

Publicato il 10/04/2024

N. 03266/2024REG.PROV.COLL.
N. 09385/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 9385 del 2023, proposto da -OMISSIS- s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 96994195C4, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, 323;

contro

Enea - Agenzia Nazionale Nuove Tecnologie Energia e Sviluppo Economico Sostenibile, Ufficio Territoriale del Governo Napoli, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Ministero dell'Interno, Consip s.p.a., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 15775/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Enea - Agenzia Nazionale Nuove Tecnologie Energia e Sviluppo Economico Sostenibile e dell'Ufficio Territoriale del Governo Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 febbraio 2024 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Tozzi e dello Stato Grumetto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Nell'ambito della procedura ristretta indetta dall'Agenzia Nazionale per le Nuove Tecnologie, l'Energia e lo Sviluppo Economico Sostenibile - Enea a seguito di disposizione presidenziale del 27 febbraio 2023 per l'affidamento dei servizi di pulizia ed igiene ambientale dei centri Enea di Casaccia e Frascati, la concorrente -OMISSIS- s.r.l. veniva esclusa per mancanza del requisito di moralità di cui all'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, essendo stata già sottoposta a controllo giudiziario *ex art. 34-bis* d.lgs. n. 159 del 2011, successivamente revocato, e frattanto non risultando iscritta nella cd. "*white list*", né nell'elenco delle imprese richiedenti la detta iscrizione.

Avverso il provvedimento d'esclusione e gli altri atti di gara la -OMISSIS- proponeva ricorso deducendo, in sintesi: che il mancato inserimento della -OMISSIS- fra le imprese richiedenti l'iscrizione alla *white list*, così come il mancato riscontro da parte della Prefettura di Napoli alla richiesta di chiarimenti della stazione appaltante, non potrebbero essere letti in senso sfavorevole all'interessata, la quale s'è tempestivamente attivata presentando istanza di permanenza nella stessa *white list*; l'omessa valorizzazione delle osservazioni procedurali della -OMISSIS-, incluso il riferimento alle misure di *self cleaning* adottate; l'insussistenza dell'ipotesi *ex art. 80*, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, stante il perdurare dell'efficacia del decreto di ammissione a controllo giudiziario nelle more delle considerazioni della

Prefettura in ordine agli effetti interdittivi; la violazione dei principi affermati dalla sentenza del CGA, n. 1004 del 2022, in base ai quali il riacquisto della capacità di contrattare con l'amministrazione in forza di controllo giudiziario, prima dell'adozione del provvedimento d'aggiudicazione, non determina l'esigenza di disporre l'esclusione del concorrente.

2. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza dell'Enea e dell'Ufficio Territoriale del Governo di Napoli, respingeva il ricorso, ritenendo l'infondatezza dell'assunto per cui gli effetti sospensivi del controllo giudiziario perdurerebbero fino alla definizione del procedimento di aggiornamento di cui all'art. 91, comma 5, d.lgs. n. 159 del 2011 dell'elenco delle imprese iscritte o richiedenti nella *white list*, ovvero alla conclusione del procedimento di aggiornamento della situazione antimafia.

L'interdittiva assolve a una funzione ben distinta da quella propria del controllo giudiziario, né quest'ultimo costituisce di per sé un superamento della prima, non modificando il giudizio in ordine ai pericoli di infiltrazione mafiosa, rimesso al Prefetto.

Per questo, la revoca del controllo giudiziario non influisce automaticamente sull'interdittiva antimafia precedentemente disposta, né può ammettersi la permanenza degli effetti sospensivi di un provvedimento revocato.

Di qui la legittimità dell'esclusione disposta dall'amministrazione, considerato che la ricorrente era risultata priva, al momento del controllo documentale, dell'iscrizione nella *white list*, risultando ancora efficace la precedente interdittiva.

3. Ha proposto appello la -OMISSIS- deducendo:

I) *error in iudicando*: sulla violazione e falsa applicazione di legge (art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016; art. 34-*bis*, 84 e 91, d.lgs. n. 159 del 2011); sulla permanenza dell'effetto sospensivo alla luce della pendenza del procedimento di conferma dell'iscrizione presso la cd. "*white list*";

II) *error in iudicando*: sulla violazione del giudicato penale e dei principi della CEDU;

III) *error in iudicando*: violazione di legge (art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016; art. 34-*bis*, 84 e 91, d.lgs. n. 159 del 2011 in relazione all'art. 57 dir. 2014/24/UE); sulla portata della sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia n. 1004 del 5 ottobre 2022; sull'erroneità delle considerazioni escludenti in ordine all'istituto dell'irretroattività del controllo giudiziario;

IV) *error in iudicando*: omessa pronuncia; sulla violazione e falsa applicazione di legge (art. 7 e 10-*bis* l. n. 241 del 1990, art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione all'art. 57 dir. 2014/24/UE);

V) *error in iudicando*: omessa pronuncia; sulla violazione e falsa applicazione di legge (art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016; art. 34-*bis*, 84 e 91, d.lgs. n. 159 del 2011); sulla sospensione degli effetti ostativi dell'interdittiva antimafia a seguito dell'ammissione al controllo giudiziario; sulla pendenza del procedimento di conferma dell'iscrizione presso la cd. *white list*; sull'illegittimità del provvedimento di esclusione; sull'illegittimità dell'annotazione presso il Casellario Informativo Anac;

VI) omessa pronuncia: sull'illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione ove intervenuto;

VII) sulla questione di illegittimità costituzionale.

4. Resistono al gravame l'Enea e l'Ufficio Territoriale del Governo di Napoli, chiedendone la reiezione.

5. All'udienza pubblica del 29 febbraio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Col primo motivo l'appellante si duole dell'errore commesso dal giudice di primo grado nell'affermare la reviviscenza automatica degli effetti dell'informativa antimafia a seguito della revoca del controllo giudiziario, per quanto quest'ultimo abbia dato esito favorevole.

Tale assunto si fonderebbe nella specie sull'affermata assenza d'iscrizione (e sua richiesta) nella *white list*, benché -OMISSIS- avesse invece presentato detta

richiesta il 16 maggio 2023, oltre ad aver presentato anche richiesta di aggiornamento *ex art.* 91, comma 5, d.lgs. n. 159 del 2011.

In tale contesto, il mancato inserimento della ricorrente nell'elenco dei richiedenti, così come il mancato riscontro dalla Prefettura alla richiesta di chiarimenti dell'Enea e alla istanza d'aggiornamento *ex art.* 91, comma 5, d.lgs. n. 159 del 2011 non potrebbero essere letti dall'amministrazione in termini sfavorevoli all'interessata.

Alla luce di ciò, la partecipazione alla gara era nella specie ben consentita grazie alla pendenza dell'istanza d'iscrizione alla *white list* e a quella di aggiornamento, né la -OMISSIS- poteva ritenersi ancora attinta da informativa antimafia a seguito della liberatoria piena riconosciuta dal Tribunale penale.

1.1. Col secondo motivo -OMISSIS- si duole dell'errore che il giudice di primo grado avrebbe commesso in relazione all'apprezzamento del rapporto fra il giudicato penale e il giudizio amministrativo: nella specie, sarebbe stata accertata in sede penale l'estraneità dei componenti della compagine sociale della -OMISSIS- al reato giustificativo della misura di prevenzione, e il che, insieme con l'espressa liberatoria antimafia da parte del Tribunale penale, avrebbe dovuto indurre a ritenere permanenti gli effetti sospensivi del controllo giudiziario *ex art.* 34-*bis* d.lgs. n. 159 del 2011 nelle more dell'esitazione dell'istanza di permanenza in *white list* e dell'istanza di aggiornamento antimafia.

Una diversa lettura contrasterebbe peraltro anche con i principi della CEDU, in linea con quanto la Corte EDU sta attualmente valutando nei rapporti fra assoluzione penale e provvedimento di confisca.

1.2. Col terzo motivo l'appellante censura l'errore commesso dal Tar nel respingere la doglianza con cui aveva dedotto in primo grado (con richiamo al precedente di cui a CGA, n. 1004 del 2022) la sussistenza in capo alla -OMISSIS- dei presupposti per poter essere ammessa alla gara, stante la sua partecipazione a seguito di ammissione a controllo giudiziario e la successiva

liberatoria disposta dal giudice penale, in un contesto in cui dunque giammai l'interessata ha perso i requisiti partecipativi, oltretutto in pendenza delle istanze di permanenza in *white list* e aggiornamento *ex art.* 91 d.lgs. n. 159 del 2011.

In tale prospettiva, la liberatoria penale intervenuta prima dell'aggiudicazione ben consente all'interessato di partecipare alla gara, in un contesto in cui d'altra parte il controllo giudiziario dà luogo a una deroga al principio di continuità del possesso dei requisiti.

1.3. Col quarto motivo l'appellante si duole dell'omissione motivazionale in cui il giudice di primo grado sarebbe incorso nel trascurare che l'amministrazione non aveva tenuto in alcun conto l'apporto procedimentale proveniente dall'interessata, e in specie la prova dell'istanza di permanenza nella *white list* presentata dalla -OMISSIS-, mai esitata dalla Prefettura.

A ciò si aggiungano i vari elementi espressivi della situazione di piena legalità in cui la -OMISSIS- si trova, quali l'adozione di modello organizzativo *ex d.lgs.* n. 231 del 2001, il *rating* di legalità ottenuto dall'Agcm, le varie commesse gestite dagli amministratori straordinari *ex art.* 32, comma 10, d.l. n. 90 del 2014, la revoca del controllo giudiziario per intervenuta bonifica della compagine societaria da qualsiasi tentativo d'infiltrazione criminale.

1.4. Col quinto motivo l'appellante si duole dell'errore commesso dal Tar nel non considerare che non è ravvisabile nella specie l'ipotesi immediatamente escludente *ex art.* 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, stante il perdurare dell'effetto dell'ammissione a controllo giudiziario, che non perde efficacia per il solo scadere del termine di insediamento del commissario, considerato del resto che v'è una proroga di fatto degli effetti sospensivi di cui all'*art.* 34-*bis* d.lgs. n. 159 del 2011 fino alla rideterminazione della Prefettura.

Analogo rilievo assumerebbe del resto il decreto di revoca del controllo giudiziario a fronte dell'accertata bonifica dell'impresa.

1.5. Col settimo motivo l'appellante deduce la possibile illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 50 del 2016 e del d.lgs. n. 159 del 2011 nella parte in

cui non disciplinano espressamente la permanenza degli effetti sospensivi dell'interdittiva antimafia nelle more della riedizione del potere prefettizio a valle dell'intervenuta liberatoria in sede penale.

1.6. I motivi, che vanno esaminati congiuntamente per connessione e interdipendenza di alcune delle questioni sollevate, non sono condivisibili.

1.6.1. Occorre premettere che, a seguito dell'ammissione a controllo giudiziario la -OMISSIS- era stata sì iscritta alla cd. "*white list*", bensì "*subordinata[mente] al permanere del controllo giudiziario*".

A seguito della revoca disposta il 13 luglio 2023, dunque, veniva meno l'iscrizione alla *white list* e riviveva l'interdittiva antimafia, a prescindere dal fatto che la revoca fosse avvenuta per ritenuta legalità della condizione della -OMISSIS-: in tale prospettiva era dunque in sé conforme alla situazione in essere la non iscrizione della -OMISSIS- alla *white list*, come risultante dall'elenco acquisito dalla stazione appaltante, in ultimo al 14 settembre 2023.

In tale contesto, d'altra parte, come chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, il controllo giudiziario e le relative vicende sono ben distinti - sul piano funzionale, nonché in relazione ai risvolti provvedimentali ed effettuali - dall'interdittiva antimafia.

Ha affermato l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, al riguardo, che "*non emerge una ricostruzione del rapporto tra l'interdittiva e il controllo giudiziario volontario in termini di pregiudizialità-dipendenza di intensità maggiore rispetto alla connessione genetica ricavabile dal più volte richiamato art. 34-bis, comma 6, del codice delle leggi antimafia e delle misure di sicurezza*"; di guisa che "*l'interdittiva svolge la sua funzione preventiva rispetto alla penetrazione nell'economia delle organizzazioni di stampo mafioso di tipo 'statico', e cioè sulla base di accertamenti di competenza dell'autorità prefettizia rivolti al passato;*

- a quest'ultimo riguardo, nel condividere la funzione preventiva del sistema di informazione antimafia del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, il controllo giudiziario persegue anche finalità di carattere 'dinamico' di risanamento dell'impresa interessata dal fenomeno mafioso e quindi [...], oltre al presupposto dell'occasionalità

dell'agevolazione mafiosa previsto dall'art. 34-bis, comma 6, del medesimo codice, richiede una prognosi favorevole del Tribunale della prevenzione penale sul superamento della situazione che ha in origine dato luogo all'interdittiva". Di qui "l'assenza di condizionamenti reciproci tra i due istituti ulteriori rispetto alla connessione genetica prevista dal più volte richiamato comma 6 dell'art. 34-bis" (Cons. Stato, Ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 7 e 8).

Dal che deriva che la mera revoca del controllo giudiziario non determina il venir meno dell'interdittiva (oltreché del suo apprezzamento di legittimità: Cons. Stato, III, 16 giugno 2022, n. 4912; 4 febbraio 2021, n. 1049; 11 gennaio 2021, n. 319), considerato del resto che il controllo costituisce appunto un *post factum* rispetto all'interdittiva (Cons. Stato, n. 1049 del 2021, cit.; n. 319 del 2021, cit.).

In tale prospettiva, emerge d'altra parte nel caso di specie come la revoca del provvedimento interdittivo sia avvenuta successivamente, solo con atto prefettizio dell'8 gennaio 2024 e a fronte della previsione delle misure di cui all'art. 94-bis d.lgs. n. 159 del 2011, con corrispondente (condizionata e speculare) iscrizione alla *white list* della -OMISSIS-.

Emerge dunque chiaramente, da un lato, che senz'altro è mancata l'iscrizione alla *white list* nel periodo qui coinvolto, successivo alla revoca del controllo; dall'altro che non è venuta meno (fino a sua revoca) l'interdittiva in sé.

Né, d'altra parte, l'accertamento compiuto dal giudice penale ai fini della revoca del controllo giudiziario assume valore di giudicato rispetto al (distinto) provvedimento d'interdittiva (cfr., espressamente, Cons. Stato, n. 4912 del 2022, cit.).

Per le stesse ragioni, non può *sic et simpliciter* ravvisarsi una qualche (perdurante) sospensione dell'effetto dell'interdittiva antimafia per il solo favorevole esito del controllo giudiziario.

Di qui la corretta valutazione della stazione appaltante di ravvisare una ragione escludente *ex art.* 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 e la non pertinenza del precedente di cui a CGA, n. 1004 del 2022, relativo alla diversa

ipotesi in cui il controllo giudiziario (non già la sua revoca) sopraggiunga in corso di procedura.

In tale contesto, neppure può assumere rilievo la dedotta presentazione di richiesta d'iscrizione, come invocata dalla -OMISSIS-: oltre al fatto che l'effetto della stessa, affermato giusta circolare ministeriale del 23 marzo 2016 invocata dall'appellante (in cui si prevede che “*dopo aver soddisfatto l'obbligo di consultare la white list, in tal modo accertandosi che l'impresa abbia già assolto l'onere di richiedere l'iscrizione potrà dare avvio all'iter contrattuale ricorrendo alla Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia*”, e cioè “*consulterà la Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia immettendo i dati relativi all'impresa, come in ogni altra situazione di ordinaria consultazione di tale piattaforma finalizzata al rilascio di documentazione antimafia*”) non è pertinente rispetto all'ipotesi di sussistenza di un (valido ed efficace) provvedimento interdittivo antimafia e di una (già conformata) subordinazione dell'iscrizione alla *white list* alla permanenza del controllo giudiziario, va osservato che, a ben vedere, la -OMISSIS- non figurava fra le imprese richiedenti l'iscrizione alla *white list*, in un contesto in cui in effetti la stessa aveva già attraversato varie vicende inerenti alla documentazione antimafia ed era stata già inserita (subordinatamente alla permanenza del controllo giudiziario) alla detta *white list*, sicché difettava una richiesta d'iscrizione *stricto sensu*, agli effetti suindicati (su cui cfr. invece, in generale, l'art. 3, comma 1, d.p.c.m. 18 aprile 2013), venendo in rilievo semmai, nella specie, un'ipotesi di aggiornamento dell'informativa antimafia (già sfavorevole per l'impresa) *ex art. 91, comma 5, d.lgs. n. 159 del 2011*, come del resto valorizzata anche in sede di accoglimento della corrispondente domanda avverso il silenzio avanzata dall'interessata davanti al Tar Campania (sentenza n. 6857 del 2023, in atti; anche l'art. 5 d.p.c.m. 18 aprile 2013 non è qui direttamente pertinente, atteso che l'iscrizione alla *white list* della -OMISSIS- nasceva già conformata in funzione della permanenza del controllo; analogamente, l'istanza del 16 maggio 2023 in termini di “*conferma*” o “*permanenza*” dell'iscrizione si poneva

su un piano diverso rispetto a quello della nuova “*richiesta*” d’iscrizione *ex art.* 3, comma 1, d.p.c.m. 18 aprile 2013, così come dalla prospettiva qui fatta valere in ragione dell’esito favorevole del controllo, essendo la detta istanza anteriore al decreto di revoca del Tribunale, e rimanendo collocata, sul profilo sostanziale, in un contesto di vigenza dell’interdittiva).

Ciò a prescindere dal fatto che l’effetto d’una constatata richiesta si risolverebbe, come suesposto, nello svolgimento dei controlli attraverso la Banca Dati Nazionale Unica nei termini suindicati (cfr. anche l’art. 3-*bis* d.p.c.m. 18 aprile 2013), quando nella specie la -OMISSIS- risultava (già) attinta da interdittiva (e il che era noto all’amministrazione, tra l’altro anche comunicato in sede procedimentale della stessa interessata), di suo non superata (e, a ben vedere, revocata solo il successivo 8 gennaio 2024).

In tale contesto, non sono dunque condivisibili le doglianze dell’appellante volte a contestare la sussistenza della causa escludente di cui all’art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, ravvisata dall’amministrazione proprio per la mancata iscrizione alla *white list* (in una alla contestuale interdittiva antimafia) quale carenza appunto di un requisito *soggettivo* in capo al concorrente ai fini della partecipazione alla gara (cfr., peraltro, Cons. Stato, III, 14 dicembre 2022, n. 10935, che valorizza la necessaria iscrizione alla *white list*, nei pertinenti settori, quale requisito soggettivo di partecipazione alle gare, equiparato alle informative antimafia, *ex art.* 1, comma 52, l. n. 190 del 2012; analogamente, cfr. Id., V, 27 ottobre 2023, n. 9284, anche in ordine alla corrispondente applicazione del principio di continuità dei requisiti e dell’operatività dell’eterointegrazione dei bandi al riguardo).

In tale contesto, neppure è dato ravvisare i profili d’illegittimità costituzionale richiamati dalla -OMISSIS-, neppure in relazione alla CEDU, ben collocandosi la fattispecie nel sistema delle informative antimafia, come concepito proprio in ragione della conformazione (e diversa funzione) dei due istituti dell’informativa (e iscrizione alla *white list*) e del controllo giudiziario, in un contesto connotato d’altra parte dall’eccezionalità delle deroghe

all'inibitoria conseguente all'interdittiva (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 ottobre 2020, n. 23; in generale, per gli effetti dell'interdittiva, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3), oltrech  dall'assenza di un giudicato d'accertamento rilevante rispetto all'interdittiva nelle valutazioni eseguite a fini di revoca del controllo (cfr. di nuovo Cons. Stato, n. 4912 del 2022, cit.).

Ancora, sono infondate le doglianze sollevate dall'appellante in relazione all'omessa considerazione, in sede procedimentale, delle osservazioni dell'interessata, atteso che la stazione appaltante aveva a ben vedere attivato un soccorso istruttorio (non gi  adottato un preavviso di rigetto *ex art. 10-bis* l. n. 241 del 1990) a seguito del quale ha espresso le proprie valutazioni finali, in un contesto in cui sono comunque non condivisibili le doglianze di merito sollevate dalla -OMISSIS-.

Parimenti non conducenti sono i richiami agli altri elementi virtuosi ravvisabili in capo alla -OMISSIS- (quali il *rating* di legalit , l'adozione di modello *ex d.lgs.* n. 231 del 2001, *etc.*), che non valgono di per s  a superare la carenza d'iscrizione alla *white list* e l'interdittiva, agli effetti di cui all'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016.

1.7. Alla luce di quanto suesposto, i motivi di doglianza sopra indicati vanno respinti, mentre   di suo privo di rilievo il sesto (con cui si deduce l'illegittimit  derivata dell'aggiudicazione, ove nelle more disposta), considerato che l'amministrazione ha dato conto non essere stato adottato alcun provvedimento aggiudicativo, in un contesto in cui comunque la doglianza andrebbe rigettata, in quanto proposta appunto in via derivata.

2. In conclusione, per le suesposte ragioni, l'appello va respinto.

2.1. La peculiarit  della fattispecie e la complessit  di alcune delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa integralmente le spese di lite fra le parti.

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

Vista la richiesta dell'interessata e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, 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 l'appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

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