

Publicato il 19/02/2020

N. 00805/2020 REG.PROV.COLL.
N. 02639/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2639 del 2019, proposto da Media Group S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli alla via P. Colletta n. 12;

contro

Comune di Carinola, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano La Marca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli alla Via Luciana Pacifici n. 6 (già Via Azzariti);

nei confronti

Digeco S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Clemente Manzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- A) del provvedimento di rigetto della istanza di annullamento della Determina n. 260 del 01.12.2018 RG 563 con la quale si è provveduto ad escludere e revocare l'aggiudicazione della ricorrente dalla procedura di gara per l'esecuzione dei “Lavori di manutenzione straordinaria delle scuole primarie delle frazioni di Nocelleto e di Casanova e della scuola materna di Nocelleto, appartenenti all'istituto comprensivo Carinola/Falciano del Massico”;
- B) del provvedimento di rigetto della istanza di annullamento della Determinazione n. 93 del 23.05.2019 con la quale si è provveduto ad aggiudicare definitivamente l'esecuzione dei suddetti lavori alla Società DIGECO SRL, il tutto a seguito dello scorrimento della graduatoria per l'Interdittiva Antimafia emessa a carico della Media Group srl, i cui effetti però sono stati sospesi dall'ammissione al controllo giudiziario;
- C) della Determinazione n. 93 del 23.05.2019 con la quale si è provveduto ad aggiudicare definitivamente l'esecuzione dei suddetti lavori alla Società DIGECO SRL, il tutto a seguito dello scorrimento della graduatoria per l'Interdittiva Antimafia emessa a carico della Media Group srl, i cui effetti però sono stati sospesi dall'ammissione al controllo giudiziario;
- D) del provvedimento di revoca dell'Aggiudicazione a favore della Media Group s.r.l. emesso dall'Ente Comunale ovvero del provvedimento di mancata riammissione alla gara della Media Group srl dovuta per l'applicazione del controllo giudiziario;
- E) del contratto se stipulato tra l'Amministrazione Comunale e l'impresa aggiudicataria se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente e se ed in quanto intervenuto;

F) del Bando, disciplinare e di altro provvedimento, connesso, collegato, propedeutico se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

Nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'aggiudicataria in via definitiva alla gara e con espressa

Con richiesta

di conseguire l'aggiudicazione della gara, per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile e all'immediata stipula del contratto – subentrando, quindi, in luogo dell'aggiudicataria – e all'immediato avvio di lavori messi a gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Carinola e della Digeco S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2019 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 20/21 giugno 2019 e depositato il successivo 27 giugno la Media Group s.r.l. ha premesso di essersi aggiudicata (con provvedimento n. 11750 del 3 ottobre 2018) l'appalto indetto dal Comune di Carinola per l'affidamento dei *“Lavori di manutenzione straordinaria delle scuole primarie delle frazioni di*

Nocelleto e di Casanova e della scuola materna di Nocelleto, appartenenti all'istituto comprensivo Carinola/Falciano del Massico” per un importo di euro 54.885,67.

Senonché all'esito delle verifiche sulla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, il Comune di Carinola con nota del 4 dicembre 2018 (prot. n. 14464) ha comunicato alla ricorrente che: *“...il Prefetto di Caserta, con nota prot. n. 31935 del 29.03.2018 acquisita al protocollo ANAC n. 28782 del 03.04.2018 ha trasmesso all'Autorità, ai sensi dell'art.91, comma 7 bis del d.lgs. 159/2011, il Provvedimento interdittivo Antimafia della medesima Prefettura prot. 31935 del 29.03.2018, emesso nei confronti di codesta società con il quale informa che, nei confronti della stessa, dei soggetti di cui all'art. 85 del d.lgs. n. 159/2011 e dei relativi conviventi, sussistono le situazioni di cui all'art. 84, comma 4 e all'art. 91, comma 6 del d.lgs. n. 6/9/2011, n. 159 e s.m.i.”.*

Con la stessa comunicazione, prosegue la società attrice, il Comune di Carinola l'ha informata di averla esclusa con determina 1° dicembre 2018 n. 260 dalla procedura di gara in ragione della predetta informazione interdittiva ai sensi dell'art. 80 del codice dei contratti, a conclusione del procedimento avviato con nota del 25 ottobre 2018 (prot. n. 12795).

In data 8 febbraio 2019 la società ricorrente ha proposto al Tribunale di SMCV – Sezione Prevenzione un'istanza di applicazione della misura del controllo giudiziario delle aziende ai sensi dell'art. 34bis del d.lgs. n. 159/2011 che il Tribunale ha accolto con provvedimento del 5 aprile 2019.

Sulla base di tale provvedimento la Media Group s.r.l. ha chiesto al Comune di Carinola con nota datata 28 maggio 2019, rimasta senza esito, l'annullamento dell'aggiudicazione nel frattempo disposta in

favore dell'Impresa Digeco con Determinazione del 23 maggio 2019, n. 93.

Avverso tale provvedimento di aggiudicazione e la revoca dell'aggiudicazione disposta in proprio favore, unitamente agli ulteriori atti in epigrafe indicati, la Media Group ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio sulla base dei seguenti motivi di gravame:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.- violazione e falsa applicazione del comma 6, 7, dell'art. 34 bis del codice antimafia – violazione dell'art. 3 della Legge 241 del 1990 – carenza istruttoria – difetto di presupposti.

Nonostante, la Media Group s.r.l. sia stata ammessa al controllo giudiziario, ottenendo la sospensione degli dell'informazione interdittiva, il Comune di Carinola ha confermato il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e, benché siano venuti meno i presupposti dell'esclusione, ha comunque aggiudicato i lavori a favore dell'odierna controinteressata DIGECO s.r.l..

In particolare, prosegue parte ricorrente, l'esclusione e la revoca dell'aggiudicazione hanno come presupposti l'informazione interdittiva adottata nei propri confronti i cui effetti, però, erano stati sospesi con il provvedimento del Tribunale del 5 aprile 2019 di ammissione al controllo giudiziario (art. 34 bis, co. 6, d.lgs. n. 159/2011), di modo che la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre la riammissione della Media Group s.r.l., confermando l'aggiudicazione, vieppiù considerando che la stessa ricorrente è stata anche riammessa in data 15 maggio 2019 alla White List.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – violazione e falsa applicazione del codice antimafia – violazione dell'art. 21 quater della legge 241 del 1990 – carenza istruttoria – difetto di presupposti. Secondo la ricorrente, con la sospensione degli effetti della interdittiva, quest'ultima avrebbe dovuto essere considerata non eseguibile con la conseguenza che il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e l'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata sarebbero illegittimi; la sospensione degli effetti della informazione interdittiva, prosegue la ricorrente, sono precedenti di qualche mese della determina di aggiudicazione a favore della controinteressata, sicché il rapporto di stretta consequenzialità tra il provvedimento interdittivo e la revoca della aggiudicazione, ha fatto venir meno la sussistenza dei presupposti del secondo provvedimento (revoca dell'aggiudicazione).

III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – violazione e falsa applicazione del codice antimafia – violazione dell'art. 21 quater della legge 241 del 1990 – Carenza istruttoria – difetto di presupposti
Il provvedimento di nomina del controllore giudiziario risale al 3 aprile 2019, mentre la conferma della revoca dell'aggiudicazione in favore della ricorrente e di affidamento alla controinteressata è del 23 maggio, quando già si erano prodotti gli effetti sospensivi, senza contare che con nota del 2 maggio 2019 ((Cat.12.B.16/ANT/AREA 1^)) la Prefettura di Caserta ha informato tutti i Comuni della Provincia di Caserta, incluso quello di Carinola, dell'intervenuta sospensione degli effetti dell'informazione interdittiva e il 15 maggio la ricorrente è stata iscritta nuovamente alla White List.

Si sono costituiti il Comune di Carinola e la controinteressata Digeco s.r.l., rilevando preliminarmente l'irricevibilità del ricorso per

mancata impugnazione del provvedimento di esclusione del 1° dicembre 2018 e contestando, nel merito, le censure di parte attrice.

Con ordinanza 24 luglio 2019, n. 1185 questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione cautelare.

Le parti hanno prodotto memorie e repliche ai sensi dell'art. 73 c.p.a. e all'udienza pubblica del 4 dicembre 2019 la causa è stata introitata in decisione.

Può prescindersi dall'esame delle eccezioni irricevibilità articolate dalle resistenti, in quanto il ricorso è infondato nel merito.

Le censure di parte ricorrente, obiettivamente connesse, possono esaminarsi congiuntamente.

Giova preliminarmente puntualizzare in punto di fatto le circostanze salienti ai fini della definizione della controversia.

Il bando di indizione della gara oggetto del giudizio è stato pubblicato in 29 giugno 2017, in data 29 marzo 2018 veniva adottata l'informazione interdittiva antimafia nei confronti della ricorrente ai sensi dell'art. 84 testo unico antimafia, mentre la proposta di aggiudicazione in favore della Media Group è del 1° ottobre 2018 precedente, cioè, alla comunicazione al Comune da parte della Prefettura di Caserta dell'avvenuta adozione dell'informazione interdittiva nei confronti della ricorrente. In data 25 ottobre 2018 il Comune di Carinola avviava il procedimento di esclusione della Media Group s.r.l. dalla selezione, culminato poi con l'esclusione del 1° dicembre 2018. In data 5 aprile 2019, poi, il Tribunale di SMCV ammetteva la ricorrente alla misura del controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34 bis, co. 6, del d.lgs. n. 159/2011 con conseguente sospensione *ex lege* degli effetti del provvedimento antimafia, mentre

L'aggiudicazione in favore della controinteressata è stata disposta con Determinazione del Comune di Carinola del 23 maggio 2019 n. 93.

Ciò premesso, quanto alla successione cronologica dei fatti rilevanti, il giudizio ruota essenzialmente intorno alla questione delle conseguenze sulle procedure di appalto in corso del provvedimento di ammissione al controllo giudiziario di cui al predetto articolo 34 *bis* degli operatori economici attinti da informativa interdittiva antimafia.

L'art. 80, co. 5 lett. f) del codice dei contratti, contempla espressamente tra i requisiti di partecipazione alle procedure di appalto degli operatori economici, l'assenza di provvedimenti che interdicano alle imprese di contrarre con la Pubblica Amministrazione, di modo che l'adozione, anche se nel corso di una procedura di evidenza pubblica, di un siffatto provvedimento nei confronti di un partecipante comporta il venir meno di un requisito di partecipazione e l'obbligo della stazione appaltante di escludere l'operatore economico che ne sia stato attinto (cfr. *ex multis* TAR Campania, sez. I, 10 febbraio 2020, n. 628).

A fronte di tale pacifica regola, l'art. 34 bis, co. 7 del codice antimafia prevede che l'ammissione alla misura del controllo giudiziario "*sospende*" gli effetti di cui all'art. 94 del medesimo codice ovvero il divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione, richiamato dall'art. 80 del codice dei contratti.

Ciò premesso, il Collegio, in linea con quanto già rilevato in sede cautelare, ritiene che la sospensione *ex lege* degli effetti dell'informazione interdittiva a seguito dell'ammissione alla misura del controllo giudiziario non abbia carattere retroattivo, in assenza di un'espressa disposizione che ciò preveda, non potendosi

riconnettere, quindi, alla misura dell'ammissione al controllo giudiziario l'obbligo della Amministrazione aggiudicatrice di annullare la precedente esclusione e riammettere alla gara il partecipante, tanto meno di ritirare gli atti che conseguono alla disposta esclusione e, segnatamente, l'aggiudicazione disposta successivamente in favore di un altro operatore economico.

Del resto, una diversa conclusione, introdurrebbe un profondo *vulnus* alla certezza e speditezza delle procedure di gara, rendendo precari gli atti della procedura adottati dopo l'esclusione disposta per effetto dell'adozione del provvedimento interdittivo e obbligando la stazione appaltante, nel caso in cui l'impresa esclusa sia poi ammessa al controllo giudiziario, a tornare sui propri passi e riattivare il procedimento selettivo a partire dalla fase in cui esso si trovava al momento della disposta esclusione, con una rilevante deroga al principio per il quale i partecipanti alle gare di appalto devono possedere i requisiti di partecipazione per l'intera durata della procedura selettiva (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8/2015)

Invero, la sospensione degli effetti dell'informativa antimafia conseguente all'ammissione al controllo giudiziario costituisce, invece, un rimedio volto a consentire all'impresa che ne beneficia di partecipare alle procedure di appalto successivamente indette, ma non anche a "sanare" la partecipazione dell'operatore economico la cui partecipazione alla gara a seguito dell'intervenuta perdita dei requisiti nel corso della procedura, deve ritenersi, come visto, irrimediabilmente inficiata. Tale conclusione, peraltro, sembra trovare sostanziale supporto nella circostanza che la stessa offerta formulata dall'impresa è in tali casi predisposta precedentemente all'insediamento dell'Amministratore giudiziario, prima quindi

dell'avvio di quel controllo a cui il citato articolo 34 bis del codice antimafia subordina la sospensione degli effetti interdittivi.

In ogni caso nella fattispecie in esame il provvedimento di esclusione (1° dicembre 2018) è *per tabulas* precedente all'ammissione al controllo giudiziario (5 aprile 2019), mentre non risulta che il Comune convenuto abbia adottato alcun provvedimento di "conferma" dell'esclusione, come preteso da parte ricorrente, tenuto conto che con la gravata Determinazione 23 maggio 2019, il Comune di Carinola non ha riesaminato il predetto provvedimento espulsivo ma si è limitato a disporre l'aggiudicazione in favore dell'odierna controinteressata, senza tornare su quella precedente decisione.

Sul punto la giurisprudenza costante afferma che *"allo scopo di stabilire se un atto amministrativo sia meramente confermativo (e perciò non impugnabile) o di conferma in senso proprio (e, quindi, autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini), occorre verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione degli interessi. In particolare, non può considerarsi meramente confermativo rispetto ad un atto precedente l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, giacché l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, sia pure mediante la rivalutazione degli interessi in gioco e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie considerata, può condurre a un atto propriamente confermativo in grado, come tale, di dare vita ad un provvedimento diverso dal precedente e quindi suscettibile di autonoma impugnazione"* (Cons. Stato, IV, 30 dicembre 2019, n. 8909 che richiama id, 12 ottobre 2016, n. 4214; id., 29 febbraio 2016, n. 812; id., 12 febbraio 2015, n.758; id. 14 aprile 2014, n. 1805).

In definitiva le censure proposte si appalesano infondate e il ricorso deve quindi essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento della complessiva somma euro 3.000 (tremila/00) oltre accessori di legge, da ripartire in misura della metà in favore di ciascuna delle parti intime costituite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maurizio Santise, Primo Referendario

Domenico De Falco, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico De Falco

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO