relazione tecnica specialistica e nella relazione tecnica sui materiali ed individuato nell'elaborato grafico degli interventi strutturali di adeguamento sismico (v. tutti docc. depositati dalla p.a. resistente il -OMISSIS-) nonché nelle tavole sui particolari costruttivi (corpi in muratura) (v. doc. -OMISSIS- fasc. -OMISSIS-);

- la ricorrente ha proposto offerta tecnica prevedendo rinforzo strutturale FRP in luogo di quello Cam ritenuta dalla ctp depositata "miglioria proposta riguardate la scelta del materiale utilizzato per eseguire il rinforzo strutturale";

- la Commissione appositamente interrogata dal Rup ha affermato -) nella nota del -OMISSIS- che tale soluzione tecnica costituiva diversa soluzione tecnica migliorativa e compatibile con finalità e scopo del progetto e non variante strutturale non autorizzata tale da stravolgere finalità e contenuti del progetto; -) nella nota del 16.1.2020 ha confermato la suddetta valutazione di proposta tecnica migliorativa pur condividendo con la nota della Regione Calabria del 2.12.2019 che essendo "soluzione tecnologica differente da quella autorizzata relativamente ad aspetti strutturali dovrà essere oggetto di valutazione tecnica da parte del settore 2 della Regione Calabria mediante l'invio di apposito progetto di variante strutturale".

Premette il Tar che, seppur elemento da vagliare, non effettivamente dirimente sia la circostanza che il settore 2 del Dipartimento 6 della Regione (ex genio civile) richiedesse per soluzioni tecniche differenti da quelle del progetto esecutivo la necessità di nuova autorizzazione sismica.

Il parametro, infatti, cui correlare la distinzione migliorativa/variante non sta nelle autorizzazioni al progetto, quanto alla documentazione di gara: più volte ha chiarito la giurisprudenza del Giudice di Appello che la necessità di nuovi titoli abilitativi non è di per sé indice di qualificazione dell'intervento in termini di variante inammissibile piuttosto che di proposta migliorativa ammissibile (cfr. Cons. Stato, V, 14 maggio 2018, n. 2853 e Cons. Stato 282/2021).

Ancora la sussistenza del progetto esecutivo non comporta per definizione la improponibilità di varianti migliorative, posto che "in ogni caso, a prescindere dalla espressa previsione di varianti progettuali in sede di bando, deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta

economicamente più vantaggiosa che, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, è consentito alle imprese di proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis onde non ledere la par condicio” (Cons. Stato, V, -OMISSIS- dicembre 2015, n. 5655).

Ciò detto, deve riportarsi quanto concluso dall’organo verificatore, all’esito dell’esame degli atti di gara, della illustrazione dei sistemi di rinforzo CAM ed FRP nel rinforzo delle strutture in calcestruzzo armato ed in muratura e della differenze nelle modalità di applicazione.

-OMISSIS-ausiliario del Tribunale ha affermato in sede conclusiva che:

- *“i sistemi di rinforzo locale costituiscono un’efficace soluzione per il miglioramento sismico delle strutture in calcestruzzo armato sia in termini di resistenza sia in termini di duttilità;*
 - *l’utilizzo del sistema di rinforzo FRP in luogo del sistema CAM previsto nel progetto esecutivo costituisce una soluzione tecnica che non incide sulla risposta della struttura né sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara;*
 - *i due sistemi di rinforzo consentono di raggiungere le stesse prestazioni meccaniche dell’elemento rinforzato per soddisfare i requisiti richiesti in termini di resistenza e duttilità;*
 - *l’utilizzo del sistema in FRP in luogo del sistema CAM investe solo -OMISSIS- lavorazioni connesse alla diversa tecnologia dei due sistemi (materiali, modalità di messa in opera);*
 - *l’utilizzo degli FRP offre significativi vantaggi dal punto di vista dei tempi di costruzione, della facilità di esecuzione e, soprattutto, della durabilità nel tempo e della ridotta influenza sulla massa originaria. Le lavorazioni necessarie per l’applicazione del sistema di rinforzo in FRP non prevedono interventi che possono, se non correttamente eseguiti, danneggiare le parti strutturali da rinforzare rendendo poco efficace il rinforzo;*
 - *la proposta della ricorrente (-OMISSIS- -OMISSIS--OMISSIS-.) è stata avanzata nel rispetto delle indicazioni riportate negli artt. 7.2 ed 8.2 del bando di gara. In particolare, la proposta soddisfa i criteri stabiliti nell’art. 8.2 per l’Offerta metodologica (in particolare punti 2.2. e 2.3);*
- Nel caso in esame l’utilizzo del sistema FRP, tecnologicamente diverso dal sistema CAM, non modifica la risposta globale della struttura rinforzata, poiché in grado di fornire requisiti meccanici almeno uguali a quelli del sistema CAM;*
- *si ritiene pertanto che la proposta della ricorrente (-OMISSIS-) di realizzare il rinforzo delle strutture in calcestruzzo armato previsto nel progetto a base di gara, con il sistema FRP in sostituzione del sistema CAM, non modifica il comportamento globale delle strutture rinforzate nei*

riguardi della vulnerabilità sismica e quindi costituisce una miglioria tecnica consentita in base a quanto previsto dagli artt. 7.2 ed 8.2 del Bando Disciplinare di Gara”.

Il Tar fa proprie le conclusioni del verificatore stante la completezza nella raccolta dei dati di base e nella coerenza delle conclusioni raggiunte sicchè illegittima deve dirsi la declaratoria di inammissibilità dell’offerta della prima classificata e di conseguenza l’aggiudicazione in favore della seconda.

3. A tale conclusione di fondatezza del ricorso consegue la necessità per il Collegio di tornare alla questione preliminare e, dunque, di verificare la sussistenza dell’interesse della ricorrente a fronte della subita interdittiva e del sopraggiunto controllo giudiziario.

Questo Tar ben conosce la giurisprudenza che si è espressa sinora sulla non retroattività degli effetti derivanti dall’ammissione del controllo giudiziario (v. Consiglio di Stato n. 3268/2018; Tar Basilicata n. 482/2018; Tar Reggio Calabria n. 643/18; Tar Napoli 805 e 5690/2020; Tar Salerno n. 1530/2020 la cui motivazione è sul tema la più approfondita e che ha però trovato riforma da parte del Cons. Stato n. 4619/2021).

La regola affermata dalla giurisprudenza della irretroattività dell’efficacia del controllo giudiziario ha, nel suo essere netta, gli indubbi pregi della chiarezza e del porre in primo piano l’interesse pubblico alla speditezza e certezza della contrattazione pubblica.

-OMISSIS-aderenza a tale conclusione, in uno alla necessaria persistenza dei requisiti nella procedura di evidenza (v. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8/2015), determinerebbe nella fattispecie in esame in via tranciante la declaratoria di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, non avendo la ricorrente mantenuto in via persistente il requisito di moralità nell’intero corso della procedura di evidenza.

Ritiene, tuttavia, il Collegio che la questione meriti una ulteriore riflessione, per appurare se la suddetta irretroattività sia, effettivamente, regola assoluta.

È bene, anzitutto, precisare che non viene in alcun modo in discussione il principio secondo cui il decreto ex art. 34 *bis* d.lgs. n. 159/20-OMISSIS- non modifica il giudizio in ordine alla sussistenza dei pericoli di *infiltrazione*: esso senza dubbio “*non costituisce un superamento dell’interdittiva, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza*” (v. Cons. Stato, n. 6377/2018; Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2018, n. 3268 e cfr. Cass. Pen. nn. 39.412 e 27.856 del 2019 che escludono che il controllo abbia la conseguenza di vanificare il provvedimento definitivo dell’informazione e che sia strumento alternativo di impugnazione) e, ove nelle more del giudizio amministrativo, il Tribunale della prevenzione rigettasse l’istanza di controllo per evidente esclusione del requisito della

occasionalità, tale elemento costituirebbe ulteriore riscontro della legittimità dell'informativa nel giudizio amministrativo (così Tar Napoli sent. n. 6659/2018).

Ciò di cui si dubita è che il sopraggiungere del provvedimento di ammissione al controllo giudiziario possa avere in via assoluta effetti favorevoli solo per gli atti amministrativi ad esso successivi (limitando in questa sede l'analisi, per questione di rilevanza, ai soli atti contrattuali).

La questione dubitativa sorge, evidentemente, per effetto della scarsa puntualità delle norme che hanno introdotto e regolato l'istituto.

Di tali disposizioni, come si ricorderà, non a caso, da tempo gli interpreti hanno evidenziato la trascuratezza della regolazione dei rapporti tra giudizio amministrativo e procedimento di prevenzione, mancanza che ha portato Giudici penali e Giudici amministrativi ad intervenire per via interpretativa per configurare un coordinamento, divenuto indispensabile in ragione della ormai una larga applicazione dell'istituto.

Venendo alla specifica questione delle conseguenze dell'ammissione al controllo giudiziario sulle procedure contrattualistiche pubbliche, essa deve essere verificata tenendo conto della lettera della legge, della *ratio* dell'istituto del controllo e degli interventi giurisprudenziali.

3.1. In punto di *littera legis*, laconicamente il comma 7 dell'art. 34 *bis* cod. antim. prevede che *“Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del comma 6 del presente articolo sospende gli effetti di cui all'articolo 94”* cod. antim. il quale, come noto, prevede, a sua volta, il divieto per le appaltanti di stipulare/approvare/autorizzare i contratti con imprese interdette ed obbliga al recesso dal contratto con esse stipulato (salvo la facoltà per la p.a. di non recedere per garantire l'interesse pubblico all'esaustiva esecuzione dell'appalto, con finalità analoga a quella del commissariamento prefettizio ex art. 32 co. 10 d.l. n. 90/14).

Il Legislatore, ancora, nel 2019 ha sentito la necessità di intervenire in via additiva per congelare espressamente gli effetti dell'interdittiva in conseguenza dell'ammissione al controllo giudiziario anche nella fase della partecipazione delle gare pubbliche, prevedendo all'art. 80 co. 2 c.c.p., di seguito alla enunciazione dell'essere il provvedimento prefettizio motivo di esclusione, che *“Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 20-OMISSIS-, n. 159”*.

Tale formulazione, si badi, ha formula più generica della analoga previsione di inoperatività del motivo di esclusione previsto per le imprese sottoposte a confisca e sequestro in cui è chiara la lettera della legge nel riconoscere la sterilizzazione del motivo di esclusione solo alle imprese già sottoposte alla misura giudiziaria (*“aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ed*

affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento”).

Ci si deve, allora chiedere se la novella, giustificata dalla relazione illustrativa con la necessità del “*coordinamento con le norme del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo n. 159 del 20-OMISSIS-*”, con tale formulazione non voglia lasciare una *chance* favorevole all’impresa che abbia ottenuto la misura della “bonifica” durante la gara pubblica.

3.2. In punto di *ratio legis* va, poi, rammentato che il controllo giudiziario è istituito di sostegno previsto dall’ordinamento per l’imprenditore che sia marginalmente toccato dai *clan* e che individualmente (specie in realtà piccole e contaminate e ad economia scarsa) non sia in grado di reagire alla criminalità, sostegno costituito da un percorso imprenditoriale sorvegliato dall’amministratore giudiziale, finalizzato alla sua bonifica.

-OMISSIS-istituto va, però, coordinato con gli altri con cui esso si correla e, di conseguenza risulta necessario porre in evidenza i confliggenti interessi in gioco evincibili nell’incontro delle norme sulla contrattualistica con quelle del codice antimafia:

- i plurimi interessi pubblici (anche non convergenti) -) alla stipula del contratto con soggetto meritevole di fiducia in quanto non interessato da fenomeni di infiltrazione mafiosa, -) alla stipula del contratto con il migliore offerente, -) alla certezza del soggetto contraente, -) alla stipula nei tempi ristretti di cui all’art. 32 c.c.p.;

- l’interesse dell’impresa concorrente a quella interdetta a conservare gli effetti degli atti della stazione appaltante sfavorevoli a quest’ultima ex art. 94 cod.antim./e di quelli conseguenti a sé favorevoli;

- l’interesse dell’impresa interdetta ed ammessa al controllo a conservare i provvedimenti di evidenza pubblica/ contrattuale a lei favorevoli/ reagire a quelli sfavorevoli comminati prima dell’ammissione al controllo giudiziario, interesse che in realtà piccole e contaminate e ad economia scarsa può coincidere con quello alla sopravvivenza dell’impresa (sottolinea tale aspetto la Corte di Cassazione nella sentenza n. 27856/2019 che afferma che la *ratio* dell’istituto sia “*quella di consentire, a mezzo di specifiche prescrizioni e con l’ausilio di un controllore nominato dal Tribunale, la prosecuzione dell’attività di impresa nelle more della definizione del ricorso amministrativo al fine di evitare, in tale lasso di tempo, la decozione dell’impresa che, privata di commesse pubbliche e/o di autorizzazioni essenziali per la prosecuzione della propria attività, potrebbe subire conseguenze irreparabili a causa della “pendenza” del provvedimento prefettizio*”)

coincidente con quello pubblico (per come osservato dal Cons. St. n. 4619/2021) alla forza lavoro ivi impiegata.

3.3. In punto, invece, di interventi giurisprudenziali sul tema risulta utile inquadrare i precedenti giurisprudenziali che hanno applicato la regola della irretroattività del 34 *bis* cod. antim. nelle relative fattispecie per comprendere esattamente la portata delle relative affermazioni:

- la sentenza del Consiglio di Stato n. 3268/2018, costantemente richiamata per il principio della irretroattività degli effetti del 34 *bis* cod. antim., non si occupa, in verità, di fattispecie contrattuale interessata dagli effetti del sopravvenire di tale istituto, ma, piuttosto, afferma la carenza di interesse all'appello proposto dall'impresa seconda classificata in quanto la concorrente appellata nelle more era stata colpita da interdittiva da cui era conseguito atto di esclusione dalla procedura *non impugnato* con derivata incapacità a contrattare senza che potesse rilevare il sopraggiunto provvedimento ex art. 34 *bis* cod. antim.;

- la sentenza del Tar Basilicata n. 482/2018 ha rigettato l'impugnazione di esclusione di impresa destinataria di interdittiva e poi ammessa al controllo giudiziario sull'assunto che esso opera favorevolmente "sottoposte" al controllo giudiziario prima della scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte, e non anche a quelle, attinte dall'informativa antimafia prima o durante il procedimento di evidenza pubblica in fattispecie, però, antecedente alla ricordata previsione introdotta dal d.l. n. 32/19 dell'art. 80 co. 2 c.c.p. di congelamento del motivo di esclusione per l'intervento del 34 *bis* cod. antimafia, facendo, dunque, applicazione analogica dell'art. 80 co. - OMISSIS- c.c.p. riguardante le "*aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento*";

- la sentenza del Tar Reggio Calabria n. 643/18 ha rigettato il ricorso di impresa in controllo che richiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di altra impresa adottata in esito a scorrimento graduatoria per effetto del riscontro della sua sottoposizione ad interdittiva, invocando gli effetti favorevoli del sopraggiunto controllo ex art. 34 *bis* cod. antim.. Il Tribunale reggino ha in proposito escluso che l'ammissione al controllo possa "*retroagire fino a travolgere gli atti legittimamente adottati dall'amministrazione quale automatica e doverosa conseguenza dell'informativa interdittiva intervenuta a carico dell'originaria aggiudicataria*";

- le sentenze del Tar Napoli nn. 805 e 5690/2020 hanno affermato la legittimità delle comminate esclusioni, rispettivamente nei due diversi momenti di valutazione delle offerte e di controllo dei requisiti dell'aggiudicataria, escludendo che si possa riconnettere alla misura dell'ammissione al controllo giudiziario l'obbligo della Amministrazione aggiudicatrice di annullare la precedente

esclusione e riammettere alla gara il partecipante, tanto meno di ritirare gli atti che conseguono alla disposta esclusione e, segnatamente, l'aggiudicazione disposta successivamente in favore di un altro operatore economico;

- la sentenza del Tar Salerno n. 1530/2020 ha accolto l'impugnazione dalla impresa prescelta come nuova contraente per effetto di scorrimento di graduatoria avverso la determinazione della appaltante della revoca del suo recesso dal contratto stipulato e comminato per interdizione della originaria contraente. Tale pronuncia, pur completa e pregevole nella motivazione, è stata, tuttavia, riformata dal Consiglio di Stato (n. 4619/2021) alla luce dell'essere la fattispecie relativa alla fase di esecuzione del contratto ormai concluso e non della fase di affidamento, con conseguente difetto di incertezza della p.a. nell'individuazione del contraente e della insussistenza di posizione di legittima aspettativa giudizialmente tutelabile della controinteressata.

Il Giudice di appello ha, dunque, ammesso (ove in concreto possibile) l'applicazione degli effetti favorevoli dell'istituto di cui all'art. 34 *bis* cod. antimafia sugli atti contrattuali della *fase successiva alla stipulazione* del contratto.

La rassegna delle altre sentenze evidenzia che le -OMISSIS- fattispecie condizionano spesso la conclusione di inapplicabilità retroattiva del 34 *bis* cod. antim. passando per la mancata impugnazione di atti sfavorevoli, per il momento in cui gli atti espulsivi vengono emanati dalla appaltante e per la presenza di situazioni tutelate di controinteresse.

Ebbene, ritiene, allora, il Collegio che alla luce del dato normativo e dello scopo del controllo giudiziario la retroattività degli effetti dell'interdittiva possa predicarsi oltre che per la fase successiva all'esecuzione, per come affermato dal Giudice di appello, anche per la *fase antecedente la verifica dei requisiti in esito all'aggiudicazione*.

Ove l'impresa concorrente sia colpita da interdittiva l'esclusione può essere effettivamente congelata dall'intervento del controllo giudiziario (a volte anteceduto dalla sospensione degli effetti dell'interdittiva nelle more della decisione del controllo) se sopraggiunto *anteriormente al momento di verifica dei requisiti* in capo all'aggiudicatario.

In tale fase, infatti, -) non vi sono controinteressati in senso tecnico, -) l'incertezza della stazione appaltante è tollerabile non ricadendo ancora sul futuro contraente ed, anzi, verrebbe meno il problema delle ricadute nella procedura contrattuale dei possibili diversi orientamenti di Giudice di primo e secondo grado sulla legittimità dell'interdittiva, e -) non vi è ricaduta negativa sulla str-OMISSIS-ente tempistica dei contratti pubblici.

Ragionando in tal senso, inoltre, si dà all'impresa – diligente nell'impugnare l'interdittiva e nel “presentare le sue carte” al Giudice della prevenzione per verificare che il condizionamento della

criminalità sia stato marginale – spessissime volte per esserne stata per lo più vittima - quell’ancora di salvezza di legalità/sopravvivenza che il controllo giudiziario mira a tutelare.

La deroga alla necessità della persistente possidenza dei requisiti in capo alla partecipante sarebbe logica ed eccezionale conseguenza dell’istituto del controllo giudiziario deroga espressamente ammessa dal Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 4619/2021 secondo cui *“La sospensione degli effetti di cui all’art. 94, che caratterizza la fattispecie, ha natura eccezionale, espressamente derogando al generale principio secondo cui i requisiti di capacità dell’impresa devono permanere per tutta la durata dell’appalto”*.

D’altro canto, tale incertezza è fisiologica nel sistema delle gare pubbliche in cui 1) l’ammissione legata al riscontro dei requisiti generali è affidata alle autocertificazione con effettiva verifica postuma da parte dell’Amministrazione per rendere efficace l’aggiudicazione definitiva, 2) nei contratti sottosoglia e nei settori speciali la stazione appaltante disamina le offerte tecniche ed economiche prima di effettuare la verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 c.c.p., 3) l’art. 92 del cod.antimafia prevede che, trascorsi 30 giorni dalla consultazione della banca dati ove non sia stata rilasciata l’informativa dal Prefetto, ovvero, nei casi di urgenza, immediatamente, le appaltanti possano procedere alla stipula del contratto apponendo la condizione risolutiva per l’ipotesi di esito negativo della verifica prefettizia 4) in via transitoria l’articolo 8, comma 1, lett. a) del d.l. 76/2020 consente l’esecuzione anticipata in via d’urgenza nelle more delle verifiche dei requisiti del contratto ai sensi dell’articolo 32, comma 8 c.c.p..

Al di fuori da tale eccezionale individuata ipotesi (controllo sopraggiunto anteriormente alla verifica dei requisiti in capo all’aggiudicataria) sarà nella discrezionalità della p.a. in base alle fattispecie concrete (ad es. insussistenza di altri concorrenti ammessi e del tipo di contratto) determinarsi se attendere la decisione del Giudice della prevenzione ove l’aggiudicataria abbia dato prova dell’impugnazione dell’interdittiva e della presentazione dell’istanza ex art. 34 *bis* cod.antim. Tale decisione sarà, invero, difficilmente adottabile in presenza di ulteriori concorrenti e certamente da escludere laddove la durata del contratto sia inferiore al tempo massimo del controllo giudiziario (3 anni).

La conclusione raggiunta pare coerente, infine, con l’ormai stabilizzato orientamento del Consiglio di Stato favorevole alle imprese “controllate” di concessione di rinvio della decisione sull’impugnazione dell’interdittiva per il periodo di durata del procedimento ex art. 34 *bis* cod. antimafia al fine di non determinare la fine anticipata del percorso di bonifica (v. in proposito tra le altre, Cons. St. n. 5134/2021 e ord. Tar Catanzaro, n. 358/2019).

Applicando quanto detto nel caso di specie si ha -) che l'impresa ha diligentemente impugnato l'interdittiva e la conseguente prima revoca dell'aggiudicazione del Comune di Cassano del -OMISSIS-(v. motivi aggiunti nel ricorso n. -OMISSIS-) ottenendone la sospensione (dal G.a. prima e con il controllo poi) -) nella conseguita rivalutazione delle offerte ha reagito all'altrui aggiudicazione del -OMISSIS- adottata, non per incapacità a contrattare *sub iudice*, ma per la ritenuta inammissibilità della sua offerta per variante non consentita, la quale risulta illegittima per i motivi precedentemente espressi, -) che da tale illegittimità consegue che, in quanto migliore offerente dotata dei requisiti per effetto del controllo, debba essere destinataria dell'aggiudicazione e sottoposta da parte dell'appaltante a nuova verifica dei requisiti avendo attuale capacità a contrattare per effetto dell'ammissione al controllo giudiziario del -OMISSIS-.

Non osta all'affidamento la durata del controllo atteso che il bando ha previsto una durata del contratto di 6 mesi dalla consegna dei lavori.

4: All'accoglimento della domanda di annullamento dell'altrui aggiudicazione, essendo la ricorrente la prima classificata deve conseguire l'accoglimento della domanda "in forma specifica".

Ai sensi dell'art. 124 c.c.p. va, allora, disposta l'aggiudicazione in favore della ricorrente, e la conseguente stipula del contratto (non ancora avvenuta) in suo favore, fatti salvi i controlli dei requisiti da parte dell'appaltante nei suoi confronti.

5. Le spese di lite in ragione della notevole complessità della questione in fatto e diritto vanno compensate, anche in relazione al compenso del verificatore (da liquidare con separato decreto e da porre a carico di tutte le parti nella misura del 33,3% con solidarietà verso il verificatore).

Il contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 co. 6 bis.1 TUSG, è, tuttavia, interamente dovuto dalle soccombenti Amministrazione resistente ed -OMISSIS-controinteressate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, così provvede:

1) In accoglimento del ricorso,

- annulla l'atto di aggiudicazione di cui alla determinazione n. -OMISSIS-del Comune di Cassano allo Ionio;

- dispone l'aggiudicazione in favore della -OMISSIS-, salvo l'esito dei controlli di cui all'art. 32 c.c.p.;

2) Compensa tra le parti le spese di lite;

3) Pone a carico di Amministrazione e società controinteressata, in solido tra loro, il rimborso del contributo unificato a favore della società ricorrente.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la società ricorrente.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesca Goggiamani, Referendario, Estensore

Domenico Gaglioti, Referendario

L'ESTENSORE

Francesca Goggiamani

IL PRESIDENTE

Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO

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