Consiglio di Stato, Sezione Terza, Sentenza n. 1937 del 10 marzo 2025

Appalti pubblici – Impreza commissariata per interdittiva antimafia – Risoluzione del contratto – Non opera automaticamente se non terminato procedimento

Pubblicato il 10/03/2025

N. 01937/2025REG.PROV.COLL.

N. 04460/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4460 del 2024, proposto dall'(…), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 455/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2025, il Cons. Giovanni Tulumello e viste le conclusioni delle parti come in atti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 455/2024 il T.A.R. delle Marche ha accolto il ricorso contro il provvedimento di risoluzione del contratto di appalto relativo ai lavori di realizzazione di una nuova palazzina sanitaria e direzionale amministrativa dell'Ospedale -OMISSIS-, in pendenza dell'aggiornamento della posizione di -OMISSIS- davanti alla Prefettura di (…).

L'indicata sentenza è stata impugnata con ricorso in appello dall'(…).

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, la ricorrente in primo grado.

Con ordinanza n. 2445/2024 è stata respinta la domanda di sospensione cautelare degli effetti della sentenza gravata.

Il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 23 gennaio 2025.

2. In fatto risulta che l'appellata ha partecipato alla gara, aggiudicandosela, in quanto iscritta alla *white list* dal -OMISSIS- a seguito di ammissione a controllo giudiziario *ex* art. 34-*bis* del d. lgs. n. 159/2011 con scadenza al -OMISSIS-; a tale data è stato chiesto l'aggiornamento, che però la Prefettura non ha esitato nel termine di legge di trenta giorni (tanto che -OMISSIS- ha proposto ricorso al T.A.R. Campania - Napoli avverso il silenzio-inadempimento formatosi su tale domanda).

Quindi, come riporta la sentenza gravata, "*Con provvedimento prot. -OMISSIS- del-OMISSIS- la Prefettura di (…) ha positivamente definito il procedimento di aggiornamento ex art. 91, comma 5, procedendo alla revoca del provvedimento interdittivo n. -OMISSIS- del -OMISSIS- e all'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 94-bis del D.Lgs. n. 159/2011. Per l'effetto la stessa Prefettura, con provvedimento n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, ha disposto*

la reiscrizione della società nella white list".

Nondimeno, la stazione appaltante (odierna appellante), con nota prot. -OMISSIS- del -OMISSIS-, ha comunicato alla ricorrente la determina del D.G. n. -OMISSIS-, di risoluzione del contratto, e la relazione istruttoria del RUP del -OMISSIS-, oggetto del presente giudizio.

3. Il T.A.R. ha anzitutto respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione, richiamando la sentenza di questa Sezione n. 1502/2021.

L'affermazione, peraltro non oggetto di impugnazione dalle parti, merita conferma. In questa materia l'avvenuta stipula del contratto non è di ostacolo —per espressa previsione contenuta negli artt. 88, comma 4-*ter*, e 92, comma 4, d.lgs. n. 159/2011 — alla previsione di un potere pubblicistico di autotutela — riconosciuto come tale anche dal giudice del riparto, pur se legalmente qualificato come ipotesi di recesso — che abbia come effetto lo scioglimento dell'Amministrazione dal vincolo negoziale, e come connotazione funzionale l'esigenza di evitare rischi di infiltrazioni mafiose nella materia degli appalti pubblici (con conseguenti ricadute in punto di riparto della giurisdizione).

Si tratta di un potere riveniente da un peculiare tratto della disciplina di diritto interno in materia di appalti pubblici, che non risponde direttamente a finalità proconcorrenziali, ma che appare funzionale ad esigenze di prevenzione della criminalità e di cosiddetta tutela della legalità.

Oltre ai precedenti citati dal T.A.R. il principio è ribadito — pur se con riferimento ad una peculiare fattispecie, che in concreto ha condotto il giudice del riparto ad affermare la giurisdizione del giudice ordinario — anche da Cass. civ., SS. UU., 27 gennaio 2014, n. 1530.

4. Nel merito il TAR, ritenuto inconferente il richiamo (nel provvedimento impugnato) alla sentenza di questa Sezione n. 4733/2023, ha fatto applicazione di una concezione sostanzialista del principio di continuità nel possesso dei requisiti: "*laddove venga disposto il controllo giudiziario e dunque il soggetto ritorni in bonis, il periodo per*

il quale si protrae il procedimento ex art. 91, comma 5, non può non essere "coperto" dall'esito favorevole della procedura di aggiornamento, pena l'insanabile contraddizione rispetto alle finalità perseguite dal legislatore con le recenti novelle del 2017 e del 2021".

Osserva poi il primo giudice che "*l'(…) era consapevole fin dal momento dell'aggiudicazione e della successiva stipula del contratto che vi sarebbe stata una soluzione di continuità nel possesso in capo alla ricorrente dei requisiti di moralità professionale, visto che il controllo giudiziario avrebbe cessato di avere efficacia dal -OMISSIS- (mentre i lavori erano da ultimare nel termine di 608 giorni dalla consegna del cantiere) e che, stante la disciplina positiva, era assolutamente impossibile che la Prefettura di (…) potesse concludere l'istruttoria finalizzata alla reiscrizione della ricorrente nella white list "in tempo reale", e questo anche in ragione del fatto che -OMISSIS- doveva allegare alla domanda, fra gli altri documenti, il provvedimento del Tribunale penale di (…) in cui si dava atto dell'esito favorevole del controllo giudiziario (e neanche questo provvedimento giurisdizionale avrebbe potuto intervenire "in tempo reale")*".

Accolta tale censura ed assorbite le altre, il TAR ha di fatto respinto la domanda risarcitoria ritenendo la ricorrente reintegrata in forma specifica.

5. Ad avviso del Collegio le censure proposte con i motivi di appello non consentono di accogliere il gravame, dovendosi confermare il rigetto del ricorso di primo grado, ancorché sulla base di un percorso motivazionale parzialmente diverso da quello seguito dal primo giudice (in relazione ad alcuni degli argomenti di censura sviluppati, quali obiezioni teoriche, dall'Amministrazione odierna appellante nei motivi di gravame).

5.1. In tal senso va anzitutto considerato che appare poco perspicuo il parallelo iniziale tra la vicenda che qui ricorre (cessazione del controllo giudiziario e "riespansione" dell'efficacia di un'originaria misura interdittiva, fino a quel momento sospesa *ex* articolo 34-*bis* del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), e l'ipotesi – esaminata da pregressa giurisprudenza richiamata dal T.A.R. – del sopravvenire di misure di *self-cleaning*: sia perché queste ultime giusta l'articolo 80, comma 7, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, possono operare soltanto nei confronti delle cause di

esclusione di cui ai commi 1 e 5 del medesimo articolo 80, mentre nella specie rileva una delle ipotesi impeditive di cui al comma 2 dello stesso articolo (rispetto alle quali il meccanismo del *self-cleaning* non opera); sia – soprattutto – perché, mentre per le misure di *self-cleaning* è più agevole ritenere che esse operino in modo retroattivo, sì da far venir meno la soluzione di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione (e anzi ciò può dirsi oggi scontato, una volta superato il precedente indirizzo giurisprudenziale per cui le dette misure potevano avere efficacia solo per il futuro), al contrario per le misure interdittive antimafia occorre considerare il consolidato orientamento secondo cui anche la conclusione favorevole del controllo giudiziario non determina *ex se* la cessazione della loro efficacia, facendo al più sorgere un dovere di riesame ed aggiornamento a carico dell'Amministrazione (ciò che, come evidenziato dall'appellante, trova conferma nel fatto che nel caso di specie allo scadere del controllo si sia proceduto "in automatico" a nuova cancellazione dell'impresa dalla *white list*, anche nelle more dell'aggiornamento, e anche nel fatto che nonostante tale sopravvenienza questa Sezione si è egualmente pronunciata nel merito sulla legittimità dell'originaria informativa, con la sentenza n. 10201/2023).

5.2. In secondo luogo, la distinzione introdotta dal T.A.R., con riguardo agli effetti dell'eventuale aggiornamento compiuto dal Prefetto con esito liberatorio, tra l'ipotesi in cui l'impresa abbia chiesto il controllo giudiziale a domanda e quella in cui non lo abbia fatto, come correttamente evidenziato dall'appellante non trova alcun riscontro nella disciplina di cui al d.lgs. n. 159/2011, alla cui stregua l'aggiornamento con esito liberatorio ha sempre effetto *ex nunc* e mai *ex tunc* (il che non può che voler dire che, nelle more dell'*iter* procedimentale di aggiornamento, resta pienamente valida l'originaria misura interdittiva, la cui efficacia si è riespansa al momento della cessazione del controllo giudiziario).

6. Al contrario, risultano del tutto condivisibili (e non appaiono scalfiti dalle opposte argomentazioni di parte appellante) altri assunti su cui poggia la sentenza

impugnata, che meritano conferma nonostante le critiche rivolte nei motivi di gravame, e in particolare:

6.1. quello secondo cui il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, anche nell'accezione più rigorosa riveniente dalle decisioni dell'Adunanza plenaria richiamate dall'appellante, non ha portata assoluta ma ammette in via generale deroghe ed attenuazioni;

6.2. quello secondo cui il meccanismo dell'aggiornamento delle informative interdittive ai sensi dell'articolo 91, comma 5, terzo periodo, del d.lgs. n. 159/2011 sconta necessariamente dei tempi procedimentali (a maggior ragione quando la richiesta di aggiornamento sia formulata dall'impresa interessata sulla scorta dell'esito favorevole del controllo giudiziale), di modo che è pressoché inevitabile che *medio tempore* l'originaria misura interdittiva riacquisti formalmente efficacia.

A fronte di ciò, l'appellante si limita a opporre il rilievo meramente empirico che la società avrebbe potuto formulare la propria richiesta di aggiornamento anche prima della scadenza del controllo giudiziario: ma – in disparte che ciò conculca il diritto dell'impresa di fondare la richiesta proprio sull'esito positivo del controllo – una tale "cautela" giammai avrebbe potuto dare certezza di evitare la suindicata soluzione di continuità del possesso dei requisiti, essendo evidentemente non prevedibili *a priori* – nonostante una eventuale richiesta "ora per allora" - i tempi dell'istruttoria prefettizia;

6.3. soprattutto – rimanendo sul terreno della diligenza esigibile, e dell'affidamento - quello secondo cui la stazione appaltante, al momento della stipula del contratto di appalto, era perfettamente a conoscenza dell'esistenza della pregressa misura interdittiva, nonché della sua sospensione per effetto dell'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario anteriore alla partecipazione alla gara, ed era in grado di prevedere, tenuto conto dei tempi previsti per la realizzazione dell'opera, che in corso di esecuzione sarebbe sopravvenuta un'interruzione nel possesso del requisito di cui all'articolo 80, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 (e, a fronte di ciò, gli

opposti rilievi dell'appellante basati sulla diversità tra la centrale di committenza che gestì la procedura di gara e l'Azienda che stipulò il contratto non risultano tali da eliminare o ridurre il rilievo di tale connotato strutturale della fattispecie, e del suo rilievo ai fini che qui interessano);

6.4. infine, quello secondo cui non è possibile, in assenza di specifiche indicazioni normative, introdurre per via pretoria un periodo minimo "tollerabile" di interruzione del possesso dei requisiti, superato il quale sarebbe – in tesi – legittima la scelta dell'Amministrazione di risolvere il contratto, dovendo la questione essere risolta in modo da assicurare la certezza e la prevedibilità delle decisioni amministrative e giurisdizionali.

7. Proprio il rilievo della consapevolezza che la stazione appaltante aveva (o avrebbe comunque dovuto considerare) delle vicende – relative all'informativa – che si sarebbero verificate in fase esecutiva, va valorizzato al fine di pervenire a una soluzione che, ancorché confermativa delle conclusioni del primo giudice, sia basata su di un'interpretazione del quadro normativo focalizzata non tanto sulle norme del T.U. antimafia bensì su quelle del codice dei contratti pubblici.

Queste ultime, pur presentando indubbiamente un imperfetto coordinamento nel loro intersecarsi con la normativa antimafia, regolano direttamente l'esercizio del potere in questione.

Esse si prestano ad una lettura in linea con la *ratio* di favore per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici che è sottesa all'istituto del controllo giudiziario, e fondano conseguentemente il richiamato approccio non formalistico seguito dal primo giudice.

In particolare, i casi di risoluzione doverosa ai sensi dell'articolo 108, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 (peraltro *in parte qua* l'articolo 122, comma 2, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, attualmente in vigore, non presenta differenze sostanziali), vanno interpretati in modo rigorosamente restrittivo, e pertanto la previsione relativa all'ipotesi in cui "*nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che*

dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione" (relativa dunque a un operatore che solo in corso di esecuzione sia stato colpito dalla misura interdittiva), non può essere estesa anche alla diversa ipotesi in cui la misura esistesse già *ab initio*, ma la sua efficacia fosse sospesa (e la stazione appaltante fosse a conoscenza di tutto ciò).

In quest'ultima ipotesi, è ragionevole ritenere che non vi siano esiti obbligati, ma si riespanda la facoltà dell'Amministrazione di decidere se, e soprattutto quando, intervenire sul contratto in senso risolutorio, non essendo dunque condivisibile la tesi dell'odierna appellante che finisce con l'assimilare del tutto le due ipotesi.

8. Un simile esito è infatti innanzitutto coerente con la retrostante disciplina comunitaria dei contratti pubblici, la quale – evidentemente perché durante la fase di esecuzione non vi è un problema di *par condicio* e rispetto del confronto concorrenziale, potendo accordarsi almeno pari rilievo alle esigenze dell'Amministrazione - non contempla mai ipotesi di risoluzione obbligatoria del contratto, neanche nei casi in cui si accerti la presenza fin dall'inizio di una causa di esclusione (si veda in tal senso l'articolo 73 della direttiva 2014/24/UE).

Esso, inoltre, risulta coerente anche con il principio del risultato che, in quanto relativo anche alla fase esecutiva, suggerisce comunque di lasciare all'Amministrazione ogni volta che ciò sia possibile – e, dunque, senza mai entrare in frizione, neppure potenziale, con il principio di legalità (problema che, per le ragioni fin qui richiamate, nella fattispecie in esame non si pone) - un margine di valutazione sull'opportunità di portare a compimento l'esecuzione dell'appalto con l'originario affidatario, ovvero azzerare tutto a individuare un nuovo contraente.

9. Il richiamo ai suddetti princìpi aiuta a risolvere il problema legato al fatto che la fattispecie qui in esame (misura interdittiva già esistente, ma sospesa nell'efficacia e che riprende efficacia in corso di esecuzione del contratto) non è contemplata dall'articolo 108, d.lgs. n. 50/2016 né tra le cause di risoluzione obbligatoria né tra quelle di risoluzione facoltativa.

Il che non implica necessariamente che la stazione appaltante debba ritenere *tamquam non esset* la vicenda interdittiva sopravvenuta, ma piuttosto che, se al riacquisto di efficacia della misura originaria si accompagna la richiesta di aggiornamento e l'avvio da parte del Prefetto della necessaria istruttoria, tenuto conto dei tempi che quest'ultima necessariamente richiede, è ragionevole riconoscere all'Amministrazione un margine di valutazione sul da farsi che tenga conto, oltre che della durata di tale *iter* procedimentale, anche dello stato di esecuzione del contratto e dell'opportunità di affidare la residua esecuzione a un altro operatore economico.

La peculiarità della presente vicenda è data dal fatto che la stazione appaltante ha esercitato il proprio potere unicamente in ragione di una sopravvenienza di natura formale (peraltro, come chiarito, già nota all'atto dell'aggiudicazione): e non già in relazione ad una valutazione sulla reale sussistenza o meno dei presupposti, fattuali o giuridici, per la prosecuzione del rapporto negoziale.

Il che risulta contrario alle norme e ai princìpi sopra richiamati.

10. Tanto premesso, in relazione alla fattispecie dedotta e alle censure formulate con i motivi di appello, deve ritenersi:

10.1 che la pendenza del procedimento di aggiornamento dopo un esito favorevole del controllo giudiziario, pur in presenza di una sopravvenuta ripresa di efficacia dell'interdittiva originaria, possa costituire ragione di necessità o di pubblico interesse che, a norma dell'articolo 107, comma 2, del medesimo d.lgs. n. 50/2016, può determinare una sospensione dell'esecuzione in attesa della definizione del procedimento di aggiornamento (fermo restando che, a norma del successivo comma 3 del medesimo articolo, la sospensione può protrarsi solo "*per il tempo strettamente necessario*", e pertanto, qualora la Prefettura non si determini in tempi celeri, il RUP – salva ogni iniziativa dell'impresa per ottenere una determinazione finale sulla propria posizione – dovrà necessariamente adottare determinazioni definitive in ordine alla sorte del contratto);

10.2. che, ove tali ultime determinazioni dovessero essere nel senso dell'impossibilità di proseguire l'esecuzione del contratto con l'operatore interessato, l'Amministrazione potrà avvalersi dello strumento del recesso di cui all'articolo 109 dello stesso d.lgs. n. 50/2016;

10.3. che, in ogni caso, resta ferma la previsione di chiusura di cui all'articolo 94, comma 3, del d.lgs. n. 159/2011, che consente a determinate condizioni la prosecuzione dell'esecuzione del contratto con affidatari raggiunti da misure antimafia.

11. Per tali ragioni vanno respinti i motivi di appello e confermata – con motivazione parzialmente diversa – la sentenza impugnata.

Alla luce della superiore conclusione devono ritenersi recessivi tutti gli ulteriori argomenti sollevati dalle parti, e in particolare:

11.1. il richiamo dell'originaria ricorrente alla possibilità di sospensione dell'esecuzione prevista dall'articolo 19 del Disciplinare di gara, su cui va condivisa la statuizione del T.A.R. (peraltro non impugnata dalla parte privata) secondo cui tale previsione attiene a tutt'altre situazioni, mentre nella fattispecie dedotta la sospensione avrebbe potuto essere disposta in virtù della norma generale di cui al precitato articolo 107, d.lgs. n. 50/2016;

11.2. il fatto che la Prefettura, nel revocare l'originaria interdittiva, abbia applicato le misure di prevenzione collaborativa di cui all'articolo 94-*bis* del d.lgs. n. 159/2011, atteso che queste ultime non precludono la prosecuzione dei contratti in corso, e pertanto la loro esistenza non poteva costituire fondamento della risoluzione del contratto (specie se, come fa l'Amministrazione appellante, se ne assuma l'obbligatorietà);

11.3. l'irrilevanza dell'abbandono del cantiere compiuto dall'impresa, ancorché tale circostanza fattuale sia stata richiamata nel provvedimento impugnato in prime cure, essendo pacifico che nella specie la risoluzione è stata determinata non già da inadempimenti ma dal semplice sopravvenire (*rectius*: rivivere) della misura

interdittiva, diversamente – come pure rilevato dal T.A.R. - non potendo predicarsene il carattere obbligatorio ai sensi dell'articolo 108, comma 2, lettera *b*), d.lgs. n. 50/2016.

12. Dalle considerazioni che precedono discende che l'appello è infondato e che va pertanto respinto, con conferma – con diversa motivazione - della sentenza di primo grado qui gravata.

Sussistono, nondimeno, giusti motivi legati alla peculiarità della vicenda sottesa al presente contenzioso per disporre, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., per come espressamente richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a, l'integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

Luca Di Raimondo, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere

Enzo Bernardini, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Giovanni Tulumello	**Raffaele Greco**

IL SEGRETARIO