

APPALTI: Gara - Esclusione - Riferimento alla adozione di due interdittive antimafia - Impresa ammessa al controllo giudiziario ex art. 34 bis, D.Lgs. n. 159/2011 - Illegittimità - Provvedimento di ammissione al controllo giudiziario adottato nelle immediatezze della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara - Irrilevanza.

Tar Campania - Napoli, Sez. V, 9 maggio 2022, n. 3143

“[...] In tema di appalti pubblici, l’art. 80, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 assegna rilievo ostativo al provvedimento interdittivo prefettizio che attesti l’esistenza di tentativi di condizionamento criminale degli operatori economici e, inoltre, l’art. 94 del D.Lgs. n. 159/2011 inibisce in tali casi la stipulazione dei contratti con le amministrazioni pubbliche. Ne consegue che l’adozione di informative ex art. 92 del Codice Antimafia comporta il venir meno di un requisito di partecipazione e l’obbligo della stazione appaltante di escludere l’operatore economico che ne sia stato attinto [...]

A fronte di tale pacifica regola, l’art. 34 bis, comma 7, del D.Lgs. n. 159/2011 prevede che l’ammissione alla misura del controllo giudiziario sospende gli effetti di cui all’art. 94 del medesimo codice, ovvero il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa ha peraltro posto in evidenza la natura costitutiva del provvedimento che dispone l’ammissione al controllo giudiziario: difatti, l’istituto attribuisce all’operatore economico una nuova e più ampia capacità giuridica, rispetto a quella di cui lo stesso fruiva in regime di interdittiva antimafia [...].

Una simile conclusione, peraltro, è coerente con la conformazione e la finalità dell’istituto del controllo giudiziario, il quale non ha effetto caducante sulla interdittiva antimafia – la cui esistenza, al contrario, necessariamente presuppone – ma determina solo la sospensione delle conseguenze inibitorie per tutto il periodo di durata della misura.

Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso in esame, va rilevato che non assumono rilievo ostativo ai fini della partecipazione alla procedura di gara né la circostanza che il provvedimento di ammissione al controllo giudiziario risulti emesso in tempo ravvicinato rispetto alla scadenza del termine di partecipazione alla procedura, né la mancata prova circa la proposizione di “opposizione alla pronuncia del TAR Piemonte in ordine alla legittimità del provvedimento interdittivo emesso dalla Prefettura di Alessandria in data 12.06.2020” [...].”

FATTO e DIRITTO

E’ impugnato il provvedimento in epigrafe recante esclusione dalla procedura di gara indetta dall’A.S.L. Caserta per l’affidamento triennale del servizio di accalappiamento e trasporto dei cani,

animali senza padrone e selvatici, nonché rimozione delle carcasse presenti in luogo pubblico, con scadenza del termine di presentazione delle offerte inizialmente fissato alla data dell'11.11.2021, successivamente differito al 21.12.2021.

Nello specifico, l'amministrazione appaltante ha ritenuto ostativa l'adozione nei confronti della impresa ricorrente di n. 2 interdittive antimafia emesse, rispettivamente, dal Prefetto di Alessandria il 12.6.2020 e dal Prefetto di Napoli il 19.5.2021, oggetto di annotazione sul casellario informatico Anac, per le quali, tuttavia, l'impresa è stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34 bis del D.Lgs. n. 159/2011 con provvedimento del Tribunale di Napoli – Sezione Misure di Prevenzione del 28.10.2021 per la durata di anni 1 mesi 6 conseguendo, inoltre, l'iscrizione alla c.d. "white list" della Prefettura di Napoli per i servizi di autotrasporto per conto terzi ed ambientali.

Al riguardo, l'A.S.L. ha ritenuto sussistente la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 (gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico) con le seguenti argomentazioni: I) l'ammissione al controllo giudiziario sarebbe avvenuta in un tempo estremamente ravvicinato rispetto alla scadenza del termine di partecipazione e, dunque, non dispiegherebbe i propri effetti sulla procedura *de qua*; II) l'operatore non avrebbe comunicato l'adozione di misure di *self cleaning* volte ad escludere eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa; III) l'impresa non avrebbe comprovato "*l'eventuale opposizione alla pronuncia del T.A.R. Piemonte in ordine alla legittimità del provvedimento interdittivo emesso dalla Prefettura di Alessandria*"; IV) sul casellario informatico Anac è tuttora presente l'annotazione riferita alle predette interdittive.

Avverso tale provvedimento insorge la società ricorrente deducendo violazione di legge ed eccesso di potere sotto distinti profili lamentando, in estrema sintesi, che l'amministrazione si sarebbe indebitamente discostata dalle valutazioni dei giudici penali di ammissione al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34 bis del D.Lgs. n. 159/2011, attribuendo alle interdittive antimafia un valore inibitorio ai fini della partecipazione alla procedura selettiva, sia pure per il tramite del peso ostativo assegnato all'assenza di condotte dissociative e alla carenza, non altrimenti motivata, dei requisiti di affidabilità ed integrità ex art. 80, comma 5, lett. c) del Codice degli appalti pubblici.

Resiste in giudizio l'amministrazione sanitaria che controdeduce nel merito e chiede il rigetto del gravame.

Alla camera di consiglio del 26.4.2022 fissata per l'esame della domanda cautelare, la Sezione si è riservata di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, essendo integro il contraddittorio, sufficientemente istruita la causa e sussistendo i presupposti di legge.

Il ricorso è fondato.

In tema di appalti pubblici, l'art. 80, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 assegna rilievo ostativo al provvedimento interdittivo prefettizio che attesti l'esistenza di tentativi di condizionamento criminale degli operatori economici e, inoltre, l'art. 94 del D.Lgs. n. 159/2011 inibisce in tali casi la stipulazione dei contratti con le amministrazioni pubbliche. Ne consegue che l'adozione di informative ex art. 92 del Codice Antimafia comporta il venir meno di un requisito di partecipazione e l'obbligo della stazione appaltante di escludere l'operatore economico che ne sia stato attinto (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 628/2020 e n. 805/2020).

A fronte di tale pacifica regola, l'art. 34 bis, comma 7, del D.Lgs. n. 159/2011 prevede che l'ammissione alla misura del controllo giudiziario sospende gli effetti di cui all'art. 94 del medesimo codice, ovvero il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa ha peraltro posto in evidenza la natura costitutiva del provvedimento che dispone l'ammissione al controllo giudiziario: difatti, l'istituto attribuisce all'operatore economico una nuova e più ampia capacità giuridica, rispetto a quella di cui lo stesso fruiva in regime di interdittiva antimafia (T.A.R. Lazio, Roma, n. 3054/2022 secondo cui "*... se è vero che l'ammissione al controllo giudiziario sospende gli effetti dell'interdittiva, riespandendo la capacità a contrarre dell'operatore economico che ne risulti beneficiario, deve però rimarcarsi che ciò avviene proprio in ragione, e quale conseguenza, della sottoposizione dell'impresa alle regole proprie dell'istituto di cui al richiamato articolo 34 bis*").

Una simile conclusione, peraltro, è coerente con la conformazione e la finalità dell'istituto del controllo giudiziario, il quale non ha effetto caducante sulla interdittiva antimafia – la cui esistenza, al contrario, necessariamente presuppone – ma determina solo la sospensione delle conseguenze inibitorie per tutto il periodo di durata della misura.

Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso in esame, va rilevato che non assumono rilievo ostativo ai fini della partecipazione alla procedura di gara né la circostanza che il provvedimento di ammissione al controllo giudiziario risulti emesso in tempo ravvicinato rispetto alla scadenza del termine di partecipazione alla procedura, né la mancata prova circa la proposizione di "*opposizione alla pronuncia del TAR Piemonte in ordine alla legittimità del provvedimento interdittivo emesso dalla Prefettura di Alessandria in data 12.06.2020*".

In senso contrario, giova rilevare che, come dedotto dalla istante, già al momento della presentazione dell'offerta (con scadenza dapprima fissata all'11.11.2021 e successivamente differita al 21.12.2021), la società ricorrente risultava sottoposta al controllo giudiziario ex art. 34 bis, disposto con decreto del Tribunale di Napoli n. 225 del 28.10.2021 che, per quanto rileva nel presente giudizio, riguardava entrambe le interdittive riportate in atti (la prima emessa dal Prefetto

di Alessandria in data 12.6.2020 e la successiva adottata dal Prefetto di Napoli il 19.5.2021); ai fini della risoluzione del presente giudizio, giova ribadire che l'ammissione alla misura del controllo giudiziario vale di per sé ad elidere l'effetto escludente delle misure interdittive.

Depurata la valutazione espulsiva dalla rilevanza preclusiva degli atti prefettizi, si palesa generica e non adeguatamente argomentata la rappresentata carenza di affidabilità ed integrità dell'operatore ricorrente ex art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, come argomentata nel provvedimento impugnato (*"... le surriferite circostanze di cui alle informative antimafia sono riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. 'c' del D.lgs. 50/2016, quale causa di esclusione di un operatore economico dalla procedura d'appalto per la carenza del requisito di integrità ed affidabilità giusta p.v. n. 4 del 31.01.2022 del Seggio di gara"*). Difatti, pur avendo l'onere di adeguata, ponderata e congrua motivazione circa l'individuazione in concreto di fattispecie riconducibili a gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente, l'amministrazione si è limitata al mero richiamo alla pendenza dei citati provvedimenti interdittivi prefettizi la cui efficacia impeditiva ai fini della partecipazione alla procedura selettiva, come si è visto, è stata sospesa per effetto dell'ammissione al controllo giudiziario.

Neppure gli ulteriori rilievi ostativi adottati dalla stazione appaltante resistono alle censure articolate dalla parte ricorrente, atteso che: I) non vi era la necessità di adozione di misure di *self cleaning* ai sensi dell'art. 80, comma 7, del medesimo decreto (secondo cui l'operatore *"che si trovi in una delle situazioni di cui ...al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti"*) giacché tali accorgimenti hanno l'obiettivo di consentire la partecipazione alle imprese che si siano ravvedute riguardo agli illeciti professionali incidenti sulla integrità ed affidabilità dell'operatore ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. 'c' del D.Lgs. n. 50/2016 e abbiano posto in essere comportamenti atti a evitare che tali situazioni ricapitino in futuro, di talché in assenza di tali rilievi professionali – come nel caso in esame – non vi è ragione di pretendere l'adozione di strumenti dissociativi; II) in riferimento alla dedotta annotazione delle interdittive antimafia nel casellario informatico Anac, si è visto che la rilevanza preclusiva degli atti prefettizi è stata emendata dall'ammissione al controllo giudiziario e, peraltro, l'esponente ha documentato l'iscrizione – conseguente al predetto beneficio – nella c.d. *"white list"* ai sensi dell'art. 1, comma 52, della L. n. 190/2012 e dell'art. 2 comma 2, del D.P.C.M. 18 aprile 2013 (Modalità per l'istituzione e l'aggiornamento degli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 1, comma 52, della legge 6 novembre 2012, n. 190) che

postula una verifica preventiva circa l'assenza di concreti rischi di permeabilità criminale, quantomeno durante il periodo di efficacia del controllo giudiziale.

In conclusione, richiamate le svolte considerazioni, il ricorso va accolto con annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione e conseguente riammissione alla gara della società istante.

In applicazione del criterio della soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c. l'amministrazione soccombente va condannata al pagamento delle spese di giudizio in favore della società ricorrente nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna l'A.S.L. Caserta al pagamento delle spese di giudizio in favore della società ricorrente che liquida in € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge e al rimborso del contributo unificato.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, 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 le persone fisiche e giuridiche citate nel presente provvedimento.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere

IL SEGRETARIO

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