



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Requisiti di partecipazione – controllo giudiziario – art. 94, comma 2, d.lgs. 36/2023 e art. 34-bis d.lgs. 159/2011 - richiesta parere.

### **FUNZ CONS 2/2024**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 11 ottobre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 89102, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 24 gennaio 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Il quesito posto attiene alla possibilità di invitare ad una procedura di gara un operatore economico a carico del quale risulti disposto, per la durata di un anno, il controllo giudiziario ai sensi dell’art. 34-bis del d.lgs. 159/2011, nei termini indicati nella nota di richiesta parere.

Al fine di fornire un indirizzo generale sul quesito posto, si osserva preliminarmente che in continuità con quanto previsto dal previgente art. 80, comma 2, del d.lgs. 50/2016, l’art. 94, comma 2, del d.lgs. 36/2023, stabilisce che è «causa di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall’articolo 67 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all’articolo 84, comma 4, del medesimo codice. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. La causa di esclusione di cui all’articolo 84, comma 4, del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011 non opera se, entro la data dell’aggiudicazione, l’impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell’articolo 34-bis del medesimo codice. In nessun caso l’aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato».

La norma dispone quindi che la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall’art. 67 del d.lgs. 159/2011, o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all’art. 84, comma 4, dello stesso decreto legislativo, costituisce motivo ostativo alla partecipazione alle gare e, quindi, all’affidamento di contratti pubblici. Pertanto, per espressa previsione normativa, la causa di esclusione prevista dall’art. 94, comma 2, del Codice ha natura automatica, dovendo la stazione

appaltante, escludere dalla gara l'operatore economico colpito dalla sanzione interdittiva ivi prevista (si rinvia sull'argomento alla delibera n. 87/2023, UPREC/PRE/0390/2023/PREC/L).

Come osservato dall'Autorità (ancorché in relazione all'art. 80, comma 2, del d.lgs. 50/2016), «La norma, di raccordo con la disciplina del Codice Antimafia, mira a salvaguardare la legalità, l'imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione, nonché il corretto confronto concorrenziale, evitando che imprese colpite da cause di decadenza, sospensione o divieto di contrarre o nei cui confronti sono stati ritenuti sussistere eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionarne le scelte, possano costituire controparte contrattuale delle stazioni appaltanti. In virtù del principio del necessario possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'operatore per tutta la durata della gara e dell'esecuzione del contratto, senza alcuna soluzione di continuità, gli operatori non devono essere destinatari di una comunicazione o informazione interdittiva per tutta la durata dell'appalto». Ciò in quanto «l'interdittiva determina un'incapacità giuridica ex lege ad essere titolare di rapporti giuridici con la pubblica amministrazione (in tal senso Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza del 23 febbraio 2021, n. 1579); salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite» (Atto del Pres. 22.2.2023).

L'art. 94, comma 2, del d.lgs. 36/2023 (così come l'art. 80, comma 2, del d.lgs. 50/2016) stabilisce, tuttavia, che «La causa di esclusione di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011 non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del medesimo codice».

A sua volta, il citato art. 34-bis del d.lgs. 159/2011 prevede al comma 6, per quanto di interesse ai fini del parere, che le imprese «destinatari di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo». Ai sensi del comma 7 del medesimo art. 34-bis, il provvedimento che dispone il controllo giudiziario «sospende ...gli effetti di cui all'articolo 94», consistenti nell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Dalle norme richiamate deriva, quindi, che la causa di esclusione prevista dal citato art. 94, comma 2, del d.lgs. 36/2023, non opera nel caso in cui sia intervenuto a carico dell'impresa un provvedimento di ammissione al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del Codice Antimafia. Con la conseguenza che l'operatore economico interessato dalla predetta misura, può partecipare alle gare d'appalto, fermo tuttavia il necessario mantenimento, in capo allo stesso, dei requisiti generali e speciali di partecipazione alla gara, per tutta la durata della stessa e fino alla completa esecuzione del contratto d'appalto, senza soluzione di continuità (sul principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, ex pluribus, Cons. Stato, III, 14 dicembre 2022, n. 10935; V, 6 ottobre 2022, n. 8558; Ad. plen. 20 luglio 2015, n. 8).

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra «(...) che la sospensione ex lege degli effetti dell'informazione interdittiva a seguito dell'ammissione al controllo giudiziario ha efficacia solo pro futuro, consentendo la partecipazione all'impresa sottoposta a tale misura ad altre procedure, e quindi non abbia carattere retroattivo, in assenza di espressa disposizione che lo preveda. In particolare "il controllo giudiziario ex art. 34 bis cit. può sospendere gli effetti della interdittiva, ma non può eliminare gli effetti già prodotti dall'interdittiva stessa, da cui è stata attinta l'impresa in ragione del riscontrato pericolo di infiltrazione mafiosa nel peculiare periodo temporale in corso. Va escluso, pertanto, che l'assoggettamento a controllo giudiziario ex art. 34-bis cit. possa consentire

il diritto dell'impresa alla reintegrazione nella esecuzione dei lavori affidati nello specifico periodo in cui è stato necessario disporre una interdittiva antimafia." Conseguentemente, l'ammissione (o anche la sola richiesta di ammissione) al controllo giudiziario "non ha conseguenze sui provvedimenti di esclusione (anche adottati ai sensi dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016), i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara interamente considerata, di modo che non vi è possibilità di un ritorno indietro per via della predetta ammissione. Pertanto vale il principio generale dell'efficacia solo per l'avvenire dell'ammissione al controllo giudiziario, con la conseguente possibilità di partecipazione in situazioni di controllo ad altre procedure di gara (cfr. v. anche in motivazione)" (Consiglio di Stato, sez. V, 06.10.2022 n. 8558; in tal senso anche Cons. Stato, V, 14 aprile 2022, n. 2847). In tal senso si è espressa anche l'Autorità secondo cui l'impresa colpita da interdittiva antimafia non può conservare la propria posizione all'interno del RTI aggiudicatario, nonostante la successiva sottoposizione alla misura del controllo giudiziario, in quanto tale misura non ha effetto retroattivo e quindi non può sanare la perdita dei requisiti, in quanto la stessa costituisce un rimedio volto a consentire all'impresa che ne beneficia di partecipare alle procedure d'appalto successivamente indette, ma non anche a sanare la perdita dei requisiti (Delibera n. 988 del 18 novembre 2020)» (Atto del Pres. 22.2.2023 cit.).

Anche il giudice amministrativo ha osservato «la legge n. 55 del 2019, nell'introdurre, all'interno dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, il riferimento all'art. 34-bis del Codice antimafia, non abbia voluto attribuire valenza retroattiva al provvedimento di ammissione al controllo giudiziario rispetto agli effetti dell'interdittiva, ma solo chiarire che gli operatori economici ammessi al controllo giudiziario possono partecipare alle gare pubbliche indette successivamente all'adozione della predetta misura, proprio in ragione della sospensione temporanea degli effetti della stessa». Pertanto l'ammissione al controllo giudiziario produce i suoi effetti solo per l'avvenire, con la conseguente possibilità per l'impresa di partecipare ad altre e future procedure di gara (in tal senso Cons. di Stato n. 8481/2023 e precedenti ivi richiamati).

Per quanto sopra, quindi, sulla base del disposto dell'art. 94, comma 2, del d.lgs. 36/2023, nella parte in cui stabilisce che la causa di esclusione prevista dalla norma non opera nel caso in cui sia intervenuto un provvedimento di ammissione al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del Codice Antimafia, l'operatore economico interessato dalla predetta misura, può partecipare alle gare d'appalto, fermo tuttavia il necessario mantenimento, in capo allo stesso, dei requisiti generali e speciali di partecipazione alla gara, per tutta la durata della procedura stessa e fino alla completa esecuzione del contratto d'appalto, senza soluzione di continuità.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

*Avv. Giuseppe Busia*

Firmato digitalmente