



DELIBERA N. 87

8 marzo 2023

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dal Consorzio di Bonifica Est Ticino Villorosi – Lavori di costruzione di una vasca di laminazione delle piene del torrente Molgora in Comune di Carnate (MB) - Importo a base di gara: 7.083.509,10 euro - S.A.: Consorzio di Bonifica Est Ticino Villorosi

UPREC/PRE/0390/2023/PREC/L

Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 80, comma 2.

D.lgs. n. 159/2011, art. 84, comma 4.

Parole chiave

Causa di esclusione – Interdittiva antimafia

Massima

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Esclusione – Motivi – Tentativi di infiltrazione mafiosa - Interdittiva antimafia – E' necessaria

L'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 va interpretato nel senso che, ai fini dell'esclusione, è necessario che sia stata rilasciata dal Prefetto un'informazione interdittiva.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 8 marzo 2023

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 266 del 25 gennaio 2023, con la quale il Consorzio di Bonifica Est Ticino Villorosi ha chiesto all'Autorità di esprimere parere in ordine alla possibile esclusione dalla gara in epigrafe del costituendo [OMISSIS] per integrazione, in capo alla mandante [OMISSIS] della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016;

Vista la ricostruzione della vicenda, che ha visto la stessa [OMISSIS] informare la stazione appaltate, nel corso della gara, dell'avvenuta adozione, nei propri confronti, della misura dell'amministrazione giudiziaria prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 159/2011 (Codice antimafia), da parte del [OMISSIS] Sezione Autonoma Misure di Prevenzione. Il Consorzio, ritenendo che i fatti accertati dal [OMISSIS] potessero integrare una delle condizioni di fatto che, ai sensi dell'art. 80, comma 2, preclude la partecipazione alle gare pubbliche, nonostante la [



OMISSIS]non sia mai stata attinta da un'informativa antimafia interdittiva, ha avviato il procedimento per la revoca dell'ammissione e la conseguente esclusione dalla gara del costituendo RTI. La forte contrarietà all'esclusione espressa anche dagli amministratori giudiziari nominati dal Tribunale ha indotto la stazione appaltante a coinvolgere l'Autorità ai fini di una più compiuta istruttoria del procedimento;

Viste le perplessità espresse della stazione appaltante, riguardanti, in primo luogo, la portata applicativa dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016. Ad avviso del Consorzio, la formulazione letterale del comma in questione - che nel definire la condizione di esclusione dalla gara richiama il solo comma 4 dell'art. 84 d.lgs. n. 159/2011 che, a sua volta, elenca i casi da cui sono desumibili le situazioni relative a tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva - potrebbe fare ritenere sufficiente, ai fini dell'integrazione della causa di esclusione, l'accertamento della sussistenza di una delle situazioni di fatto descritte dal legislatore, senza che debba essere necessariamente adottato un provvedimento prefettizio interdittivo, a cui il Codice dei contratti non fa alcun espresso riferimento. Una interpretazione in questo senso, secondo l'istante, consentirebbe di ritenere che la [OMISSIS]al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, era priva del discusso requisito di partecipazione, poiché, dal quadro probatorio presentato a corredo del decreto del [OMISSIS], risulterebbe che, nel periodo di interesse, l'impresa era soggetta a un tentativo di infiltrazione illegale, e la stessa decisione di sottoporla ad amministrazione giudiziaria avrebbe quale presupposto logico giuridico la sufficienza di indizi per ritenere che il libero esercizio dell'attività svolta dalla [OMISSIS]abbia assunto carattere ausiliario e agevolatorio rispetto all'attività criminale posta in essere dall'organizzazione mafiosa infiltrata. Una simile conclusione tuttavia, come rileva lo stesso istante, contrasterebbe con una recente pronuncia del TAR Campania, che ha ritenuto che l'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, «*va logicamente letto nel senso di richiedere che sia stata adottata l'interdittiva del Prefetto*» (TAR Campania, Napoli, I, n. 3808/2022). L'applicazione al caso in esame dei canoni ermeneutici definiti dalla richiamata sentenza sarebbe tuttavia, secondo il Consorzio, dubbia, in quanto il caso deciso dal TAR riguarda un appalto disposto nel 2015 sotto il vigore del previgente Codice dei contratti, che non conteneva una norma corrispondente all'attuale art. 80, comma 2, e perché la vicenda giudiziaria scaturiva da un procedimento penale avviato nei confronti di una persona fisica e non da una situazione involgente l'impresa.

In subordine, qualora la condizione di fatto in cui versava la [OMISSIS] nel momento in cui è stata sottoposta ad amministrazione giudiziaria dovesse essere considerata una causa escludente, la stazione appaltante pone il dubbio se l'efficacia sanante del decreto che ha disposto l'amministrazione giudiziaria ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 159/2011 possa agire retroattivamente, in modo tale da ripristinare la regolarità della partecipazione della mandante.

In via ulteriormente gradata, nel caso in cui debba essere disposta l'esclusione della [OMISSIS]il Consorzio istante chiede che venga chiarito se, al fine di non penalizzare gli altri componenti del RTI che sono comunque in possesso dei requisiti richiesti per l'esecuzione dei lavori, può trovare applicazione nel caso di specie l'art. 48, comma 18, d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale, nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto all'esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti richiesti per i lavori o servizi o forniture ancora da eseguire;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 6 febbraio 2023 con nota prot. n. 9972;

Visto quanto replicato dagli amministratori giudiziari con nota acquisita al prot. n. 11753 del 10 febbraio 2023. L'organo tecnico nominato dal Tribunale per affiancare gli organi societari ha evidenziato la finalità preventiva dell'istituto dell'amministrazione giudiziaria, che è tesa a contrastare la contaminazione o il tentativo di contaminazione di imprese sane e ha come presupposto l'estraneità, rispetto alla dinamica criminale mafiosa, dell'azienda e dei suoi titolari, per i quali è richiesto che abbiano agito su un piano di rimproverabilità colposa. Secondo gli amministratori giudiziari sarebbe pertanto un assurdo giuridico che, da una misura protettiva quale quella prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 159/2011, la stazione appaltante facesse scaturire effetti preclusivi alla



partecipazione a gare pubbliche, che sono diametralmente opposti allo scopo della misura di consentire la regolare prosecuzione aziendale. Con riferimento al caso di specie, è stato sottolineato che [OMISSIS] non è stata attinta da una interdittiva, è regolarmente iscritta alla *white list* della Prefettura [OMISSIS] e che ha reagito all'applicazione della misura in modo che è stato giudicato positivo dal Tribunale, tanto da fare legittimamente supporre che essa potrebbe cessare prima dell'anno previsto.

Visto quanto dedotto dal costituendo ATI [OMISSIS]/[OMISSIS] S.r.l./[OMISSIS] con nota prot. n. 11862 del 10 febbraio 2023, circa l'illegittimità dell'eventuale provvedimento di esclusione del costituendo RTI, o della sola mandante [OMISSIS] S.r.l.; ciò in quanto, secondo le coordinate ermeneutiche delineate dalla richiamata sentenza del TAR Campania (che è ritenuta pertinente rispetto al caso di specie), il provvedimento espulsivo violerebbe gli articoli 83, 84 e 94 d.lgs. n. 159/2011 che riservano alla Prefettura il potere di valutare se le vicende dedotte conducono all'interdizione dell'impresa. Inoltre, nel caso di specie, i fatti che sono alla base del decreto di amministrazione giudiziaria, contrariamente a quanto sostenuto dalla stazione appaltante, non integrerebbero la fattispecie di cui all'art. 84, comma 4, lett. c), d.lgs. n. 158/2011, che prevede che il tentativo di infiltrazione mafiosa possa essere desunto dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di concussione e di estorsione, poiché si tratta di ipotesi che nella specie non sussistono e non sono mai state ipotizzate dal Tribunale nel provvedimento che ha emesso la misura in discussione;

Visto quanto osservato dal Pubblico Ministero con nota prot. n. 12315 del 13 febbraio 2023 circa la finalità dell'amministrazione giudiziaria, volta al recupero aziendale e al contrasto della contaminazione di imprese sane. La Procura della Repubblica ha espresso perplessità rispetto alla prospettata applicazione alla [OMISSIS] dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, proprio nel momento in cui, sotto l'egida del Tribunale, è rientrata nell'assoluta legalità. Pertanto, al fine di evitare condotte contraddittorie nei confronti dell'impresa da parte di organi del medesimo ordinamento e per scongiurare che, in modo paradossale, l'intervento terapeutico nei confronti delle imprese determini un loro depauperamento proprio nel momento del rientro nella legalità, il Pubblico Ministero promotore della misura di prevenzione di cui all'art. 34 ha espresso parere favorevole a che l'impresa possa continuare a partecipare ad appalti pubblici;

Vista le memorie e la documentazione in atti;

Considerato che, nonostante la disponibilità manifestata dagli amministratori giudiziari e dall'operatore economico, non si è ritenuto di procedere all'audizione delle parti interessate in quanto la documentazione e le memorie acquisite sono apparse sufficienti a chiarire il quadro fattuale e normativo di riferimento;

Visto l'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale, *«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 dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159»;*

Considerato che già la piana lettura della norma consente di osservare che la stazione appaltante, nel prospettare la propria interpretazione, ha mancato di considerare la disposizione nella sua globalità. Nel primo periodo del comma in esame, il legislatore ha operato un raccordo tra la disciplina antimafia e quella del Codice dei contratti, assente nel previgente d.lgs. n. 163/2006, e ha chiarito che le situazioni valorizzate nel Codice antimafia ai fini dell'adozione della documentazione antimafia costituiscono cause di esclusione dalla gara, e non solo, ai sensi dell'art. 91, comma 1 e 3, d.lgs. 159/2011, impedimenti alla stipula del contratto. Nel secondo periodo, il legislatore ha richiamato, facendolo salvo, l'art. 92, comma 2, d.lgs. n. 159/2011, che stabilisce la competenza del Prefetto al rilascio dell'informazione antimafia interdittiva, e altre due norme del Codice antimafia disciplinanti i casi in cui il Prefetto non rilasci la documentazione entro il termine fissato dallo stesso



Codice, con la previsione della possibilità per le amministrazioni di procedere sotto condizione risolutiva. Il richiamo all'emissione della documentazione antimafia da parte del Prefetto consente, tramite una lettura congiunta e coordinata dei due periodi, di identificare la causa di esclusione delineata dal comma 2 dell'art. 80 nella situazione di fatto in quanto valutata dal Prefetto idonea a giustificare l'adozione di una interdittiva ai sensi della disciplina antimafia, e non nella mera situazione di fatto - che nel caso dovrebbe essere oggetto di valutazione da parte della singola stazione appaltante. Anche l'ultimo periodo del comma, che fa salvi gli effetti sospensivi dell'interdittiva prodotti dalle misure di cui agli artt. 34 e 34-bis d.lgs. n. 159/2011 (amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario), sarebbe perlomeno incongruo se l'effetto escludente si producesse anche in assenza dell'interdittiva prefettizia. Per finire, sempre sul piano letterale, come anche evidenziato dal costituendo RTI, va considerato che il comma 3 dell'art. 80, che stabilisce quali sono i soggetti nei cui confronti devono essere emessi i provvedimenti richiamati nei due commi precedenti affinché le rispettive cause di esclusione siano operative, identifica il provvedimento rilevante ai fini del comma 2 nella "misura interdittiva". Il riferimento inequivocabile alla documentazione antimafia avente effetto interdittivo rilasciata dal Prefetto non lascia margini per ipotizzare esclusioni basate su accertamenti e valutazioni effettuate autonomamente dalla stazione appaltante;

Considerato che una simile conclusione risultata confortata anche da una interpretazione ispirata a un criterio di tipo logico-sistematico, che pone la norma in esame in relazione con il sistema delineato dal d.lgs. n. 159/2011. Il Codice antimafia prevede e disciplina la documentazione antimafia - comunicazione e informazione - consistente in provvedimenti amministrativi tesi a interdire alle imprese colluse con la mafia di intrattenere rapporti con la pubblica amministrazione. Con specifico riferimento all'informativa interdittiva che in questa sede principalmente ci occupa, come sintetizzato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sulla base delle pronunce emesse sul tema, essa «*costituisce "una misura volta, ad un tempo, alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione" (Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016 n. 1743). Tale provvedimento, infatti, mira a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese, volti a condizionare le scelte e gli indirizzi della Pubblica Amministrazione e si pone in funzione di tutela sia dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, riconosciuti dall'art. 97 Cost., sia dello svolgimento leale e corretto della concorrenza tra le stesse imprese nel mercato, sia, infine, del corretto utilizzo delle risorse pubbliche (Cons. Stato, sez. III, 31 dicembre 2014 n. 6465)».* (Adunanza plenaria n. 3/2018). Quanto agli effetti dell'interdittiva, la giurisprudenza ritiene che essa «*determina una particolare forma di incapacità giuridica... (Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016 n. 3247)».* Come chiosa la Plenaria, «*Si tratta di una incapacità giuridica prevista dalla legge a garanzia di valori costituzionalmente garantiti e conseguente all'adozione di un provvedimento adottato all'esito di un procedimento normativamente tipizzato e nei confronti del quale vi è previsione delle indispensabili garanzie di tutela giurisdizionale del soggetto di esso destinatario»* (Adunanza Plenaria cit.). Come visto, la competenza dell'emissione dell'interdittiva è riservata al Prefetto (art. 92, comma 2, d.lgs. n. 159/2011), quale autorità preposta alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, il quale è tenuto, nell'ambito dell'ampia discrezionalità che gli viene riconosciuta (TAR Calabria - Sez. Reggio Calabria, n.126/2023), a motivare le ragioni della propria valutazione per evitare che gli elementi fattuali, anche quando "tipizzati" dal legislatore - i casi individuati dal comma 4 dell'art. 84 - vengano assunti acriticamente a sostegno del provvedimento interdittivo, dovendo invece essere dotati di individualità, concretezza ed attualità, per fondare, secondo un corretto canone di inferenza logica, la prognosi di permeabilità mafiosa, in base ad una struttura bifasica - diagnosi dei fatti rilevanti e prognosi di permeabilità criminale - priva di qualsiasi automatismo presuntivo (Cfr. Consiglio di Stato, III, n. 6105/2019). La stazione appaltante è vincolata ad uniformarsi alle risultanze degli accertamenti eseguiti dal Prefetto. Di contro, il sistema delineato dal Codice antimafia non ripropone le cosiddette informazioni supplementari o atipiche, previste dall'art. 1septies d.l. n. 629/1982, aventi ad oggetto elementi che, pur denotanti il pericolo di collegamenti fra l'impresa e la criminalità organizzata, non raggiungessero la soglia di gravità e specificità richiesta dall'abrogato art. 4, comma 4, d.lgs. n. 490/1994 ai fini del divieto legale di contrarre, il cui effetto interdittivo era pertanto rimesso ad una valutazione autonoma e discrezionale dell'amministrazione destinataria dell'informativa. Parallelamente al sistema di misure



preventive, il legislatore ha sviluppato anche un insieme di misure a vocazione terapeutica, finalizzate a restituire l'impresa alla legalità, salvaguardandone l'attività produttiva e i livelli occupazionali, nei casi in cui l'infiltrazione mafiosa si sia espressa in forme meno pervasive. Sono misure terapeutiche di tipo giurisdizionale l'amministrazione e il controllo giudiziari, rispettivamente disciplinate dagli artt. 34 e 34-bis del Codice Antimafia. Quando concesse, comportano la sospensione degli effetti interdittivi dell'informativa (art. 34-bis, comma 7);

Considerato che, a fronte di un sistema così complesso, fondato sul delicato equilibrio tra tutela dell'ordine pubblico e libera iniziativa economica, il riconoscimento di uno spazio di discrezionalità alla stazione appaltante nella valutazione, ai fini dell'ammissione alla singola gara, di circostanze fattuali il cui apprezzamento è riservato *ex lege* al Prefetto ai fini dell'interdittiva, appare foriero di incongruenze logico-giuridiche perché idoneo a creare una sorta di doppio binario che rischierebbe di rendere il quadro normativo complessivamente incoerente, stante la mancanza di norme di coordinamento. La valutazione della sussistenza di tentativi di infiltrazioni mafiosa da parte della stazione appaltante anche in assenza di una interdittiva prefettizia infatti si sovrapporrebbe, contrastando potenzialmente con essa, alla competenza riconosciuta al prefetto in materia e rischierebbe di privare di qualsiasi significato l'iscrizione nella *white list*, l'elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 1, comma 52, l. 190/2012, che invece, *ex lege*, «*tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta*» (1, comma 52-bis, l. 190/2012). Inoltre, come ben esemplificato nel caso in esame, si porrebbe in insanabile contrasto, vanificandone gli effetti, con le misure di tipo terapeutico finalizzate al recupero aziendale, che, secondo il Codice Antimafia, sospendono l'effetto dell'interdittiva, ma che, paradossalmente, si rivelerebbero cedevoli rispetto al provvedimento di esclusione della singola stazione appaltante;

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, come condivisibilmente affermato dal TAR Campania - in una pronuncia che riguarda espressamente la portata applicativa dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 - che l'art. 80, comma 2, vada interpretato nel senso che, ai fini dell'esclusione, è necessario che sia stata rilasciata dal Prefetto un'informazione interdittiva;

Ritenuto che tale conclusione risulta ulteriormente confermata dall'articolato della bozza del nuovo Codice dei contratti che annovera questa causa di esclusione tra quelle automatiche (art. 94), ovvero che prescindono dall'esercizio di attività discrezionale della stazione appaltante, confermando che la stazione appaltante si deve conformare alle risultanze degli accertamenti eseguiti dal Prefetto, e dunque procede all'esclusione solo in presenza di una informativa interdittiva;

Ritenuti assorbiti i rimanenti due quesiti;

Il Consiglio

ritiene, sulla base di quanto considerato e nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- la stazione appaltante procede all'esclusione ai sensi ai sensi dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 in presenza di documentazione antimafia interdittiva.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 marzo 2023
Il Segretario Valentina Angelucci
Atto firmato digitalmente