

## **Nel caso di informative antimafia ATIPICHE, prima di risolvere il contratto di appalto (e di escutere la cauzione definitiva), la stazione appaltante deve svolgere ulteriori indagini**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Illegittima rescissione contrattuale: Ad avviso del Collegio la censura è fondata in quanto, in effetti, l'ANAS si è limitata e richiamare dette informative ritenendole inibitorie ai sensi del citato art. 10, comma 7, del d.P.R. n. 252/1998, laddove, trattandosi di informative atipiche, come precisato dal Prefetto (e come, del resto, confermato anche nel rapporto da quest'ultimo inviato all'Avvocatura dello Stato) le stesse avrebbero dovuto essere seguite dagli specifici apprezzamenti spettanti, ai sensi della citata normativa del 1982, alla stessa stazione appaltante (trattandosi di informativa atipica, del resto, non si trattava, nella specie, di atto vincolato).

Rispetto alle precedenti determinazioni prefettizie in tema di informativa antimafia, l'autorità preposta ben può modificare i propri precedenti orientamenti e rivedere le proprie valutazioni, ma, nel far ciò, è tenuta, comunque, a chiarire quali elementi nuovi o quali elementi in precedenza, non conosciuti o non conoscibili, l'abbiano indotta a modificare i propri apprezzamenti

L'acquiescenza ad un provvedimento amministrativo esige, per la sua configurabilità, il compimento di atti o comportamenti univoci posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostrino la sua chiara ed irrefutabile volontà di accettarne gli effetti e l'operatività (ex multis, Cons. St., sez.V, 19 febbraio 2007) e che si riferiscano ad un momento successivo a quello in cui viene integrata la lesione dell'interesse legittimo successivamente azionato (Cons. St., sez. V, 14 novembre 2006, n. 6678); sennonché, quanto al caso in esame, è vero che l'odierna appellante ha acconsentito alla propria sostituzione nell'ATI con altra mandataria . dopo l'emanazione degli atti impugnati, ma ciò ha fatto riservandosi espressamente "di agire nelle opportune sedi, anche giudiziarie, nei confronti dell'Ente appaltante, anche a titolo di risarcimento del danno in dipendenza della richiesta sostituzione della propria partecipazione, quale Impresa mandante, nel raggruppamento temporaneo costituito con la mandataria, ed all'uopo conserva e mantiene tutti i diritti e le facoltà dipendenti dalla partecipazione detta sin qui maturati". Ebbene, è da escludere, in tale situazione, che la deducente abbia liberamente posto in essere atti o comportamenti univoci dimostrativi della sua chiara ed irrefutabile volontà di accettarne gli effetti e l'operatività, avendo manifestato, invece, l'opposto intendimento attraverso la detta riserva di azioni giudiziarie e risarcitorie, sicché il comportamento tenuto si palesa come frutto della scelta di non

pregiudicare il legittimo interesse della mandataria a non essere privata dell'appalto.

Con la sentenza appellata il TAR ha respinto il ricorso proposto dalla società ricorrente per l'annullamento, quanto al ricorso introduttivo: della determinazione dell'ANAS con la quale era manifestato l'intendimento di risolvere il contratto di appalto

quanto al ricorso per motivi aggiunti: delle note dell'\*\*\*\*\* di Napoli, prot. n. 21559/gab//PL del 28 ottobre 2005 e dell'11 ottobre 2005, con le quali erano state rese informazioni positive, a carico della società ricorrente, ex arte. 4 del D.lgs. 8 agosto 1994, n. 490, e 10 del D.P.R. n. 252/1998, nonché di ogni atto preordinato, connesso e consequenziale, ivi compreso il verbale del G.I.A. del 12 luglio 2005 e il protocollo di legalità.

Hanno precisato, in particolare, i primi giudici che 'ANAS aveva manifestato l'intendimento di risolvere il contratto di appalto n. 9094 del 7 settembre 2005 con la capogruppo dell'a.t.i. aggiudicataria della gara in oggetto; al fine di evitare l'avvio del procedimento di revoca, con atto concordato, la capogruppo ha estromesso la società ricorrente dal raggruppamento ed ha eseguito l'appalto aggiudicato; l'oggetto del ricorso era, quindi, costituito, per un verso, dall'esclusione della società ricorrente dal raggruppamento che si è aggiudicato la gara d'appalto menzionata; dall'altro, le comunicazioni della Prefettura di Napoli della Prefettura di Napoli, aventi ad oggetto: "Protocollo di legalità - richiesta informazioni".

Per il TAR la decisione dell'amministrazione appaltante costituiva una ragionevole determinazione presa sulla base delle risultanze emerse dall'istruttoria, con particolare riferimento all'acquisizione sugli accertamenti antimafia disposti dalla Prefettura ed oggetto di apposita convenzione (cd. Protocollo di legalità), che restringeva significativamente gli spazi di determinazione discrezionale della ammissione o meno alla gara pubblica di soggetti rispetto ai quali sussistono pericoli di contiguità con la delinquenza organizzata.

Cosa ne pensano i Giudici di Appello del Consiglio di Stato?

Nel merito, l'appello merita accoglimento.

Secondo quanto previsto nel "protocollo di legalità" stipulato dall'ANAS e dal Prefetto di Napoli il 13 gennaio 2004, "la stazione appaltante si impegna, ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge, ad inserire, altresì, nei propri bandi di gara la facoltà per l'Ente di escludere le ditte per le quali il Prefetto fornisce informazioni antimafia ai sensi dell'art. 1 septies del d.l. 629/82"; nella prima delle impugnate informative prefettizie (11 ottobre 2005), il Prefetto, nell'aderire alla richiesta di informazioni antimafia avanzata dall'ANAS sulla base dell'anzidetto protocollo, precisava che tanto si rimetteva alle valutazioni della medesima Stazione appaltante in relazione alla citata clausola protocollare.

Anche nella nota, pure impugnata, del Prefetto di Napoli in data 28 ottobre 2005 è precisato trattarsi di informazioni rese ai sensi dell'art. 1 septies del d.l. n. 629/1982; sicché si verte, in effetti, in tema di informative atipiche disciplinate dalla norma da ultimo detta e non, come accennato nella nota ANAS pure oggetto di impugnativa, di informative tipiche ai sensi dell'art. 10, comma 7, del d.P.R. n. 252/1998.

Spettava, quindi, alla stessa stazione appaltante fornire idonea motivazione in merito alle ragioni che la inducevano ad invitare l'impresa mandataria ad escludere dall'ATI l'odierna appellante, sostituendola con altra impresa.

L'appellante lamenta, tra l'altro, il fatto l'ANAS non abbia fornito, invero, alcuna motivazione in ordine alle concrete ragioni che, in presenza delle dette informative - dei cui contenuti si dirà - l'hanno indotta a ritenere impossibile il proseguimento del rapporto contrattuale.

**Ad avviso del Collegio la censura è fondata in quanto, in effetti, l'ANAS si è limitata e richiamare dette informative ritenendole inibitorie ai sensi del citato art. 10, comma 7, del d.P.R. n. 252/1998, laddove, trattandosi di informative atipiche, come precisato dal Prefetto (e come, del resto, confermato anche nel rapporto da quest'ultimo inviato all'Avvocatura dello Stato) le stesse avrebbero dovuto essere seguite dagli specifici apprezzamenti spettanti, ai sensi della citata normativa del 1982, alla stessa stazione appaltante (trattandosi di informativa atipica, del resto, non si trattava, nella specie, di atto vincolato).**

Considerate anche le altre omissioni esplicative dianzi riportate, si è verificato, quindi che l'ANAS, stazione appaltante, non risulta essere stata compiutamente informata delle vicende e delle circostanze tutte anzidette; e che le valutazioni dalla stessa ANAS poste in essere sulla base di dette informative incomplete e lacunose e le conseguenti determinazioni preclusive della sfera d'interesse dell'appellante scontano, quindi, inevitabilmente tali difetti e incompletezze d'informazione, risultandone, quindi, viziate, non avendo potuto l'ANAS stessa fondare i propri apprezzamenti su dati attuali e completi.

A cura di \*\*\*\*\*

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 6578 del 27 ottobre 2009, emessa dal Consiglio di Stato

N. 06578/2009 REG.DEC.

N. 10210/2006 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 10210/2006 proposto dalla società ALFA s.r.l. in liquidazione, in persona del liquidatore e legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* ed selettivamente domiciliata in Roma, via Portuense 104, presso la sig.ra \*\*\*\*\*,

**contro**

l'ANAS, in persona del Presidente p.t., e l'Ufficio Territoriale del Governo - Prefettura di Napoli, in persona del Prefetto p.t., costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui domiciliano ex lege in Roma, via dei Portoghesi 12,

**nei confronti**

della società BETA s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituitasi in giudizio,

per la riforma della sentenza del TAR della Campania, Sede di Napoli, Sezione I, n. 7481 del 3 agosto 2006;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio delle Amministrazioni appellate;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, alla pubblica udienza del 7 luglio 2009, il Consigliere \*\*\*\*\*;

uditi, l'avv. \*\*\*\*\* e l'avv. Dello Stato \*\*\*\*\*.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue: Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO e DIRITTO

1) - Con la sentenza appellata il TAR ha respinto il ricorso proposto dalla società ALFA. s.r.l. per l'annullamento, quanto al ricorso introduttivo: della determinazione dell'ANAS (nota prot. 34989 del 15 novembre 2005) con la quale era manifestato l'intendimento di risolvere il contratto di appalto n. 9094 del 7 settembre 2005, sottoscritto con l'a.t.i. BETA e ALFA;

quanto al ricorso per motivi aggiunti: delle note dell'\*\*\*\*\* di Napoli, prot. n. 21559/gab//PL del 28 ottobre 2005 e dell'11 ottobre 2005, con le quali erano state rese informazioni positive, a carico della società ricorrente, ex arte. 4 del D.lgs. 8 agosto 1994, n. 490, e 10 del D.P.R. n. 252/1998, nonché di ogni atto preordinato, connesso e consequenziale, ivi compreso il verbale del G.I.A. del 12 luglio 2005 e il protocollo di legalità.

Hanno precisato, in particolare, i primi giudici che con la citata nota prot. 34989 del 15 novembre 2005, l'ANAS aveva manifestato l'intendimento di risolvere il contratto di appalto n. 9094 del 7 settembre 2005 con la capogruppo dell'a.t.i. aggiudicataria della gara in oggetto; al fine di evitare l'avvio del procedimento di revoca, con atto concordato, la capogruppo ha estromesso la società ricorrente dal raggruppamento ed ha eseguito l'appalto aggiudicato; l'oggetto del ricorso era, quindi, costituito, per un verso, dall'esclusione della società ricorrente dal raggruppamento che si è aggiudicato la gara d'appalto menzionata; dall'altro, le comunicazioni della Prefettura di Napoli della Prefettura di Napoli, aventi ad oggetto: "Protocollo di legalità - richiesta informazioni".

Per il TAR la decisione dell'amministrazione appaltante costituiva una ragionevole determinazione presa sulla base delle risultanze emerse dall'istruttoria, con particolare riferimento all'acquisizione sugli accertamenti antimafia disposti dalla Prefettura ed oggetto di apposita convenzione (cd. Protocollo di legalità), che restringeva significativamente gli spazi di determinazione discrezionale della ammissione o meno alla gara pubblica di soggetti rispetto ai quali sussistono pericoli di contiguità con la delinquenza organizzata.

2) - Per l'appellante società, ora in liquidazione, la sentenza sarebbe erronea e dovrebbe essere riformata, la motivazione della sentenza appellata segnalandosi per la sua inconsistenza sul piano fattuale, ancor prima che su quello giuridico, non ch  per la sua superficialit  e contraddittoriet  giuridica, oltre che per la violazione del basilare principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Dopo aver ribadito il proprio interesse all'appello, deduce l'appellante che nella specie non sarebbero sussistiti i presupposti necessari all'emanazione di strutture interdittive e che, comunque, l'ANAS si sarebbe attestata su quanto indicato dal Prefetto, senza fornire alcuna motivazione atta a giustificare le proprie determinazioni preclusive.

Resistono le Amministrazioni appellate che insistono per la declaratoria di inammissibilit , per acquiescenza, dell'originario ricorso e insistono, comunque, per il rigetto dell'appello per l'inconsistenza delle censure formulate.

3) - In via preliminare, appare infondata l'eccezione di inammissibilit  ora detta.

L'acquiescenza ad un provvedimento amministrativo esige, per la sua configurabilit , il compimento di atti o comportamenti univoci posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostrino la sua chiara ed irrefutabile volont  di accettarne gli effetti e l'operativit  (ex multis, Cons. St., sez.V, 19 febbraio 2007) e che si riferiscano ad un momento successivo a quello in cui viene integrata la lesione dell'interesse legittimo successivamente azionato (Cons. St., sez. V, 14 novembre 2006, n. 6678); sennonch , quanto al caso in esame,   vero che l'odierna appellante ha acconsentito alla propria sostituzione nell'ATI con mandataria la societ  BETA s.r.l. dopo l'emanazione degli atti impugnati, ma ci  ha fatto riservandosi espressamente "di agire nelle opportune sedi, anche giudiziarie, nei confronti dell'Ente appaltante, anche a titolo di risarcimento del danno in dipendenza della richiesta sostituzione della propria partecipazione, quale Impresa mandante, nel raggruppamento temporaneo costituito con la societ  BETA s.r.l., ed all'uopo conserva e mantiene tutti i diritti e le facolt  dipendenti dalla partecipazione detta sin qui maturati".

Ebbene,   da escludere, in tale situazione, che la deducente abbia liberamente posto in essere atti o comportamenti univoci dimostrativi della sua chiara ed irrefutabile volont  di accettarne gli effetti e l'operativit , avendo manifestato, invece, l'opposto intendimento attraverso la detta riserva di azioni giudiziarie e risarcitorie, sicch  il comportamento tenuto si palesa come frutto della scelta di non pregiudicare il legittimo interesse della mandataria a non essere privata dell'appalto.

4) - Nel merito, l'appello merita accoglimento.

Secondo quanto previsto nel "protocollo di legalit " stipulato dall'ANAS e dal Prefetto di Napoli il 13 gennaio 2004, "la stazione appaltante si impegna, ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge, ad inserire, altres , nei propri bandi di gara la facolt  per l'Ente di escludere le ditte per le quali il Prefetto fornisce informazioni antimafia ai sensi dell'art. 1 septies del d.l. 629/82"; nella prima delle

impugnate informative prefettizie (11 ottobre 2005), il Prefetto, nell'aderire alla richiesta di informazioni antimafia avanzata dall'ANAS sulla base dell'anzidetto protocollo, precisava che tanto si rimetteva alle valutazioni della medesima Stazione appaltante in relazione alla citata clausola protocollare.

Anche nella nota, pure impugnata, del Prefetto di Napoli in data 28 ottobre 2005 è precisato trattarsi di informazioni rese ai sensi dell'art. 1 septies del d.l. n. 629/1982; sicché si verte, in effetti, in tema di informative atipiche disciplinate dalla norma da ultimo detta e non, come accennato nella nota ANAS pure oggetto di impugnativa, di informative tipiche ai sensi dell'art. 10, comma 7, del d.P.R. n. 252/1998.

Spettava, quindi, alla stessa stazione appaltante fornire idonea motivazione in merito alle ragioni che la inducevano ad invitare l'impresa mandataria ad escludere dall'ATI l'odierna appellante, sostituendola con altra impresa.

L'appellante lamenta, tra l'altro, il fatto l'ANAS non abbia fornito, invero, alcuna motivazione in ordine alle concrete ragioni che, in presenza delle dette informative - dei cui contenuti si dirà - l'hanno indotta a ritenere impossibile il proseguimento del rapporto contrattuale.

Ad avviso del Collegio la censura è fondata in quanto, in effetti, l'ANAS si è limitata e richiamare dette informative ritenendole inibitorie ai sensi del citato art. 10, comma 7, del d.P.R. n. 252/1998, laddove, trattandosi di informative atipiche, come precisato dal Prefetto (e come, del resto, confermato anche nel rapporto da quest'ultimo inviato all'Avvocatura dello Stato) le stesse avrebbero dovuto essere seguite dagli specifici apprezzamenti spettanti, ai sensi della citata normativa del 1982, alla stessa stazione appaltante (trattandosi di informativa atipica, del resto, non si trattava, nella specie, di atto vincolato).

Ad ogni buon conto, le informative stesse appaiono affette dai vizi lamentati in primo grado e qui ribaditi dall'odierna appellante, a confutazione di quanto affermato, al riguardo, dai primi giudici.

Anzitutto, rileva il fatto che, senza fornire alcun chiarimento in merito alle ragioni sottese al proprio operato, il Prefetto, nell'informativa del 28 ottobre 2005, ometteva di riportare quanto specificato, invece, nella precedente informativa dell'11 ottobre 2005, in cui era precisato che "la GIA nel corso della seduta del 12.7.2005, ha evidenziato che sulla base dell'istanza formulata in data 8.3.2005, si accertava l'insussistenza di procedimenti penali di natura ostativa ai sensi della normativa antimafia"; nella stessa informativa del 28 ottobre il Prefetto ometteva anche di richiamare quanto, invece, precisato nell'informativa del precedente 11 ottobre 2005 in merito al fatto che, "in data 13.4.2004 sul conto della società in esame è stata rilasciata informativa antimafia liberatoria".

Ebbene, rispetto alle precedenti determinazioni prefettizie in tema di informativa antimafia, l'autorità preposta ben può modificare i propri precedenti orientamenti e rivedere le proprie valutazioni, ma, nel far ciò, è tenuta, comunque, a chiarire quali elementi nuovi o quali elementi in precedenza, non conosciuti o non conoscibili, l'abbiano indotta a modificare i propri apprezzamenti.

Con riguardo all'odierna appellante, l'UTG di Napoli si è limitato, invero, a riportare una serie di circostanze non certamente nuove, né in precedenza dal medesimo ufficio non conoscibili, essendo stato fatto riferimento solo a circostanze conosciute, in due casi, quanto meno dal 1993 e, in un terzo caso, quanto meno dal 2004; per contro, lo stesso Prefetto nessun rilievo ha assegnato al fatto che, sempre dal 2004, è stato sciolto - sulla base del sopravvenuto assetto normativo - il collegio sindacale ALFA., con la conseguenza che, nel 2005, non rispondeva più a verità il fatto che i sigg.ri \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* componessero il predetto collegio sindacale e potessero, quindi, qualificarsi "componenti" della società stessa (mentre il sig. LM Francesco, cugino - e non zio, come indicato, invece, erroneamente negli atti impugnati - delle due socie della ALFA, non era più socio di quest'ultima, fin dal 1993 e, in essa, neppure rivestiva la veste di sindaco).

Ed era onere, invero, del Prefetto dare conto di tale circostanza e fornire elementi aggiornati in merito al permanere o meno della rilevanza di essa una volta verificatosi lo scioglimento di detto organo.

Quanto, poi, al fatto che lo stesso LM \*\*\*\*\* fosse stato tratto in arresto in data 30 marzo 1993 unitamente ad altre persone in esecuzione di un'ordinanza di custodia cautelare in carcere emessa dal GIP per il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, può rilevarsi, anzitutto, che tale circostanza, ormai remota e, comunque, da lungo tempo nota all'autorità prefettizia, non aveva impedito il rilascio della precedente informativa favorevole di cui si è detto; inoltre, e principalmente, nelle impugnate informative non viene in alcun modo precisato che il predetto LM fosse stato coinvolto in detta vicenda (per cui era stato tratto in arresto il 30 marzo 1993) solo per il reato di abuso d'ufficio in concorso con altri soggetti, ma senza l'aggravante di favoreggiamento di associazioni di stampo mafioso e che, inoltre, il medesimo era stato, poi, assolto con formula piena da tale reato (assoluzione confermata financo in Cassazione - sez. VI, 6 luglio 1995).

Considerate anche le altre omissioni esplicative dianzi riportate, si è verificato, quindi che l'ANAS, stazione appaltante, non risulta essere stata compiutamente informata delle vicende e delle circostanze tutte anzidette; e che le valutazioni dalla stessa ANAS poste in essere sulla base di dette informative incomplete e lacunose e le conseguenti determinazioni preclusive della sfera d'interesse dell'appellante scontano, quindi, inevitabilmente tali difetti e incompletezze d'informazione, risultandone, quindi, viziate, non avendo potuto l'ANAS stessa fondare i propri apprezzamenti su dati attuali e completi.

Analoghe conclusioni valgono, infine, per ciò che attiene alla notazione secondo cui il direttore tecnico della ALFA., C. Enrico, era stato controllato, in data 24 novembre 2003, ad A. unitamente a CF \*\*\*\*\* il quale allo SDI risultava gravato da pregiudizi penali, falsi in genere, produzione e spaccio di sostanze stupefacenti, furto, ricettazione, porto abusivo e detenzione d'armi (reati commessi negli anni 1983/1983); tale circostanza, pur potendo, nel contesto generale, concorrere alla formazione dell'informativa atipica, avrebbe dovuto, al pari delle altre, essere tenuta in debita e motivata considerazione dalla stazione appaltante, gli elementi adottati facendo emergere un solo incontro tra i predetti C. e CF nell'arco di più di un decennio, nonché il fatto che quest'ultimo aveva commesso i detti reati in tempi tutt'altro che recenti e senza l'aggravante mafiosa (alla quale non viene fatto cenno).

5) - Per tali motivi l'appello in epigrafe appare fondato e va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata e in accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti di primo grado, vanno annullati i provvedimenti impugnati.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese relative ai due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti di primo grado, annulla i provvedimenti in quella sede impugnati.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Presidente

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Estensore

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Consigliere

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Consigliere

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2009

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

Il Direttore della Sezione

<https://www.diritto.it/nel-caso-di-informative-antimafia-atipiche-prima-di-risolvere-il-contratto-di-appalto-e-di-escutere-la-cauzione-definitiva-la-stazione-appaltante-deve-svolgere-ulteriori-indagini/>