

N. 03606/2014REG.PROV.COLL.
N. 01795/2014 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1795 del 2014, proposto da:
Ministero dell'Interno, in persona del Ministro *pro tempore*,
rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato,
domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Gierregi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'Avv. Giuseppe Sardo, con domicilio eletto
presso l'Avv. Simona Barberio in Roma, via Montello, n. 20;

nei confronti di

Comune di Lamezia Terme, in persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Carnovale Scalzo,
dall'Avv. Salvatore Leone, dall'Avv. Caterina Flora Restuccia, con
domicilio eletto presso l'Avv. Francesco Mirenzi in Roma, via
Camesena, n. 46;

Cablely Company s.r.l., appellata non costituita;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE I n. 01178/2013, resa tra le parti, concernente la revoca dell'aggiudicazione definitiva dei lavori di costruzione della strada per interdittiva antimafia

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Gierregi s.r.l. e del Comune di Lamezia Terme;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2014 il Cons. Massimiliano Noccelli e udito per il Ministero appellante l'Avvocato dello Stato Ferrante e per Gierregi s.r.l. l'Avv. G. Sardo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Giellegi s.r.l. ha impugnato avanti al T.A.R. Calabria, sezione staccata di Catanzaro, la determinazione n. 73 del 26 luglio 2013 del dirigente del settore programmazione e realizzazione opere strategiche del Comune di Lamezia Terme, con la quale è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione, in conseguenza di nota della Prefettura di Catanzaro, recante un'informazione supplementare atipica ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. n. 252/1998 a carico della società.

2. Ha impugnato, inoltre, l'informazione atipica del Prefetto di Catanzaro.

3. Ha dedotto la società ricorrente l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e la carenza assoluta di motivazione e la violazione dell'art.

4 del d. lgs. 490/1994, poiché il Comune avrebbe attribuito all'informazione atipica un effetto di per sé interdittivo del rapporto contrattuale in atto, omettendo di motivare in ordine alle valutazioni discrezionali spettanti alla stazione appaltante in ordine al pericolo di condizionamento mafioso, e la violazione dell'art. 7 della l. 241/1990, poiché sarebbe stata omessa la comunicazione di avvio del procedimento.

4. La ricorrente ha chiesto al T.A.R. calabrese, pertanto, l'annullamento del provvedimento impugnato.

5. Si è costituito il Ministero dell'Interno depositando documenti e chiedendo il rigetto del ricorso.

6. Si è costituito, altresì, il Comune di Lamezia Terme, deducendo l'infondatezza delle doglianze esposte nel ricorso.

7. Con ricorso per motivi aggiunti Gierregi s.r.l. ha esteso l'impugnazione al provvedimento n. 100 del 15/10/13 del dirigente del settore programmazione e realizzazione opere strategiche del Comune di Lamezia Terme, che ha confermato il precedente provvedimento di revoca dell'aggiudicazione per l'esistenza di una informazione antimafia interdittiva prot. 59607 del 22 luglio 2013 del Prefetto della Provincia di Catanzaro.

8. Il gravame è stato affidato alle seguenti doglianze:

1) violazione del d. lgs. 159/2011, della l. 241/1990, dell'art. 97 Cost., del principio del *ne bis in idem*, poiché il Prefetto di Catanzaro, nell'adottare l'informazione antimafia interdittiva, si sarebbe limitato a riprodurre le argomentazioni di cui alla precedente informazione supplementare o atipica e l'unica operazione compiuta sarebbe un mutamento della denominazione del provvedimento adottato, sicché l'adozione di informazione interdittiva costituirebbe una larvata elusione del c.d. giudicato cautelare e l'atto sarebbe stato emesso in carenza di adeguata istruttoria e di motivazione.

2) violazione degli artt. 10 e 11 del d.P.R. 252/1998, degli artt. 84, 91 e 120 del d. lgs. 159/2011, dell'art. 4 del d. lgs. 490/1994, l'eccesso di potere per violazione della circolare 18 dicembre 1998 n. 559, per carenza di motivazione e violazione del contraddittorio, violazione del contratto di appalto, poiché il quadro indiziario posto alla base dell'informazione non sarebbe tale da giustificare la valutazione circa l'esistenza di situazioni relative a tentativi di infiltrazione mafiosa e vi sarebbe, inoltre, contraddittorietà tra le valutazioni operate dal Prefetto nell'emettere l'informazione atipica, che aveva escluso l'esistenza di situazioni ostative, e quelle alla base dell'informazione interdittiva, basata sugli stessi fatti per i quali, però, sarebbe giunto a conclusioni opposte.

9. La ricorrente, quindi, ha chiesto l'annullamento anche degli atti gravati col ricorso per motivi aggiunti.

10. Il Ministero dell'Interno e il Comune di Lamezia Terme hanno prodotto memorie con le quali hanno replicato alle doglianze esposte

nei motivi aggiunti.

11. Il T.A.R. Calabria, sezione staccata di Catanzaro, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti e, conseguentemente, annullava la determinazione dirigenziale n. 73 del 26 luglio 2013 del Comune di Lamezia Terme, l'informazione interdittiva della Prefettura di Catanzaro n. 52978 del 17 luglio 2013 e il provvedimento n. 100 del 15 ottobre 20113 del dirigente del settore programmazione e realizzazione opere strategiche del Comune di Lamezia Terme.

12. Avverso tale sentenza ha proposto appello il Ministero dell'Interno, lamentandone l'erroneità, e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma.

13. Si è costituita l'appellata Gierregi s.r.l., opponendosi all'accoglimento dell'appello.

14. Si è altresì costituito il Comune di Lamezia Terme, aderendo invece al proposto gravame e chiedendone l'accoglimento.

15. Con ordinanza n. 1242 del 20.3.2014 veniva accolta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata.

16. Nella pubblica udienza del 12.6.2014 il Collegio, uditi i difensori, delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

17. L'appello è in parte fondato, per le ragioni che si esporranno, e merita pertanto parziale accoglimento.

18. Nella vicenda oggetto di controversia ad una prima informativa supplementare o atipica è succeduta una seconda informativa, questa volta tipica, che ha recepito i contenuti della prima, rilevando in aggiunta come la sostituzione del precedente amministratore con il

nuovo, impersonato dalla moglie del precedente, non faceva venir meno il rischio di infiltrazione mafiosa.

19. Occorre ricordare che l'informativa antimafia c.d. atipica, a differenza di quella c.d. tipica, non ha carattere (direttamente) interdittivo, ma consente alla stazione appaltante l'attivazione di una valutazione discrezionale in ordine all'avvio o al prosieguo dei rapporti contrattuali, alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la pubblica amministrazione, sicché la sua efficacia interdittiva può eventualmente scaturire soltanto da una valutazione autonoma e discrezionale dell'Amministrazione destinataria.

19.1. In sostanza l'informativa antimafia atipica, ancorché non sia priva di effetti nei confronti delle Amministrazioni, non ne comprime integralmente le capacità di apprezzamento, con la conseguenza che i provvedimenti di mantenimento o di risoluzione del rapporto devono essere comunque il frutto di una scelta motivata della stazione appaltante (Cons. St., sez. III, 12.9.2013, n. 4511).

19.2. Bene ha pertanto ritenuto il T.A.R., nell'annullare il primo provvedimento emesso dal Comune di Lamezia Terme e, cioè, la determinazione dirigenziale n. 73 del 26 luglio 2013 del Comune di Lamezia Terme, che essa difettesse di qualsivoglia discrezionale valutazione in ordine al mantenimento o alla risoluzione del rapporto contrattuale con Giellegi s.r.l. e, del resto, sul punto la sentenza impugnata non è stata oggetto di gravame, sicché al riguardo si è formato il giudicato.

20. Diverso e più complesso ragionamento deve invece svolgersi e a diverse conclusioni deve invece pervenirsi rispetto al secondo provvedimento di risoluzione contrattuale, adottato dal Comune, dato che esso è conseguente alla seconda informativa, questa volta tipica, avente effetti interdittivi.

20.1. Il primo giudice ha ravvisato un'intima contraddittorietà tra la prima informativa, atipica, e la seconda, tipica, in quanto entrambe sarebbero fondate sui medesimi presupposti di fatto, rilevando che *“gli identici elementi sono adottati a fondamento di una prima valutazione di inesistenza di situazioni relative a tentativi di infiltrazione mafiosa e di una successiva valutazione opposta”* (pp. 13-14 della sentenza impugnata).

20.2. Il T.A.R. ha così trascurato che la differenza tra l'informativa tipica e quella atipica non sta nella natura o nell'intensità degli elementi posti a base della valutazione prefettizia circa la permeabilità dell'impresa a condizionamenti mafiosi, bensì nella coerenza degli effetti scaturenti dall'una o dall'altra, giacché la prima vincola la stazione appaltante a interrompere il rapporto con l'impresa e la seconda lascia ad una valutazione discrezionale della stazione l'opportunità di mantenerlo.

20.3. In entrambe, quindi, è richiesto che la valutazione prefettizia si fondi su elementi concreti in ordine al rischio di permeabilità mafiosa, rischio che *“non deve essere immaginifico né immaginario, ma neppure provato, purché sia fondato su elementi presuntivi ed indiziari la cui valutazione è rimessa alla lata discrezionalità del prefetto”* (Cons. St., sez. III, 19.12.2011, n. 6643).

20.4. Il sindacato del giudice amministrativo sulla sussistenza di tali elementi non deve pertanto limitarsi ad una mera verifica formale, intesa a sanzionare l'apparente contraddittorietà tra una prima valutazione prefettizia, che non abbia attribuito loro efficacia interdittiva, e una seconda valutazione, che abbia invece loro annesso un effetto inibitorio e vincolante, ma deve verificare se tali elementi, capaci di condizionare la vita dell'impresa, sussistano in effetti o meno, giustificando la valutazione di permeabilità a logiche e influenze mafiose, specialmente in un sistema, come quello attualmente configurato dal d. lgs. 159/2011, che non lascia più spazio alle cc.dd. informative atipiche.

20.5. Ora nel caso di specie è la stessa sentenza impugnata a ricordare, con dovizia di argomenti e di elementi fattuali, tratti dalla stessa informativa, che Erregi s.r.l. versa in una situazione di c.d. contiguità soggiacente rispetto ad associazioni criminali di stampo mafioso, per i rapporti tra Salvatore Gigliotti, già amministratore unico di questa fino al 2.11.2012 e marito di Maria Mercuri, attuale amministratrice unica, e il clan Giampà, nota cosca del clan lametino, rapporti di cui è emersa significativa traccia più volte in sede investigativa e, in particolare, nell'ambito nell'operazione denominata "Medusa", dalla quale è risultato che il Gigliotti, ex amministratore unico e direttore tecnico della società, foraggiava a cadenza periodica il detto clan, pagando il 3% su ogni lavoro edile effettuato.

20.6. Correttamente l'informativa prefettizia ha rilevato che la sostituzione dell'amministratore unico con la moglie non può far

ritenere cessato tale rischio di infiltrazione, lasciandone inalterato il valore indiziario di pesante condizionamento sulle scelte imprenditoriali, nonostante il pur formale cambiamento della compagine societaria.

20.7. La circostanza che la prima informativa atipica, quindi, abbia ritenuto impropriamente, ad una iniziale valutazione, che gli elementi raccolti non integrassero del tutto il tentativo di infiltrazione nulla toglie alla legittimità della seconda che, invece, proprio sulla base degli stessi elementi ha ritenuto, invece, sussistente il pericolo di condizionamento, poiché, come detto, non è l'intensità oggettiva del quadro indiziario a differenziare le due informative, ma la valutazione che l'autorità prefettizia ne fa in termini di efficacia vincolante sull'attività della stazione appaltante.

20.8. Valga qui ricordare che l'accertamento di una contiguità soggiacente, foriera di vantaggi economici, *“dà infatti plastica evidenza della permeabilità delle imprese alla infiltrazioni malavitose corroborando la ricorrenza del presupposto cui la normativa ricollega l'adozione della misura interdittiva”*, poiché la *ratio* della normativa di prevenzione di cui si discorre consente di attribuire rilievo *“anche a condotte di sudditanza e di soggezione”* che, quand'anche non penalmente rilevanti, denunciano *“l'incapacità di reagire alle pressioni malavitose”* e, con essa, l'oggettivo contributo alla realizzazione dei fini delittuosi delle associazioni criminali che la legislazione mira a contrastare, in una logica preventiva e cautelare, con l'informativa interdittiva (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, 30.12.2005, n. 7619).

21. Ne segue che l'appello del Ministero dell'Interno, relativamente all'annullamento della seconda informativa interdittiva antimafia e del conseguente provvedimento comunale, è fondato, sicché, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso per motivi aggiunti proposto in primo grado da Giellegi s.r.l. avverso l'informazione interdittiva della Prefettura di Catanzaro n. 52978 del 17 luglio 2013 e il provvedimento n. 100 del 15 ottobre 20113 del dirigente del settore programmazione e realizzazione opere strategiche del Comune di Lamezia Terme.

22. Ai sensi del combinato disposto dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 92, comma secondo, c.p.c., le spese del doppio grado di giudizio, attesa la complessità delle esposte ragioni e il solo parziale accoglimento dell'appello, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, ai sensi e nei limiti di cui in parte motiva, e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso per motivi aggiunti proposto in primo grado da Giellegi s.r.l. avverso l'informazione interdittiva della Prefettura di Catanzaro n. 52978 del 17 luglio 2013 e il provvedimento n. 100 del 15 ottobre 20113 del dirigente del settore programmazione e realizzazione opere strategiche del Comune di Lamezia Terme.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/07/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)