

## **Anche assumendo l'impossibilità di ripetizione della gara, l'aspirazione all'aggiudicazione del contratto del concorrente escluso può fondare una pretesa risarcitoria autonoma solo quando le chances di successo risultino apprezzabili**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Coperture assicurative

Merita di segnalare il seguente pensiero espresso dal Consiglio di Stato, con la decisione numero 3707 del 27 giugno 2007,

in tema di sola richiesta al risarcimento del danno per equivalente senza tener conto che la soddisfazione di un'impresa esclusa da una procedura può anche riguardare la sola ripetizione della gara

<Deve passarsi all'esame della domanda risarcitoria. Proposta in conseguenza dell' illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara.

Il Collegio ritiene che la stessa sia infondata, per mancata specifica allegazione e prova del danno.

**In primo luogo la società domanda il risarcimento del danno per equivalente, senza neppure**

**indicare le ragioni per cui l'annullamento dell'esclusione dalla gara non sia di per sé soddisfacente dell'interesse sottostante alla partecipazione alla procedura.**

In secondo luogo, anche assumendo l'impossibilità di ripetizione della gara, l'aspirazione all'aggiudicazione del contratto del concorrente escluso può fondare una pretesa risarcitoria autonoma solo quando le chances di successo risultino apprezzabili. La parte non ha minimamente indicato gli elementi di fatto che possano giustificare siffatta conclusione.

Quanto alle voci di danno patrimoniale o non patrimoniale, collegate non alle probabilità di vincita dell'appalto, ma al fatto in sé dell'esclusione per sospetto di mafia, è mancata qualsiasi prova dell'eco che la suddetta esclusione - e, soprattutto, dei motivi che l'hanno determinata - avrebbe avuto nell'ambiente imprenditoriale e sociale.

Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, difetterebbe qualsiasi imputabilità colposa alla stazione appaltante, la quale ha semplicemente applicato la legge in relazione al contenuto dell'informativa prefettizia.

Non può tacersi, peraltro, che l'annullamento dei provvedimenti impugnati concretizza anche, nei suoi

.....riflessi un "risarcimento" specifico dell'interesse morale della ricorrente, così come questo emerge effettivamente dagli atti>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7276/2006 proposto da DITTA RICORRENTE s.r.l. in persona del suo legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Panuccio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sistina 121;

c o n t r o

- Ministero dell'Interno in persona del Ministro in carica, non costituito;

- Ufficio Territoriale del Governo in persona del Prefetto in carica, non costituito;

- il Consorzio Evoluzione per lo Sviluppo Economico e Sociale del Basso Jonio Reggino in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti. Carmelo Macrì e Elisabetta Digiorgio, elettivamente domiciliati studio in Roma, via Emanuele Filiberto 257, presso lo studio dell'avv. Maria Laura Turco;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria sez. staccata di Reggio Calabria n. 551 del 12 aprile 2006, non notificata

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Evoluzione per lo Sviluppo Economico e Sociale del Basso Jonio Reggino;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore all'udienza del 17 aprile 2007 il Consigliere Francesco Bellomo e udito l'avv. Panuccio;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

F A T T O

1. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria - Reggio Calabria la DITTA RICORRENTE s.r.l. domandava l'annullamento:

della delibera del CdA del Consorzio Evoluzione per lo Sviluppo Economico e Sociale del Basso Jonio Reggino n. 4 del 26 luglio 2005, che la escludeva dalla partecipazione alla gara d'appalto dei lavori del Parco per la valorizzazione della flora e della fauna aspromontana da realizzarsi nel Comune di Samo;

della nota del Consorzio n. 158 dell'1 agosto 2005, con cui era comunicata l'esclusione;

dell'informativa antimafia della Prefettura di Reggio Calabria n. 21395/05W/Area1 del 4 luglio 2005, posta alla base dell'impugnata delibera del Consorzio.

Domandava, altresì, la condanna del Consorzio e della Prefettura al risarcimento del danno subito per effetto dei loro illegittimi provvedimenti.

A fondamento del ricorso deduceva svariate censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Con sentenza n. 551 del 12 aprile 2006 il TAR rigettava il ricorso.

2. La sentenza è stata appellata dalla DITTA RICORRENTE s.r.l., che contrasta le argomentazioni del TAR e ripropone le censure di ordine sostanziale formulate nel ricorso di primo grado, di cui chiede l'accoglimento, anche con riferimento alla domanda risarcitoria.

Si è costituito per resistere all'appello Consorzio Evoluzione per lo Sviluppo Economico e Sociale del Basso Jonio Reggino

La causa è passata in decisione alla pubblica udienza del 17 aprile 2007.

## DIRITTO

1. L'appello è fondato.

2. La sentenza appellata ha riconosciuto la legittimità dei provvedimenti impugnati all'esito di un complessivo esame degli elementi adottati nell'informativa prefettizia a sostegno della conclusione circa l'esistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa a carico della società DITTA RICORRENTE.

Quest'ultima critica la decisione del TAR non solo e non tanto per gli astratti criteri di valutazione utilizzati, quanto per l'applicazione che ne è stata fatta al caso in oggetto, frutto di un'analisi superficiale, non immune da errori di fatto.

Più nello specifico l'appellante lamenta:

motivi 1 e 2 dell'appello: l'erroneità della circostanza - fondamentale nell'impostazione prefettizia - secondo cui il padre dell'amministratore della società è gravato da sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 416-bis Cp (associazione di tipo mafioso), che viene

superata dal giudice di primo grado impropriamente, cioè rilevando che la sentenza di riforma dell'anzidetta condanna

(resa ai sensi dell'art. 530, comma 2) non ne elide la sua significatività ai fini della valutazione effettuata in ordine al rischio di condizionamento mafioso. Con ciò non solo travisando i fatti ma

- ancor prima -

sostituendo il proprio convincimento a quello dell'amministrazione.

Motivo n. 3 dell'appello: l'erroneità della rilevanza data ai precedenti cautelari e alle misure di prevenzione che hanno attinto il suddetto genitore, non menzionati nell'informativa prefettizia e comunque tutti superati dalle successive decisioni degli organi preposti.

Motivo n. 4 dell'appello: l'erroneità della rilevanza data al rapporto di parentela tra l'amministratore della società (Domenico Archinà) e il già citato genitore (Rocco Carlo Archinà), nonché tra quest'ultimo e Comisso Comiso, pregiudicato per omicidio e capo dell'omonima cosca mafiosa.

3. Tutte le doglianze sopra indicate colgono nel segno e dal loro esame è possibile desumere sia la fondatezza dell'appello, sia l'illegittimità del provvedimento impugnato con il ricorso di primo grado.

Il Collegio premette che la controversia non attiene agli astratti criteri di valutazione del pericolo di infiltrazione mafiosa.

L'appellante, infatti, non contesta quanto osservato dal TAR in ordine alla diversità tra il giudizio penale o anche di prevenzione e quello cui è preposto il Prefetto ai sensi dell'art. 4 Dlgs. 490/94, fondato sulla sussistenza di elementi di fatto anche solo vagamente indiziari, purchè idonei a formulare un'ipotesi plausibile di collegamento



- diretto o indiretto - tra l'impresa e la criminalità organizzata.

Ciò che l'appellante lamenta è proprio la piattaforma storica utilizzata e l'interpretazione che l'amministrazione e il TAR ne hanno dato.

Con riferimento ai primi due motivi dell'appello occorre anzitutto rilevare come l'informativa prefettizia non faccia alcun cenno alla sopravvenienza della sentenza di assoluzione nei confronti di Rocco Carlo Archinà, con ciò cadendo in un manifesto vizio di motivazione, proprio perché ritenendo la circostanza relativa alla vicenda giudiziaria del suddetto decisiva avrebbe dovuto prenderla integralmente in considerazione. La valutazione effettuata sul punto dal TAR è chiaramente surrogatoria del dovere incombente sull'amministrazione, tanto da configurare una sorte di integrazione motivazionale. Ma è erronea anche nella sostanza, poiché

- premesso che non esiste nel nostro ordinamento la formula dubitativa, essendo l'assoluzione sempre "piena", quand'anche pronunciata in virtù del parametro dell'insufficienza o contraddittorietà probatoria - neutralizza la portata della sentenza di assoluzione, il cui accertamento non può essere frammentato alla ricerca degli elementi di segno accusatorio, isolandoli da un contesto che è di complessiva negazione della responsabilità del soggetto.

Con riguardo al terzo motivo di appello la svista del TAR è più netta. Non solo i precedenti cautelari e le misure di prevenzione a carico di Archinà padre non ricevevano autonoma menzione nell'informativa prefettizia, ma erano stati tutti smentiti dalle successive decisioni degli organi giurisdizionali, addirittura

sfociate nel riconoscimento di 264.000 euro a titolo di riparazione per ingiusta detenzione.

Con riguardo al quarto motivo di appello non può non rilevarsi come, cancellate tutte le pendenze giurisdizionali relative alla partecipazione di Archinà padre all'associazione mafiosa, la rilevanza del suo rapporto con il capo cosca Comisso Comiso scolorisca alquanto e ancor di più quello con Archinà figlio, fondato su una sorta di applicazione della proprietà transitiva.

Più in generale deve ritenersi che il mero rapporto di parentela sia di per sé insufficiente a raggiungere la soglia minima per riscontrare il pericolo di condizionamento mafioso, occorrendo manifestazioni di concreta contiguità - quantomeno a livello di frequentazione - tra il laico ed il mafioso.

Riassumendo: la fragilità dell'apparato giustificativo dell'informativa prefettizia - inutilmente emendato dal TAR - emerge in modo chiaro, risultando lo stesso complessivamente inidoneo a sorreggere la conclusione circa il pericolo di condizionamento mafioso gravitante sulla società appellante.

L'illegittimità della informativa prefettizia riverbera sulla delibera di esclusione dalla gara, su di essa

fondata.

L'appello sul punto va, dunque, accolto e, per l'effetto, va accolto il ricorso di primo grado ed annullati i provvedimenti impugnati.

4. Deve passarsi all'esame della domanda risarcitoria. Proposta in conseguenza della .....illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara.

Il Collegio ritiene che la stessa sia infondata, per mancata specifica allegazione e prova del danno.

In primo luogo la società domanda il risarcimento del danno per equivalente, senza neppure indicare le ragioni per cui l'annullamento dell'esclusione dalla gara non sia di per sé soddisfacente dell'interesse sottostante alla partecipazione alla procedura.

In secondo luogo, anche assumendo l'impossibilità di ripetizione della gara, l'aspirazione all'aggiudicazione del contratto del concorrente escluso può fondare una pretesa risarcitoria autonoma solo quando le chances di successo risultino apprezzabili. La parte non ha minimamente indicato gli elementi di fatto che possano giustificare siffatta conclusione.

Quanto alle voci di danno patrimoniale o non patrimoniale, collegate non alle probabilità di vincita dell'appalto, ma al fatto in sé dell'esclusione per sospetto di mafia, è mancata qualsiasi prova dell'eco che la suddetta esclusione - e, soprattutto, dei motivi che l'hanno determinata - avrebbe avuto nell'ambiente imprenditoriale e sociale.

Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, difetterebbe qualsiasi imputabilità colposa alla stazione appaltante, la quale ha semplicemente applicato la legge in relazione al contenuto dell'informativa prefettizia.

Non può tacersi, peraltro, che l'annullamento dei provvedimenti impugnati concretizza anche, nei suoi .....riflessi un "risarcimento" specifico dell'interesse morale della DITTA RICORRENTE Srl, così come questo emerge effettivamente dagli atti.

5. In conclusione l'appello deve essere accolto per quanto di ragione, e la sentenza di primo grado riformata in parte, con annullamento dei provvedimenti impugnati e rigetto della domanda risarcitoria.

La criticità delle questioni trattate e la soccombenza della società appellante sulla domanda risarcitoria giustificano la compensazione integrale delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello per quanto di ragione e, in parziale riforma della sentenza appellata, accoglie in parte il ricorso di primo grado e annulla i provvedimenti ivi impugnati.

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

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 17 aprile 2007, con l'intervento dei sigg.ri:

Giovanni Ruoppolo

Presidente

Carmine Volpe

Consigliere

Paolo Buonvino

Consigliere

Lanfranco Balucani

Consigliere

Francesco Bellomo

Consigliere Est.

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere

Segretario

FRANCESCO BELLOMO

GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....27/06/2007

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione



MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 7276/2006

FF

<https://www.diritto.it/anche-assumendo-l-impossibilita-di-ripetizione-della-gara-l-aspirazione-all-aggiudicazione-del-contratto-del-concorrente-escluso-puo-fondare-una-pretesa-risarcitoria-autonoma-solo-quando-le-chances-d/>