

## Effetti retroattivi della sanzione interdittiva antimafia in caso di “contratto in corso”

di Luca Giaconi

Data di pubblicazione: 19-7-2016

1. L'informativa antimafia è una misura cautelativa, volta a scongiurare, ove possibile, effetti economici negativi a danno dell'impresa e dell'occupazione ed interruzioni dei lavori pubblici negative per l'interesse generale, alla luce della generale convinzione che un efficace contrasto alla criminalità organizzata esiga non solo misure punitive ed interdittive ma anche misure volte all'isolamento del fenomeno sul territorio e nella società, e che in tale quadro l'amministrazione giudiziaria, con il sequestro integrale delle quote ex art. 34 c. 9 D.lgs. n. 159/2011, rappresenti uno strumento volto anche a garantire la continuità occupazionale ed a scongiurare ripercussioni economiche a danno dell'impresa, così come chiarito, per le procedure di appalto, dal citato comma 1 bis introdotto all'art. 38, secondo cui tale misura rende inopponibile all'impresa qualsivoglia preesistente causa di esclusione afferente ai requisiti generali, afferente o meno al medesimo art. 38.(1)

2. In caso di contratto in corso, l'Amministrazione intimata dovrà valutare in contraddittorio con il commissario prefettizio e amministratore giudiziario la sussistenza delle condizioni per il mantenimento del rapporto negoziale in corso, dovendo a tale riguardo considerare -alla stregua del principio comunitario e nazionale di irretroattività relativamente alle mutate circostanze della realtà- sia l'intervenuta amministrazione giudiziaria, sia il successivo aggiornamento in senso liberatorio della certificazione antimafia delle imprese interessate.(2)

(1) Contraria Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016 n. 813

### Guida alla lettura

La sentenza in commento, riguarda il delicato rapporto sussistente tra l'informativa antimafia e l'intervento dell'amministrazione giudiziaria riguardo al contratto di appalto nella sua fase esecutiva.

Com'è noto, l'art. 38, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006, con riguardo al difetto dei requisiti necessari per la partecipazione alle gare e la sottoscrizione dei relativi contratti, che *“le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell' articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario, limitatamente a quelle riferite al*

*periodo precedente al predetto affidamento, o finanziario*". **Tale norma, dunque, prevede una deroga generale all'esclusione dell'azienda dalle procedura di gara, nei casi in cui sia sottoposta ad amministrazione giudiziaria.** Ciò in considerazione del fatto che, per l'azienda sottoposta ad amministrazione giudiziaria, vengono meno le esigenze di cautela che ne necessitano l'interdizione dalle procedure concorsuali, trovando riespansione in diritto alla continuità dell'attività di impresa e la connessa continuità occupazionale, al fine di non danneggiare le possibilità economiche della stessa nel mercato.

La deroga all'esclusione in caso di mancanza dei requisiti generali è oggi contenuta nell'art. 80, comma 11 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato "*Motivi di esclusione*" la quale, in corrispondenza del dettato dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006, prevede che "*le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 o degli articoli 20 e 24 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento*".

Orbene, il Collegio, ben lungi da ignorare l'insegnamento del Consiglio di Stato richiamato dalla difesa erariale, per il quale - a seguito dell'interdittiva antimafia - l'azienda aggiudicataria aveva perso il requisito di qualificazione, che avrebbe dovuto mantenere "*non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità*" (Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016 n. 813; cfr. anche Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8), rileva due elementi di fondamentale interesse:

a) che alla sanzione interdittiva antimafia è sopravvenuta **l'amministrazione giudiziaria** dell'azienda, che riespande il prevalente interesse alla continuazione dell'attività di impresa e il mantenimento dei livelli occupazionali, così come specificato nell'art. 38, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 (oggi art. 80, comma 11 del d.lgs. n. 50/2016);

b) che il contratto oggetto della controversia era già in fase di esecuzione, per cui il provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, **non costituiva atto vincolato** (come tale passibile dell'applicazione dell'art. 21-octies della l. n. 241/1990), ma necessitava di nuova valutazione sull'opportunità della continuazione del contratto da parte dell'Amministratore giudiziario, in ottemperanza al principio comunitario e nazionale di irretroattività relativamente alle mutate circostanze della realtà;

Pertanto, la sentenza in oggetto fondamentalmente, non si discosta, ma declina il contenuto imperativo di cui alla richiamata pronuncia del Consiglio di Stato, prevedendo che **l'interdizione antimafia (e il preminente interesse pubblico che veicola) possa essere derogata, ai sensi dell'art. 38, d.lgs. n. 163/2006, quando sia mutata la realtà sostanziale dell'operatore economico interessato (soggetto ad amministrazione giudiziaria), imponendosi la necessità che la prosecuzione del contratto "in corso" sia prudentemente valutata dalle amministrazioni interessate in concerto con l'Amministratore giudiziario.**

In definitiva, pur in corrispondenza del delicato interesse all'isolamento del fenomeno mafioso dalle attività economiche, viene promosso il più generale interesse alla continuità aziendale e occupazionale dell'operatore economico (amministrato giudizialmente), proprio perché l'interdizione era intervenuta su "contratto in corso", di talché l'esclusione dell'azienda colpita dal provvedimento prefettizio avrebbe comportato l'applicazione retroattiva della sanzione, in corrispondenza di circostanze di realtà sostanzialmente mutate.

## **Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

### **(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4520 del 2016, proposto da:

Soc Tecnis Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluigi Pellegrino C.F. PLLGLG67T12H501S, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Rinascimento, 11;

### ***contro***

Soc Anas Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

### ***nei confronti di***

Soc Oberosler Cav Pietro Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Rosamaria Lo Grasso C.F. LGRRMR82S69F892M, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Emilia, 88;

### ***per l'annullamento***

del provvedimento 29/2016 con cui è stato disposto, in ottemperanza alla sentenza 1425/2015 del Consiglio di Stato, Sez IV, l'annullamento della determina CDG-0072311-P del 9.06.2015.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soc Anas Spa e di Soc Oberosler Cav Pietro Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2016 il dott. Raffaello Sestini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1 - Con Bando pubblicato sulla G.U.R.I. n. 49 del 30.04.2012, l'Anas S.p.A. indicava una procedura ristretta per l'affidamento della "Progettazione esecutiva ed esecuzione, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lettera b) del D.lgs 163/2006 e s.m.i, sulla base del progetto preliminare "avanzato" dei lavori di adeguamento al tipo B (4 corsie) dell'itinerario Sassari-Olbia della S.S. 199 - Lotto 5 dal km 46+610 al km 55+050", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2 - Nel termine prescritto dalla Lettera d'invito presentavano offerta n. 21 concorrenti, tra cui l'ATI ricorrente Tecnis S.P.A. - Cogip Infrastrutture S.P.A. - Ing. Pavesi & C. S.P.A.-Movistrade Cogefi s.r.l.

2 – La procedura si concludeva con l'aggiudicazione in favore di ICS GRANDI LAVORI S.P.A. L'ATI ricorrente si collocava al terzo posto, ma proponeva ricorso al TAR Sardegna - Cagliari, avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva, sostenendo l'illegittimità delle posizioni dell'ATI aggiudicataria, nonché dell'ATI seconda classificata. Anas S.p.A. si costituiva in giudizio al fine di eccepire l'incompetenza territoriale del Giudice adito, ed il TAR Sardegna - Cagliari con ordinanza n. 1098 del 12.12.2012 dichiarava la propria incompetenza, rimettendo la vertenza al TAR Lazio - Roma.

3 - A seguito della riassunzione del giudizio con sentenza n. 2921 del 17 marzo 2014, il Tar Lazio rigettava le censure mosse dalla concorrente Tecnis S.p.a., che proponeva appello, e con sentenza n. 1425/2015 il Consiglio di Stato, Sez. IV, accoglieva infine il ricorso, dichiarando l'inefficacia del contratto stipulato ai sensi dell'art. 122 c.p.a. ed il diritto al subentro della Tecnis. Pertanto, con determina del 9.06.2015, prot. CDG-007231 1-P, ANAS, in ottemperanza alla sentenza resa dal Consiglio di Stato, revocava la precedente aggiudicazione e dava mandato all'Unità Gare e Contratti di dare corso al subentro di Tecnis nel relativo contratto ai fini del completamento delle opere ancora da realizzarsi.

4 - Nel frattempo, però, la Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo di Catania trasmetteva all'ANAS il provvedimento interdittivo (nota prot. 62409 del 12.11.2015) adottato nei confronti dell'impresa Tecnis S.p.A., dell'impresa Cogip infrastrutture S.p.A. e dell'impresa Sintee S.p.A.

(già Ing. Pavesi & C. S.p.A.), disposto ai sensi dell'artt. 84 D.Lgs. 159/2011 come misura di prevenzione a fronte di tentativi di interferenze della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici.

L'ANAS riteneva pertanto opportuno richiedere un parere, in ordine alla possibilità di escludere dalle gare in corso i concorrenti colpiti da informazione antimafia interdittiva, all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), che in data 29/12/2015, con nota protocollo 0177396/2015, si pronunciava riconoscendo all'informativa antimafia un'efficacia interdittiva.

5 - L'ANAS si uniformava al parere ANAC e con provvedimento presidenziale n. 29 del 25/02/2016 disponeva l'annullamento d'ufficio dell'affidamento al concorrente Ati Tecnis S.p.A. disposto con la determina del 9.06.2015, prot. CDG-0072311-P, in quanto la società medesima e le mandanti non erano più nelle condizioni di poter partecipare alle procedure d'appalto e di stipulare i relativi contratti. Infine, con nota del 26/02/2016 n Prot. CDG-0021901-P l'ANAS inoltrava agli uffici competenti il suddetto Provvedimento Presidenziale, dando mandato al Responsabile del Procedimento di dare tempestiva comunicazione all'impresa mandataria Tecnis.

6 - Successivamente, in data 16/03/2016, la Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo di Catania trasmetteva all'ANAS l'informazione antimafia liberatoria ai sensi dell'art. 91, comma 5 del D.lgs n. 159/2011, nei confronti dell'impresa Tecnis S.p.A. e dell'impresa Cogip Holding che detiene il 100% del capitale sociale della mandante Cogip Infrastrutture S.p.A.

7 - Con il gravame in epigrafe la ricorrente Tecnis S.p.a. chiedeva quindi , l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- del Provvedimento ANAS n. 29 del 25/02/2016 di annullamento della determina a contrarre prot. n. CDG -0072311-P del 09.06.2013;

- di ogni altro atto, ancorché sconosciuto, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso;

- nonché la condanna dell'ANAS al risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

8 - In sede cautelare questo Tribunale, con ordinanza n. 2367/16, accoglieva la domanda cautelare e fissava l'udienza di merito al 22 giugno 2016, considerando *“che ai fini cautelari il ricorso sembra palesare il necessario fumus quanto alla prevista prosecuzione dei contratti in corso, in presenza del diritto riconosciuto in sede giurisdizionale alla ricorrente a subentrare in un contratto già, seppure erroneamente, stipulato; Che sussiste altresì il paventato danno grave ed irreparabile per la ricorrente, in relazione all'esecuzione di lavori di così ingente importo, considerato anche che, nella necessaria ponderazione fra i potenzialmente confliggenti interessi, conduce all'accoglimento della domanda di sospensione anche il rischio, per l'interesse pubblico generale, che i lavori siano affidati in base ad un'offerta meno vantaggiosa con l'ulteriore rischio che sia posto a carico della finanza pubblica anche il risarcimento, dovuto a chi non risultò aggiudicatario pur essendo stato riconosciuto in sede*

*giurisdizionale il suo diritto a tale riguardo”.*

9 – Nel merito, la ricorrente deduceva i vizi di

1) Violazione della L. n. 241/90 e dei principi fondamentali in tema di partecipazione al procedimento, essendo mancato l'avviso di avvio del procedimento ai sensi della legge 241/90, che

avrebbe consentito alla ricorrente di rappresentare che, essendo intervenuta l'amministrazione giudiziaria ex art. 34 del Codice antimafia, veniva meno qualsivoglia ragione impeditiva a dare corso al disposto subentro nel contratto;

2) Violazione dell'art. 34, co. 9 del D.lgs. n. 159/2011, Violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 84 e 91 del DLgs a. 159/2011. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto. Difetto di istruttoria e violazione degli oneri procedimentali. Violazione dell'efficacia esecutiva della sentenza del Consiglio di Stato n. 1425/2015. Infatti l'ANAS avrebbe disposto l'esclusione del RTI guidato da Tecnis senza avvedersi che l'impresa era stata destinataria della misura dell'amministrazione giudiziaria ex art. 34 cit. e che, conseguentemente, previa applicazione dell'art. 37 co. 19 D.lgs. 163/06 con riguardo alle due mandanti, la stessa Tecnis poteva del tutto legittimamente concludere contratti pubblici;

3) Falsa applicazione dell'art. 32 D.L. n. 90/2014. Travisamento dei presupposti di fatto. Violazione dell'efficacia esecutiva della sentenza del Consiglio di Stato n. 1425/2015, in quanto l'ANAS avrebbe escluso Tecnis dalla procedura di subentro, senza sincerarsi dell'effettiva sussistenza di cause ostative alla stipula del contratto, basandosi su un informativa antimafia nel frattempo superata in quanto aggiornata in senso favorevole e liberatorio nei confronti della stessa impresa.

10 L'ANAS, costituitasi in giudizio, con propria memoria argomentava analiticamente l'infondatezza delle tre censure, affermando che:

1) il secondo capoverso, comma 2, dell'art. 21 octies della Legge n. 241/90 prevede che il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, e nella fattispecie in esame l'adozione del provvedimento finale era doverosa (oltre che vincolata) per l'ANAS, essendo intervenuta una interdittiva antimafia nei confronti di tre su quattro concorrenti componenti l'Ati;

2) l'interdittiva antimafia ha interessato tanto l'impresa mandataria Tecnis quanto le imprese mandanti (Cogip infrastrutture S.P.A. ed Ing. Pavesi & C. S.p.A.) e il provvedimento ANAS di annullamento dell'affidamento del 26.02.2016 comunicato via pec in data 03.03.2016 è stato adottato nei confronti del raggruppamento quando ancora non era stato comunicato il provvedimento Prefettizio di liberatoria, emesso solo nei confronti dell'impresa Tecnis S.p.A., in data successiva alla determinazione di annullamento ossia in data 16.03.2016. Inoltre il fatto che, prima dell'adozione del provvedimento di esclusione, fosse stato nominato

l'Amministratore giudiziario per la straordinaria e temporanea gestione della Tecnis e della Cogip Infrastrutture S.p.A. non sarebbe stato rilevante perché l'ANAS, con il provvedimento contestato ha escluso l'ATI che vedeva anche le mandanti raggiunte dall'interdittiva antimafia, e senza che anche per la Sintec S.p.A. fosse stato nominato l'Amministratore giudiziario, né che le stesse mandanti fossero state estromesse dal raggruppamento, fermo restando che la nomina dell'Amministratore giudiziario non potrebbe comunque azzerare la situazione di condizionamento e i pericoli di infiltrazioni malavitose. L'insindacabilità del provvedimento prefettizio che attribuisce all'informativa valore di certificata inidoneità dell'impresa a contrarre con la PA, per la durata della validità temporale della stessa, ha altresì indotto l'ANAC a valutare come legittima l'esclusione dell'impresa destinataria dell'informativa dalle procedure selettive finalizzate alla scelta del contraente quale conseguenza dell'automatica efficacia interdittiva dell'informazione (Parere sulla normativa AG 38 del 18 novembre 2010). Al riguardo, il parere favorevole dell'ANAC n. 0277396 del 24.12.2015 richiamato in narrativa sottolinea che tra i provvedimenti il cui rilascio è condizionato, ai sensi dell'art. 83 comma 1 del Codice antimafia, alla previa acquisizione della documentazione antimafia, devono ritenersi incluse anche le "attestazioni di qualificazione per eseguire i lavori pubblici". La Tecnis, quindi, a seguito dell'interdittiva antimafia, aveva perso il requisito di qualificazione, che avrebbe dovuto mantenere "non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità" (principio riaffermato di recente dal Consiglio di Stato sez. IV, 29/2/2016 n. 813, e dall'Adunanza Plenaria, con la decisione 20 luglio 2015, n. 8) e doveva pertanto essere esclusa dalla gara;

3) in realtà la determinazione ANAS di annullamento d'ufficio dell'affidamento era stata emessa in data 26.02.2016, mentre l'informativa liberatoria era stata adottata in data 16.03.2016, e pertanto, il Giudice amministrativo era tenuto ad accertare e sindacare la valutazione effettuata dall'ANAS con riferimento all'esclusione fondata su un'informativa antimafia che, all'epoca dell'emanazione dell'atto impugnato, riguardava 3 su 4 componenti del raggruppamento, e che rendeva all'epoca concretamente inaffidabile l'ATI.

11 – Anche la contro interessata Oberoser Cav. Pietro S.p.a. si costituiva in giudizio per argomentare in primo luogo l'inammissibilità del ricorso, nulla potendo le argomentazioni della ricorrente rispetto alla circostanza che l'interdittiva aveva riguardato anche due sue mandanti e non avendo la stessa provveduto alla effettiva estromissione di tali imprese, estromissione che sarebbe già dovuta essere intervenuta anche ove il contratto fosse stato ritenuto già concluso a seguito della sentenza del Consiglio di Stato. Veniva altresì ampiamente motivata l'infondatezza delle singole censure, per ragioni analoghe a quelle sopra illustrate, costituendo la prosecuzione del contratto pubblico un rimedio di carattere straordinario, motivato da ragioni di interesse pubblico e consentito da specifiche circostanze in realtà non sussistenti nella fattispecie in esame.

12 - Al riguardo, considera il Collegio che l'informativa antimafia è una misura cautelativa, che il legislatore ha munito di una disciplina volta a scongiurare, ove possibile, effetti economici negativi a danno dell'impresa e dell'occupazione ed interruzioni dei lavori pubblici negative per l'interesse generale, alla luce della generale convinzione che un efficace contrasto alla

criminalità organizzata esiga non solo misure punitive ed interdittiva ma anche misure volte all'isolamento del fenomeno sul territorio e nella società, e che in tale quadro l'amministrazione giudiziaria, con il sequestro integrale delle quote ex art. 34 c. 9 D.lgs. n. 159/2011, rappresenti uno strumento volto anche a garantire la continuità occupazionale ed a scongiurare ripercussioni economiche a danno dell'impresa, così come chiarito, per le procedure di appalto, dal citato comma 1 bis introdotto all'art. 38, secondo cui tale misura (prima prevista dal DL n. 306/92 conv. in L. 356/02 e dalla L. 575/65, e ora dal codice antimafia di cui al citato D. Lgs) rende inopponibile all'impresa qualsivoglia preesistente causa di esclusione afferente ai requisiti generali, afferente o meno al medesimo art. 38.

13 - In realtà, come già osservato da questo Tribunale in sede di sommaria deliberazione, a prescindere dalle valutazioni del commissario, ai fini dell'accoglimento del ricorso risulta decisiva la circostanza che il rapporto per cui è causa in realtà costituisse un "contratto in corso" a seguito del subentro disposto dal Consiglio di Stato e non tempestivamente attivato dall'Amministrazione resistente, risultando pertanto fondata la censura di mancato avviso dell'avvio del procedimento, trattandosi non più di atto vincolato, bensì di decisione, circa il mantenimento o meno del contratto, scaturente anche dalla valutazione delle misure di esclusione concretamente adottate nei confronti delle mandanti all'epoca colpite dall'interdittiva.

14 - Ne discende, osserva ancora il Collegio, che a seguito dell'accoglimento del ricorso e del conseguente annullamento dell'atto impugnato l'Amministrazione intimata dovrà valutare in contraddittorio con il commissario prefettizio e amministratore giudiziario la sussistenza delle condizioni per il mantenimento del rapporto negoziale in corso, dovendo a tale riguardo considerare –alla stregua del principio comunitario e nazionale di irretroattività relativamente alle mutate circostanze della realtà- sia l'intervenuta amministrazione giudiziaria, sia il successivo aggiornamento in senso liberatorio della certificazione antimafia delle imprese interessate.

15 – Conclusivamente , il ricorso deve essere accolto ai sensi e per gli effetti di cui alle pregresse considerazioni. La complessità, delicatezza e novità delle questioni controverse giustifica tuttavia la compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:



Raffaello Sestini, Presidente FF, Estensore

Rosa Perna, Consigliere

Roberta Cicchese, Consigliere