

E' illegittima la clausola del disciplinare di gara che impone l'obbligo di richiedere, per tutte le imprese ammesse, alla Prefettura l'informativa antimafia ex art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, anche per un appalto di lavori sotto soglia comunitaria.?

Autore: Lazzini Sonia

In: Coperture assicurative

La stazione appaltante ha esercitato una facoltà discrezionale, acquisendo una informativa antimafia, che la disciplina vigente impone che debba essere obbligatoriamente richiesta alla Prefettura nelle ipotesi di gare di appalto di importo al di sopra della soglia comunitaria: la scelta della stazione appaltante di avvalersi della possibilità di richiedere l'informativa, non pare preclusa dal disposto di cui all'art. 10 D.P.R. n. 252/1998, che non pone un divieto assoluto di richiedere informazioni, ma viceversa impone l'obbligo assoluto di "acquisire le informazioni" qualora l'importo della gara di appalto superi la soglia comunitaria. La normativa non dà alcuna specifica indicazione (se debba valere il solo certificato camerale antimafia ovvero se sia ammessa, in aggiunta a questo, la possibilità di richiedere informazioni), per cui, in questa zona grigia, non pare che possa escludersi l'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, nel senso che la stessa è legittimata a richiedere le informazioni antimafia, e che, una volta formulata la richiesta, il Prefetto sia tenuto dare un seguito a tale richiesta.

Merita di essere riportata la fattispecie sottoposta al Consiglio di Stato nella decisione numero 240 del 29 gennaio 2008, inviata per la pubblicazione in data 7 febbraio 2008

Questi i termini della questione

La questione sottoposta all'attenzione del Collegio riguarda la possibilità della stazione appaltante di richiedere, per tutte le imprese ammesse alla gara, alla Prefettura la informativa antimafia ex art. 10 D.P.R. n. 252/1998, nel caso di gara d'appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria (l'importo a base d'asta era di Euro 198.645,00, notevolmente più basso della soglia comunitaria di 5.278.000,00,

fissata dall'art. 28, comma 1, lett. c) del D. Lgs. n. 163/2006)

Questa la sentenza di primo grado

Secondo il primo giudice, il carattere "eccezionale e derogatorio" della disciplina dettata dall'art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, che rappresenta "una difesa avanzata dello Stato a fronte dei fenomeni di infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici", esclude, ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, che di tale normativa possa essere fatta "una interpretazione analogica o estensiva rimessa a scelte ulteriormente discrezionali della P.A.", sicché illegittimamente la stazione appaltante ha nella specie richiesto la menzionata informativa antimafia, ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, essendo al riguardo sufficiente, quale requisito di partecipazione alla gara in questione di importo sotto soglia, la presentazione del certificato camerale antimafia

La premessa del Supremo Giudice Amministrativo

Per comprendere pienamente la statuizione del primo giudice, occorre richiamare la previsione di cui al più volte citato art. 10, comma 1, del D.P.R. n. 252/1998, secondo la quale "le pubbliche amministrazioni, enti pubblici e altri soggetti di cui all'articolo 1, devono acquisire le informazioni di cui al comma 2 del presente articolo, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti..., il cui valore siab) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati".

Secondo il primo giudice, questa previsione, anche se letta unitamente a quella di cui all'art. 1, lett. e) del D.P.R. n. 252/1998, conferma che, diversamente da quanto sostenuto dalla Amministrazione dell'Interno, le informative antimafia devono essere richieste solo per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, mentre per gli appalti sotto soglia di importo non superiore ai 300 milioni non è prevista la produzione del "certificato camerale antimafia", che è invece necessario per gli appalti di valore al di sopra di detta cifra di 300 milioni sino alla soglia comunitaria.

Ma non solo

Stesso discorso vale per l'ulteriore previsione di cui all'art. 12, comma 4, del D.P.R. n. 252/1998, che dispone che il Prefetto possa svolgere d'ufficio "accertamenti preliminari sulle imprese locali per le quali il rischio di tentativi di infiltrazione mafiosa, nel caso di partecipazione ai lavori, è ritenuto maggiore", e che, nel caso in cui accerti "una delle situazioni indicate dall'art. 10, comma 7", possa inviare, anche in assenza di una richiesta in tal senso della stazione appaltante, una comunicazione con efficacia interdittiva, "indipendentemente dal valore delle opere o dei lavori".

L'inciso "indipendentemente dal valore delle opere o dei lavori" di riferisce solo ai subappalti ed ai provvedimenti derivanti da appalti di importo comunque superiore, nel loro complesso, alla soglia comunitaria

I motivi della decisione

La statuizione del TAR non convince, perché essa muove dall'erroneo presupposto che nella specie sia stata operata una interpretazione "analogica o estensiva" del disposto di cui all'art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, quasi che la stazione appaltante abbia variato l'ambito di efficacia della informativa acquisita, quale determinato dal menzionato art. 10, comma 2, del D.P.R. n. 252/1998.

(...)

La stazione appaltante giammai potrebbe derogare a tale previsione, omettendo di richiedere le informazioni per gli appalti sopra soglia. Ma, ciò non preclude in alcun modo che essa possa, nell'esercizio della discrezionalità che la norma "in positivo" consente, determinarsi ad acquisire informazioni, sebbene alla stregua del disposto normativo non fosse tenuta.

Diversa è la situazione, correttamente rappresentata dalla Amministrazione dell'Interno, nell'ipotesi di appalti di importo sotto il valore di 300 milioni (art. 1 lett. e) del D.P.R. n. 252/1998), nelle quali è espressamente previsto che le informative non sono "comunque" richieste.

L'indicazione espressa che per gli appalti di importo inferiore a 300 milioni non sia richiesta "la documentazione di cui al comma 1", e quella di cui all'art. 10, comma 1, lettera a), che viceversa impone l'obbligo di richiedere le informazioni per gli appalti sopra soglia, confermano che sono solo due i valori esplicitamente previsti che la stazione appaltante deve tenere presente in modo assoluto, vuoi per non richiedere la documentazione, vuoi per richiederla

In conclusione quindi

In questo senso, va riformata la sentenza impugnata che ha pronunciato l'annullamento degli atti emessi dalla stazione appaltante, con i quali è stato disposto di richiedere le suddette informazioni antimafia, dovendosi riconoscere, in capo alla stessa, la possibilità di acquisire tali informazioni, il che esonera il Collegio dall'esame della questione (peraltro inutile) posta dalla Amministrazione dell'Interno sulla esatta qualificazione dell'atto impugnato (la nota sarebbe di mera comunicazione di precedente informazione interdittiva, priva di efficacia provvedimentoale).

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.240/2008

Reg.Dec.

N. 2818 Reg.Ric.

ANNO

2007

Disp.vo 556/2007

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

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dal Ministero dell'Interno e dall'Ufficio Territoriale del Governo - Prefettura di Reggio Calabria, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici sono per legge domiciliati in Roma, via dei Portoghesi n. 12,

contro

la società ALFA Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I., costituenda con l'impresa ALFA BIS, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Panuccio, e con lo stesso domiciliata in Roma, via Sistina, n. 121,

e nei confronti

del Comune di Locri, in persona del Sindaco p.t., dell'Impresa BETA Albino, quale capogruppo dell'A.T.I. con BETA BIS Antonio e BETA TER Costruzioni, in persona del legale rappresentante p.t., non costituiti;

per l'annullamento

della sentenza n. 69/2007

del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria - Sezione staccata di Reggio Calabria, resa inter partes.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti avanti indicate;

Viste le memorie prodotte dalla parte resistente a sostegno della propria difesa;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 27 novembre 2007, relatore il Consigliere Giuseppe Romeo, uditi l'avvocato dello Stato Bruni e l'avv. Carmela Margherita Rodà per delega dell'avv. Panuccio;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il TAR Reggio Calabria, con la sentenza di cui si chiede la riforma, ha accolto il ricorso dell'istante avverso: - il provvedimento di esclusione della stessa dalla gara di appalto dei lavori di messa in sicurezza dell'edificio della scuola materna "Calvi"; - il provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto alla controinteressata; - il provvedimento della Prefettura di Reggio Calabria di comunicazione al Comune di Locri di rilascio di "informazione ex art. 10 DPR 252/1998, interdittiva, nei confronti della società ALFA Costruzioni s.r.l., nella quale è evidenziato il pericolo di infiltrazione mafiosa"; - le deliberazioni del Comune di Locri, con le quali la Giunta Municipale ha disposto che la Commissione di gara richiedesse le suddette informazioni antimafia; - il disciplinare della gara di appalto (impugnato con motivi aggiunti), nella parte in cui si impone alla Commissione di chiedere l'informativa antimafia ex art. 10 del D.P.R. n. 252/1998; - la nota del 14 marzo 2006 (impugnata con motivi aggiunti, unitamente alla nota della Prefettura del 20 marzo 2006) del Comando Provinciale dei Carabinieri di Reggio Calabria.

Il TAR rileva che la richiesta di informazioni alla Prefettura è stata fatta sulla base di una "puntuale previsione del disciplinare di gara", impugnato con motivi aggiunti, da considerarsi tempestivi perché tale previsione non era soggetta ad un onere di immediata impugnazione, attesa la necessità di accertamenti e valutazioni dall'esito incerto.

Nel merito, il TAR fa propria la tesi del ricorrente, e richiama un proprio indirizzo giurisprudenziale (al quale si uniforma), secondo il quale è illegittima la clausola del disciplinare di gara che impone l'obbligo di richiedere, per tutte le imprese ammesse, alla Prefettura l'informativa antimafia ex art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, anche per un appalto di lavori sotto soglia comunitaria.

2. Questa conclusione è avversata dalla Amministrazione, la quale sostiene che la normativa di riferimento non esclude che la stazione appaltante possa, a seguito di motivata valutazione discrezionale, richiedere la certificazione in oggetto anche per appalti di importo "sotto soglia", per i quali tale certificazione non è obbligatoria per legge.

3. Resiste la originaria ricorrente, chiedendo la conferma della sentenza impugnata, anche alla luce delle doglianze (difetto di motivazione della informativa) non esaminate dal TAR, e non valutate in sede di esame dell'istanza cautelare della Amministrazione nei confronti della sentenza impugnata, con la quale la Sesta Sezione del C. d. S. si è limitata a rilevare che "il ricorso pare presentare sufficienti elementi di fondatezza in relazione al contestato potere della società (recte stazione) appaltante di richiedere alla Prefettura informative antimafia nella gara di appalto in questione" (ordinanza n. 2114/2007).

4. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'udienza del 27 novembre 2007.

5. La questione sottoposta all'attenzione del Collegio riguarda la possibilità della stazione appaltante di richiedere, per tutte le imprese ammesse alla gara, alla Prefettura la informativa antimafia ex art. 10 D.P.R. n. 252/1998, nel caso di gara d'appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria (l'importo a base d'asta era di Euro 198.645,00, notevolmente più basso della soglia comunitaria di 5.278.000,00, fissata dall'art. 28, comma 1, lett. c) del D. Lgs. n. 163/2006)

Secondo il primo giudice, il carattere “eccezionale e derogatorio” della disciplina dettata dall’art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, che rappresenta “una difesa avanzata dello Stato a fronte dei fenomeni di infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici”, esclude, ai sensi dell’art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, che di tale normativa possa essere fatta “una interpretazione analogica o estensiva rimessa a scelte ulteriormente discrezionali della P.A.”, sicché illegittimamente la stazione appaltante ha nella specie richiesto la menzionata informativa antimafia, ai sensi dell’art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, essendo al riguardo sufficiente, quale requisito di partecipazione alla gara in questione di importo sotto soglia, la presentazione del certificato camerale antimafia.

Per comprendere pienamente la statuizione del primo giudice, occorre richiamare la previsione di cui al più volte citato art. 10, comma 1, del D.P.R. n. 252/1998, secondo la quale “le pubbliche amministrazioni, enti pubblici e altri soggetti di cui all’articolo 1, devono acquisire le informazioni di cui al comma 2 del presente articolo, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti..., il cui valore siab) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati”.

Secondo il primo giudice, questa previsione, anche se letta unitamente a quella di cui all’art. 1, lett. e) del D.P.R. n. 252/1998, conferma che, diversamente da quanto sostenuto

dalla Amministrazione dell'Interno, le informative antimafia devono essere richieste solo per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, mentre per gli appalti sotto soglia di importo non superiore ai 300 milioni non è prevista la produzione del "certificato camerale antimafia", che è invece necessario per gli appalti di valore al di sopra di detta cifra di 300 milioni sino alla soglia comunitaria.

Stesso discorso vale per l'ulteriore previsione di cui all'art. 12, comma 4, del D.P.R. n. 252/1998, che dispone che il Prefetto possa svolgere d'ufficio "accertamenti preliminari sulle imprese locali per le quali il rischio di tentativi di infiltrazione mafiosa, nel caso di partecipazione ai lavori, è ritenuto maggiore", e che, nel caso in cui accerti "una delle situazioni indicate dall'art. 10, comma 7", possa inviare, anche in assenza di una richiesta in tal senso della stazione appaltante, una comunicazione con efficacia interdittiva, "indipendentemente dal valore delle opere o dei lavori".

L'inciso "indipendentemente dal valore delle opere o dei lavori" di riferisce solo ai subappalti ed ai provvedimenti derivanti da appalti di importo comunque superiore, nel loro complesso, alla soglia comunitaria.

Nella argomentazione del primo giudice è centrale il rilievo che il menzionato articolo 10 del D.P.R. n. 252/1998 sia una norma di carattere eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica o estensiva, e che il “sistema” (art. 4 del D. Lgs. n. 490/1994; artt. 1 e 10 del D.P.R. n. 252/1998) non consente di individuare una norma che legittimi la stazione appaltante a richiedere l’informativa antimafia (con efficacia interdittiva), al di là dei casi in cui tale richiesta è obbligatoria, vale a dire nelle ipotesi di gare di appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria.

La statuizione del TAR non convince, perché essa muove dall’erroneo presupposto che nella specie sia stata operata una interpretazione “analogica o estensiva” del disposto di cui all’art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, quasi che la stazione appaltante abbia variato l’ambito di efficacia della informativa acquisita, quale determinato dal menzionato art. 10, comma 2, del D.P.R. n. 252/1998.

La stazione appaltante ha esercitato una facoltà discrezionale, acquisendo una informativa antimafia, che la disciplina vigente impone che debba essere obbligatoriamente richiesta alla Prefettura nelle ipotesi di gare di appalto di importo al di sopra della soglia comunitaria.

L’ambito di efficacia della informativa antimafia è estraneo al presente giudizio, essendo questo specificato dal predetto comma 2 dell’art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, nel senso che la stazione appaltante che abbia ricevuto una informativa antimafia interdittiva, quale che sia la modalità di richiesta utilizzata

(obbligatoria o “volontaria”), è tenuta a non stipulare contratti o subcontratti con l’impresa interessata, indipendentemente dal loro valore.

La scelta della stazione appaltante di avvalersi della possibilità di richiedere l’informativa, non pare preclusa dal disposto di cui al citato art. 10 D.P.R. n. 252/1998, che non pone un divieto assoluto di richiedere informazioni, ma viceversa impone l’obbligo assoluto di “acquisire le informazioni” qualora l’importo della gara di appalto superi la soglia comunitaria.

Vi è un salto logico nell’interpretazione che di questo art. 10 D.P.R. n. 252/1998 ha dato il primo giudice: si inferisce un divieto assoluto di acquisizione di informazioni, da un obbligo assoluto di richiedere tali informazioni in determinate situazioni.

La stazione appaltante giammai potrebbe derogare a tale previsione, omettendo di richiedere le informazioni per gli appalti sopra soglia. Ma, ciò non preclude in alcun modo che essa possa, nell'esercizio della discrezionalità che la norma "in positivo" consente, determinarsi ad acquisire informazioni, sebbene alla stregua del disposto normativo non fosse tenuta.

Diversa è la situazione, correttamente rappresentata dalla Amministrazione dell'Interno, nell'ipotesi di appalti di importo sotto il valore di 300 milioni (art. 1 lett. e) del D.P.R. n. 252/1998), nelle quali è espressamente previsto che le informative non sono "comunque" richieste.

L'indicazione espressa che per gli appalti di importo inferiore a 300 milioni non sia richiesta "la documentazione di cui al comma 1", e quella di cui all'art. 10, comma 1, lettera a), che viceversa impone l'obbligo di richiedere le informazioni per gli appalti sopra soglia, confermano che sono solo due i valori esplicitamente previsti che la stazione appaltante deve tenere presente in modo assoluto, vuoi per non richiedere la documentazione, vuoi per richiederla.

Al di là di questi due valori (da 300 milioni alla soglia comunitaria), la normativa non dà alcuna specifica indicazione (se debba valere il solo certificato camerale antimafia ovvero se sia ammessa, in aggiunta a questo, la possibilità di richiedere informazioni), per cui, in questa zona grigia, non pare che possa escludersi l'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, nel senso che la stessa è legittimata a richiedere le informazioni antimafia, e che, una volta formulata la richiesta, il Prefetto sia tenuto dare un seguito a tale richiesta.

In questo senso, va riformata la sentenza impugnata che ha pronunciato l'annullamento degli atti emessi dalla stazione appaltante, con i quali è stato disposto di richiedere le suddette informazioni antimafia, dovendosi riconoscere, in capo alla stessa, la possibilità di acquisire tali informazioni, il che esonera il Collegio dall'esame della questione (peraltro inutile) posta dalla Amministrazione dell'Interno sulla esatta qualificazione dell'atto impugnato (la nota sarebbe di mera comunicazione di precedente informazione interdittiva, priva di efficacia provvedimentoale).

La sentenza merita però di essere confermata, nella parte in cui sono stati annullati gli atti della Prefettura e del Comando Provinciale dei Carabinieri di Reggio Calabria, la cui impugnativa reitera in questa sede la appellata, riproponendo le censure originarie che il TAR ha dichiarato assorbite. L'annullamento di queste informazioni comporta l'annullamento degli atti (esclusione dalla gara della istante e conseguente aggiudicazione provvisoria a favore della Impresa BETA Albino) che la stazione

appaltante ha emesso a seguito delle predette informazioni, da considerarsi illegittime.

Deve convenirsi con l'appellata che le informazioni trasmesse dalla Prefettura di Reggio Calabria sono carenti sul piano motivazionale, dal momento che non fondano, neppure sul piano prognostico, il giudizio negativo espresso nei confronti della impresa interessata, su elementi che possano fare intravedere "il pericolo di tentativi di infiltrazioni mafiose nell'ambito della Società in oggetto".

Il rapporto del Comando Provinciale dei Carabinieri di Reggio Calabria, infatti, elenca una serie di "precedenti e pendenze penali", e conclude che non "sussist(ono) agli atti elementi oggettivamente riscontrabili circa i collegamenti con la criminalità organizzata", e che "non si può escludere l'esistenza di persone in grado di poter determinare le scelte e gli indirizzi della Società in parola". Una affermazione, quest'ultima, così vaga e generica da potersi riferire ad ogni impresa che opera nel territorio, e, quindi, priva di significato specifico ai fini che interessano.

L'appello va, pertanto, respinto, e, per l'effetto, va confermata con diversa motivazione la sentenza impugnata.

Le spese e gli onorari di giudizio possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello in epigrafe, e, per l'effetto,

conferma la sentenza impugnata con diversa motivazione. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 27 novembre 2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) nella Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone

Presidente

Giuseppe Romeo

Consigliere est.

Domenico Cafini

Consigliere

Francesco Caringella

Consigliere

Bruno Rosario Polito

Consigliere

Presidente

Claudio Varrone

Consigliere

Segretario

Giuseppe Romeo

Vittorio Zoffoli

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...29/01/2008

(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

<https://www.diritto.it/e-illegittima-la-clausola-del-disciplinare-di-gara-che-impone-l-obbligo-di-richiedere-per-tutte-le-imprese-ammesse-alla-prefettura-l-informativa-antimafia-ex-art-10-del-d-p-r-n-2521998-anche-p/>