

Le informative prefettizie antimafia: natura ed aspetti applicativi problematici

Autore:

In: Diritto amministrativo

NOTA ESPLICATIVA.

Sommario: 1. Il caso deciso. - 2. Le questioni esaminate. - 3. Applicabilità della disciplina del giudicato sostanziale ai giudizi di annullamento delle informative antimafia. - 4. Contenuto e finalità delle informative prefettizie antimafia. - 5. La decisione sulle ulteriori questioni. - 5.1. Non contraddizione tra informative antimafia di segno opposto; 5.2. Sostituzione di imprese consorziate ed effetti interdittivi delle informative antimafia. - 6. i principi di diritto affermati. - 7. Precedenti giurisprudenziali. - 8. Spunti bibliografici.

1. Il caso deciso.

Il Comune di Lecce, al fine di realizzare una serie di interventi, tra cui la costruzione di un edificio polifunzionale, aggiudicava un contratto di project financing ad un consorzio di imprese. Successivamente, addiveniva alla stipulazione di una convenzione attuativa col medesimo consorzio e con una società di progettazione.

In seguito alla comunicazione dell'informativa interdittiva antimafia, da parte della Prefettura di Caserta, l'amministrazione comunale recedeva dalla convenzione attuativa. Tale atto di recesso veniva confermato dal Dirigente del Settore Lavori Pubblici del Comune con propria determina, con la quale provvedeva, altresì, ad annullare in via di autotutela l'aggiudicazione definitiva del project financing al consorzio di

imprese. Questo, unitamente alla società di progettazione, impugnava l'informativa antimafia, chiedendo l'annullamento dell'atto di recesso, e con ricorso per motivi aggiunti, l'annullamento della determina dirigenziale. Veniva così adito il Tar Puglia, Sezione Staccata di Lecce, il quale rigettava il ricorso con sentenza, che, successivamente impugnata, veniva confermata dalla Quinta Sezione della Consiglio di Stato, con la pronuncia in commento, successiva ad una ordinanza, con la quale la medesima Sezione respingeva l'istanza di sospensione della sentenza appellata.

2. Le questioni esaminate.

La Quinta Sezione del Consiglio, chiamata dagli appellanti a pronunciarsi su molteplici questioni, ha dedicato ampio spazio in particolare a quattro di esse, ritenendo le altre logicamente assorbite.

In primo luogo, i Giudici di Palazzo Spada sono stati chiamati a decidere se possano avere efficacia di giudicato le sentenze emesse in precedenza da un giudice amministrativo diverso da quello adito in primo grado, aventi ad oggetto informative prefettizie antimafia, il cui contenuto si asserisce analogo a quella che, impugnata come atto presupposto, ha dato origine alla controversia sottoposta alla sua cognizione.

La seconda questione verte sulla possibilità di considerare veicolo di infiltrazione mafiosa - in attività della Pubblica Amministrazione - il ruolo di persona offesa dal reato, rivestito da uno dei soci delle società consorziate, cui si riferisce la informativa prefettizia, in base alla quale l'amministrazione aggiudicatrice, si sia determinata a recedere dal contratto di project financing e dalla relativa convenzione attuativa.

I consiglieri sono, poi, chiamati a stabilire se sussista contraddittorietà tra una informativa interdittiva antimafia, emessa nei confronti del consorzio di imprese, aggiudicatario del contratto di project financing, ed una successiva informativa prefettizia che concluda sulla non sussistenza del rischio di infiltrazione nei confronti di una società di progettazione, di più recente costituzione e di cui faccia parte, insieme ad altre imprese, il medesimo consorzio.

Infine, il Collegio è chiamato a pronunciarsi sulla possibilità di eliminare gli effetti interdittivi della informativa prefettizia antimafia, in seguito alla estromissione o sostituzione dal gruppo di imprese aggiudicatario di pubblici contratti, del soggetto indiziato di permeabilità mafiosa.

3. Applicabilità della disciplina del giudicato sostanziale ai giudizi di annullamento delle informative antimafia.

I ricorrenti richiamano due decisioni, già passate in giudicato, con le quali il Tar Campania (sent. 19.5.2009 n. 2725 e 25.8.2009, n. 4829) aveva annullato - per difetto di motivazione - due informative interdittive antimafia che avevano colpito uno dei soci delle società consorziate, ritenendo che esse dovessero spiegare efficacia di giudicato anche nella controversia instaurata davanti il Tar Puglia, giudice di I grado nel giudizio deciso con la pronuncia in commento. Ciò sul presupposto che tali informative presentassero contenuto identico a quella impugnata, e l'annullamento delle prime, travolgesse anche la più recente, emessa nei confronti del consorzio di imprese, scaturendo, tutte, dai medesimi atti istruttori.

La Sezione Quinta, confermando quanto deciso dal giudice di primo grado, riconosce che le informative oggetto delle pronunce richiamate e quella in questione, presentano tenore pressoché identico, sono state emesse nella stessa data e si riferiscono ad un unico soggetto, titolare di una delle ditte individuali, partecipante al consorzio di imprese con una quota assai rilevante (26%), e investito della carica di Vice Presidente del consiglio direttivo con poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione del Consorzio medesimo. Tuttavia - partendo dal rilievo che esse «costituiscono l'approdo di autonomi procedimenti iniziati ad istanza di diverse stazioni appaltanti, nei confronti di diversi soggetti affidatari, nell'ambito di diverse procedura di gara», come evidenziato dal diverso numero di protocollo, che identifica ogni atto - nega alle richiamate sentenze ogni efficacia diretta di giudicato sostanziale, sottoponendo l'informativa prefettizia impugnata ad una rigorosa verifica circa la sussistenza dei requisiti in presenza dei quali possa trovare applicazione l'art. 2909 Cod. Civ.

Dando per scontato che anche le sentenze dei giudici amministrativi acquistano efficacia di cosa giudicata, una volta esauriti i mezzi di gravame ordinari, ovvero in seguito al verificarsi della decadenza

dal diritto di proporli, il Collegio aderisce all'orientamento - ormai prevalente in giurisprudenza - secondo cui l'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato "fa stato ad ogni effetto tra le parti per l'accertamento di merito, positivo o negativo, del diritto controverso e si forma su tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresi gli accertamenti di fatto, i quali rappresentano le premesse necessarie ed il fondamento logico giuridico della pronuncia." In altri termini, quanto accertato nella sentenza definitiva rende la realtà giuridica sostanziale conforme alla statuizione processuale, in maniera incontrovertibile e può esplicare efficacia diretta in altri giudizi solo se questi intercorrono tra le medesime parti, e se hanno ad oggetto l'accertamento della medesima posizione giuridica, fatta valere nel processo conclusosi con la decisione passata in giudicato. Conseguentemente, la statuizione contenuta nella sentenza "spiega la sua autorità non solo nell'ambito della controversia e delle ragioni fatte valere dalle parti (c.d. giudicato esplicito), ma "si estende necessariamente agli accertamenti che formano il presupposto della decisione, così da coprire tutto quanto rappresenta il fondamento logico giuridico della pronuncia"

Nel caso di specie, i Giudici di Palazzo Spada ritengono che le sentenze con le quali il Tribunale campano ha annullato le precedenti informative prefettizie non possano avere efficacia diretta nella controversia sottoposta alla loro cognizione, dal momento che quest'ultima intercorre tra parti dotate di autonoma e distinta soggettività giuridica e che l'accertamento della posizione controversa non esplica alcun effetto nel giudizio in corso. In particolare, l'accertamento di cui alle sentenze richiamate non coinvolge l'efficacia delle informative, basate su una pluralità di rapporti di polizia e comunicazioni di segno negativo acquisiti dall'Ufficio Territoriale di Governo di Caserta, né influisce sull'attribuzione del "bene della vita" consistente nell'affidamento del project financing, poiché malgrado un giudicato di annullamento per difetto di motivazione delle informative prefettizie, la P.A. conserva il potere di provvedere negativamente in ordine all'oggetto dell'atto annullato, revocando l'affidamento, dal momento che non sono configurabili effetti conformativi e che il ricorrente non ha alcun diritto soggettivo all'emanazione di un provvedimento positivo. In tale ipotesi l'unico obbligo posto a carico della P.A. è quello di esplicitare adeguatamente i motivi posti a base della nuova determinazione, come stabilito in numerose occasioni dalla medesima Sezione V.²

Inoltre, non si pone neppure la questione della sussistenza di un rapporto di causalità tra i giudicati, dal

momento che l'accertamento contenuto nelle invocate pronunce verte su informative prefettizie diverse, che godono di una totale autonomia, tra cui manca un nesso di dipendenza logica e funzionale, pur poggiando su atti istruttori comuni, non incisi, peraltro, dalle statuizioni contenute nelle suddette pronunzie. Da ciò deriva che l'annullamento delle altre informative prefettizie non determina l'automatica invalidità o caducazione dell'informativa posta a base dell'impugnato recesso dal contratto di project financing e dalla relativa convenzione attuativa.

Dalla esclusione dell'efficacia diretta delle più volte richiamate sentenze del Tar Campania, il Collegio ricava l'insussistenza del contrasto di giudicati, il quale, secondo parte di giurisprudenza, si realizza soltanto quando le decisioni in contraddizione intervengano tra le medesime parti, ed abbiano lo stesso oggetto, di modo che le vicende presentino "un'ontologica e strutturale concordanza degli elementi sui quali deve essere espresso il secondo giudizio".³ Nella fattispecie in esame, infatti, stante la diversità delle parti e delle procedure di gara cui si riferiscono le informative interdittive, si è in presenza di autonomi giudizi, come dimostrato dalla circostanza che il Tribunale regionale, chiamato a pronunciarsi sulle varie informative, non abbia attribuito alle proprie statuizioni alcun effetto sui successivi giudizi, giungendo a conclusioni identiche circa le informative riferite ad uno dei partecipanti al consorzio, e modificando il proprio ragionamento nel caso dell'informativa interdittiva emessa nei confronti del Consorzio stesso.

4. Contenuto e finalità delle informative prefettizie antimafia.

Alla Sezione V, gli appellanti sottopongono, poi, la questione se l'amministrazione aggiudicatrice (nella specie, il Comune di Lecce) abbia legittimamente adottato la determinazione di recedere dal contratto di project financing e dalla relativa convenzione attuativa, in seguito ad informative prefettizie riferite ad uno dei soci delle società consorziate, senza attribuire rilievo al ruolo di persona offesa dal reato, da questi rivestito in un processo penale per tentata estorsione da parte di esponenti dei locali clan mafiosi, conclusosi - peraltro - con l'assoluzione degli imputati. A parere dei ricorrenti, infatti, la posizione di vittima del tentativo di estorsione, di per sé, non potrebbe prestarsi a divenir veicolo di infiltrazione mafiosa nell'attività svolta dall'amministrazione, e il soggetto, dunque, non potrebbe essere considerato uno strumento attraverso il quale i sodalizi criminali possano tentare di realizzare le loro finalità.

Il Collegio, confermando la decisione del giudice di primo grado sul punto, coglie l'occasione per delineare il contenuto e le finalità delle informative prefettizie antimafia, stabilendo che "in tema di pubblici appalti, finalità della disposizione di cui all'art. 4 D. Lgs. N. 490/1994 è quella di escludere dal relativo mercato l'imprenditore sospettato di legami o condizionamenti mafiosi, mantenendo un atteggiamento intransigente contro rischi di infiltrazione mafiosa per contrastare un utilizzo distorto delle risorse pubbliche". Detta norma, coordinata con l'art. 10, D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, impone alle pubbliche amministrazioni, - prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e sub-contratti, ovvero prima di rilasciare o consentire le concessioni o erogazioni, che abbiano un valore ricompreso nelle soglie indicate nel comma 1 del medesimo art. 4 - l'obbligo di richiedere ed acquisire le cd." informazioni antimafia", atti di competenza del Prefetto del luogo dove hanno sede, l'amministrazione richiedente o i soggetti interessati a contrattare con la stessa. ⁴

Rifacendosi a numerosi precedenti giurisprudenziali, il Collegio attribuisce a tali atti la finalità di anticipare il momento in cui la P.A. può intervenire in sede di autotutela amministrativa, al fine di evitare le possibili ingerenze della criminalità organizzata nello svolgimento dell'attività d'impresa.⁵ Come evidenziato anche dalla recente giurisprudenza, si tratta di «misure cautelari di polizia, preventive e interdittive diverse e con funzione distinta dalle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale», e rientrano tra quelle aventi funzione inibitoria, irrogabili dal Prefetto - ai sensi dell'art. 84 del D. Lgs. 159/2011 - nell'esercizio delle proprie funzioni in materia di polizia e di sicurezza, contro le ingerenze del crimine organizzato nelle attività economiche e nei rapporti con le pubbliche amministrazioni.⁶ Costituiscono, pertanto, strumenti anche eccezionali di reazione, previsti dalla legislazione antimafia che mirano a salvaguardare beni di primaria e fondamentale importanza per lo Stato, quali l'ordine e la sicurezza pubblica, la libera determinazione degli organi elettivi, nonché il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche, contro i pericoli di inquinamento derivanti dalla criminalità organizzata, purché siano commisurati alla gravità del pericolo, al rango dei valori tutelati, e alle necessità da fronteggiare. ⁷

Detti provvedimenti consistono nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di contrattare con la P.A. (quali ad esempio, la sussistenza di provvedimenti applicativi di misure di prevenzione) nonché, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali

tentativi di infiltrazione mafiosa, tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate". Essendo principalmente diretti a verificare se l'impresa affidataria si possa considerare affidabile, prescindono dai rilievi probatori tipici del processo penale, nonché dalla commissione di un illecito e dalla conseguente condanna, come accade, invece per le misure di sicurezza. Tuttavia - come evidenziato dai giudici, nella sentenza in commento -, non possono basarsi "sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontri, essendo necessaria l'indicazione di circostanze obiettivamente sintomatiche della qualificata probabilità, oggetto di un esame complessivo".⁸

A parere della Sezione, nel caso di specie, sussiste un concreto pericolo di infiltrazione, dal momento che l'impugnata informativa prefettizia si fonda su numerosi rapporti informativi dai quali emerge una pluralità di indizi nei confronti di più soggetti, partecipanti al consorzio di imprese aggiudicatario del project financing - ivi compreso l'imprenditore, presunta vittima della tentata estorsione - sia di diretta affiliazione ai clan camorristici, sia di cointeressenza in società con soggetti imparentati con esponenti di questi ultimi. Poiché, quindi, tali rapporti hanno formato "un quadro indiziario fondato su circostanze obiettive che, indipendentemente dall'assoluzione degli imputati del tentativo di estorsione nel processo penale, possono denotare concretamente, e non per mere congetture, un rischio di coinvolgimento attraverso il tentativo di infiltrazione mafiosa tendente ad influenzare le scelte imprenditoriali", l'amministrazione precedente si è legittimamente determinata a recedere dalla convenzione attuativa e ad annullare in via di autotutela l'aggiudicazione del project financing al consorzio e alla società di progetto ricorrenti, in tal modo valorizzando la finalità di prevenzione propria dell'informativa antimafia.

Tale quadro indiziario, non viene scalfito, a parere dei giudicanti, da una recente informativa a contenuto liberatorio emessa nei confronti del consorzio di imprese, dalla Prefettura di Caserta, in qualità di Ufficio Territoriale di Governo (U.T.G.), dal momento che nella compagine sociale di questo non compare più l'imprenditore, presunta vittima della tentata estorsione e indiziato di cointeressenza con soggetti ritenuti vicini ai clan. né come componente dell'organo di amministrazione né come titolare dell'impresa consorziata.

5. La decisione sulle ulteriori questioni.

Il citato quadro indiziario a carico delle imprese consorziate, oltre a legittimare l'operato dell'amministrazione aggiudicatrice nel determinarsi a recedere dai rapporti contrattuali, permettono al Collegio di risolvere le ulteriori questioni sottoposte alla sua cognizione.

5.1. Non contraddizione tra informative antimafia di segno opposto.

Così, in primo luogo, i consiglieri confermano la sentenza di primo grado nella parte in cui considera irrilevante una successiva informativa prefettizia dalla quale è emersa la non sussistenza del rischio di infiltrazione nei confronti della società di progettazione, successivamente costituitasi e di cui fa parte il medesimo consorzio di imprese, aggiudicatario del contratto di project financing. In tal modo, viene rigettato il motivo col quale gli appellanti avevano ritenuto sussistente una contraddittorietà tra quest'ultima informativa e quella impugnata, emessa con efficacia interdittiva nei confronti del solo consorzio di imprese, aggiudicatario. Infatti, la contraddittorietà tra le informative di segno opposto è esclusa perché, nel caso di specie, la società di progettazione va considerata soggetto "dotato di totale autonomia dal Consorzio ed il suo amministratore delegato è persona diversa da quelle coinvolte nei fatti denunciati all'U.T.G. di Caserta". Poiché sono diversi i destinatari dell'atto, si è in presenza di provvedimenti diversi e non si può ritenere che le informative prefettizie successive intervengano sulla medesima fattispecie, in maniera tale da non far risultare quale sia la vera volontà della P.A.: non si verifica, cioè, la contraddittorietà tra più atti, figura sintomatica dell'eccesso di potere, come pacificamente ritenuto dalla stragrande maggioranza degli interpreti che si sono occupati di annullabilità dei provvedimenti amministrativi in presenza di vizi di legittimità.

5.2. Sostituzione di imprese consorziate ed effetti interdittivi delle informative antimafia.

Infine, il Collegio è stato chiamato a pronunciarsi sulla possibilità di eliminare gli effetti interdittivi della informativa prefettizia antimafia, in seguito alla estromissione o sostituzione dal gruppo di imprese aggiudicatario di pubblici contratti, dell'impresa indiziata di permeabilità mafiosa, in applicazione dell'art. 12 D.P.R. n. 252/1998, coordinato con l'art. 37 commi 18 e 19 D.Lgs. n. 163/2006 che prevede la continuazione del rapporto contrattuale, qualora detta estromissione o sostituzione avvenga

anteriormente alla stipulazione del contratto, o alla concessione dei lavori.⁹ In particolare, il citato art. 12 prevede che, qualora vengano accertate situazioni che rendono concreto il pericolo di infiltrazioni mafiose riguardo ad una impresa, partecipante ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le conseguenze previste dall'art. 4, D. Lgs. N. 490/1994 (divieto di contrattare con la P.A., ovvero recesso dal contratto già stipulato), valgono soltanto per l'impresa stessa e non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti, purché la prima sia stata estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori, ovvero - entro 30 giorni dalla comunicazione delle informazioni del Prefetto, qualora queste pervengano successivamente a detta stipulazione o concessione.

Nel caso di specie, invece, a parere dei giudici di Palazzo Spada, l'avvenuta sostituzione dell'impresa consorziata, oggetto delle informative prefettizie non sarebbe utile allo scopo di sterilizzare il consorzio dal rischio di infiltrazione da parte dei sodalizi criminali, facendo venir meno, così, gli effetti interdittivi che l'ordinamento ricollega al provvedimento de quo. Infatti, «l'atto interdittivo colpisce non solo l'impresa consorziata, ma lo stesso Consorzio ed è motivato sulla base di circostanze sintomatiche riguardanti un soggetto (...) che nel Consorzio (e non solo nella qualità di titolare di impresa consorziata) riveste un ruolo gestionale, facendo parte dell'organo di amministrazione (consiglio direttivo) con funzione di Vice Presidente», e l'esclusione del consorziato non vale a ripristinare l'affidabilità del soggetto affidatario e porre l'amministrazione aggiudicatrice al riparo di condizionamenti criminali.

In tal modo, la Sezione, mostra di valorizzare il ruolo di misure di massima prevenzione che il legislatore ha voluto attribuire alle informative prefettizie, configurandole come strumenti di reazione flessibili e tempestivi, idonei a realizzare un sistema di controllo preventivo -amministrativo sul pericolo di infiltrazioni criminali, nel settore degli appalti pubblici.

6. I principi di diritto affermati.

Dalla pronuncia in commento possono essere desunti i seguenti principi di diritto.

Le sentenze di annullamento delle informative prefettizie antimafia, passate in giudicato, possono spiegare diretta efficacia di giudicato sostanziale in successivi analoghi giudizi soltanto quando questi intercorrano tra le medesime parti e se l'accertamento della posizione giuridica controversa in cui si sostanziano, espliciti effetti nel giudizio in corso, indipendentemente dalla circostanza che le informative traggano origine da una comune attività istruttoria, purché risulti evidente che esse costituiscano autonomi provvedimenti.

Ai fini dell'efficacia interdittiva, attribuita dall'ordinamento alle informative prefettizie antimafia, è irrilevante che il soggetto cui si riferiscono abbia rivestito il ruolo di persona offesa dal reato di una vicenda di presunta estorsione, da parte della criminalità organizzata, indipendentemente dalla assoluzione degli imputati, nel processo penale, purché i fatti emergenti dalle informative formino, nel loro complesso, un quadro indiziario fondato su circostanze oggettive che possono denotare il rischio concreto che la criminalità organizzata di tipo mafioso tenti di infiltrarsi all'interno di un'impresa o di un consorzio di imprese, contraente con la Pubblica Amministrazione, influenzandone le scelte imprenditoriali.

Non sussiste contraddizione tra una informativa antimafia interdittiva ed una successiva informativa di segno positivo, ove quest'ultima si riferisca a soggetti dotati di totale autonomia rispetto a quelli presi in considerazione dalla prima.

La modifica della compagine di un consorzio di imprese in seguito a sostituzione dell'impresa consorziata, oggetto delle informative interdittive, non vale ad eliminare il rischio di infiltrazione mafiosa, se dette informative contengono indizi oggettivi di permeabilità nei confronti dell'intero consorzio.

7. Precedenti giurisprudenziali.

Conformi: Cons. St., Sez. III, sent. 5 ottobre 2011, n. 5478; C.G.A. Sicilia, sent. 31 maggio 2011, n.407;

C.G.A. Sicilia, sent. 5 gennaio 2011, n. 9.

8. Spunti bibliografici.

Casetta, E. Manuale di Diritto Amministrativo. Milano, 2006. pagg. 866-871.

*****, **A.** "Codice antimafia (D. Lgs. 159/2011): le informative prefettizie quali strumento di contrasto alla criminalità organizzata" pubblicato in *Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica* pubblicata su Internet, ISSN 1127-8579, il 30/09/2011 all'indirizzo:

D'Aprile, V. "La normativa antimafia nei contratti pubblici" pubblicato in *Nuove Frontiere del Diritto - Rivista giuridica telematica*, n. 1/2012, il 12/01/2012, all'indirizzo: https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B_IxpR1msCbAZDUzY2JlYjYtMGZjNi00ZDVlLWFkMDYtNjJjYTFiODhlOTEy&hl=it, pagg. 68 e ss.

Del Giudice, F. -Delpino L. *Il Diritto Amministrativo. Corso completo.* Napoli, 2007 pagg. 1007 e ss.

*****, **E.** "I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici"(Relazione alla Conferenza Nazionale: "Le nuove disposizioni penali in materia di sicurezza pubblica - strumenti e poteri di prevenzione antimafia", organizzata dall'Osservatorio Permanente sulla Criminalità organizzata - Siracusa, 25 - 27 giugno 2010.). Pubblicata il 24/08/2010 sul Sito Istituzionale della Giustizia Amministrativa, all'indirizzo: http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Leotta_Informative_prefettizie_relazione_definitiva.pdf

Cons. St. , Sez. V, sent. 12 ottobre 2010, n. 7407

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 1249 del 2010, proposto da:

***** ... , rappresentato e difeso dagli avv. ***** , ***** , con domicilio eletto presso l'avv. ***** in Roma, via Panama, 74;

*****à di Progetto E.P. di Lecce Srl, rappresentata e difesa dall'avv. ***** , con domicilio eletto presso l'avv. ***** in Roma, via Panama, 74;

contro

Comune di Lecce, rappresentato e difeso dall'avv. ***** , con domicilio eletto presso l'avv. *****dassarre in Roma, via Cola di ***** 271;

Comune di Lecce - Dirigente del Settore Lavori Pubblici; ***** - Prefettura di Caserta, Ministero dell'Interno, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la stessa domiciliati per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE I n. 03151/2009, resa tra le parti, concernente RECESSO DA CONVENZIONE PER PROGETTAZIONE, REALIZZAZIONE E GESTIONE DI EDIFICIO POLIFUNZIONALE DA ADIBIRE A UFFICI COMUNALI..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Lecce;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ***** - Prefettura di Caserta;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2010 il cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati Lentini e Astuto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il Consorzio A. e la *****à di progetto E.P. di Lecce s.r.l. hanno domandato in primo grado l'annullamento dell'atto di recesso del Comune di Lecce dalla convenzione attuativa del project financing volto alla realizzazione di una serie di interventi, tra cui un edificio polifunzionale, aggiudicato allo stesso Consorzio , esercitato - in applicazione della prevista condizione risolutiva - all'esito della comunicazione da parte della Prefettura di Caserta delle cause interdittive di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 490/1994 , impugnata come atto presupposto, nonché, con motivi aggiunti, della determina 6.6.2008 n. 309 del dirigente del Settore Lavori pubblici del Comune che confermava il recesso ed annullava in via di autotutela l'aggiudicazione definitiva del project financing al Consorzio A.

Hanno dedotto la violazione di varie disposizioni di legge e di regolamento nonché eccesso di potere sotto vari profili sintomatici. In particolare, i ricorrenti hanno richiamato l'attenzione del Collegio sull'efficacia di due decisioni del Tar Campania (sent. 19.5.2009 n. 2725 e 25.8.2009, n. 4829) di annullamento di due provvedimenti interdittivi basati su motivazione identica a quella della comunicazione emessa nei confronti del Consorzio, riguardanti il sig. ***** , facente parte del Consorzio.

Il Tar, ritenuta la propria giurisdizione, ha negato efficacia diretta delle due decisioni richiamate in quanto aventi ad oggetto l'annullamento di provvedimenti diversi da quello al suo esame e riguardanti soggetti diversi (sig. P.) dal Consorzio. Ha, peraltro, ritenuto di discostarsi dal ragionamento seguito da quel Tribunale, ritenendo che l'informativa, fondata su una vicenda di presunta estorsione da parte della criminalità organizzata nei confronti del P. , rispondesse ai requisiti ed alle finalità preventive del provvedimento interdittivo, volto a scongiurare la partecipazione all'attività della pubblica amministrazione da parte di imprese esposte al rischio di condizionamento delle scelte societarie per eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, così pervenendo ad una pronuncia reiettiva.

Avverso la sentenza di primo grado hanno proposto appello gli interessati, deducendo i seguenti motivi:

- error in iudicando, violazione del giudicato, violazione del nesso di causalità giuridica in materia di provvedimenti amministrativi, violazione di legge (art. 4 D.Lgs. 490/94 e 10 d:P.R. 252/98): avrebbe errato il Tar nell'escludere l'efficacia delle sentenze del tribunale campano, passate in giudicato,(cui sarebbe poi

seguita la n. 8979/2009 di eguale tenore sul conto del Consorzio A. ...), non presentando l'informativa interdittiva un autonomo contenuto, ma essendo integralmente derivata dalle informative sul conto del P., estese al Consorzio in virtù del vincolo consortile, sicché l'annullamento delle prime travolgerebbe anche l'ultima emessa sul Consorzio. Ciò sarebbe ulteriormente dimostrato dalla circostanza che il Prefetto di Caserta avrebbe poi recentemente rilasciato una informativa liberatoria nei confronti del Consorzio A. ...;

- error in iudicando, violazione del giudicato, violazione del nesso di causalità giuridica in materia di provvedimenti amministrativi, violazione di legge (art. 4 D.Lgs. 490/94 e 10 d.P.R. 252/98): avrebbe errato il Tar nell'attribuire rilievo alla figura del P., avendo egli assunto nel procedimento penale la veste di parte offesa del delitto di tentata estorsione da parte di esponenti del clan Farina. In ogni caso mancherebbero indizi gravi, precisi e concordanti sintomatici di una permeabilità mafiosa, non potendosi automaticamente equiparare la posizione di vittima di intimidazione con lo strumento dei fini di un sodalizio criminale. Né rilevarebbe la cointeressenza societaria del P. con *****, imparentato con il clan dei Casalesi, data l'irrelevanza del rapporto di parentela ai fini dell'applicazione di provvedimenti di prevenzione. Sarebbe poi irrilevante l'interdizione della società B. (con provvedimento peraltro annullato con decisione del Consiglio di Stato n. 7646/2009) partecipante al consorzio, essendo stata di seguito estromessa ai sensi dell'art. 12 d.P.R. n. 252/1998. Il Tar avrebbe poi espresso personali considerazioni non emergenti dal provvedimento inibitorio;

- error in iudicando, violazione del giudicato, violazione del nesso di causalità giuridica in materia di provvedimenti amministrativi, violazione di legge, eccesso di potere per contraddittorietà, iniquità, sviamento: il Tar avrebbe errato nell'escludere la contraddittorietà tra il provvedimento interdittivo emesso nei confronti del Consorzio e quello liberatorio emesso nei confronti della società di progetto neocostituita, facendo parte il consorzio della medesima società insieme con altre imprese;

- error in iudicando, violazione del giudicato, violazione del nesso di causalità giuridica in materia di provvedimenti amministrativi, violazione di legge, eccesso di potere per contraddittorietà, iniquità, sviamento: avrebbe errato il Tar nel disapplicare l'art. 12 d.P.R. n. 252/1998, confermato dall'art. 37 commi 18 e 19 D.Lgs. n. 163/2006 sull'estromissione dell'impresa interdetta;

- illegittimità derivata sugli atti applicativi di recesso dalla convenzione e di revoca dell'aggiudicazione.

Gli appellati si sono costituiti.

Con ordinanza di questa Sezione n. 1405/2010 è stata respinta l'istanza di sospensione della sentenza appellata. Sono state depositate dalle parti memorie ad ulteriore illustrazione delle proprie tesi difensive.

All'udienza del 2 luglio 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Non merita di soffermarsi l'eccezione di difetto di giurisdizione, reiterata dalla difesa del Comune anche in grado di appello nel proprio controricorso. Invero, in presenza di espressa statuizione del giudice di primo grado, la relativa questione avrebbe dovuto essere sollevata come motivo di gravame, dovendosi ritenere, in mancanza, sul punto formato il giudicato interno ai sensi dell'art. 329 c.p.c. (ex multis, Cons. St. Sez. IV, 8.6.2009, n. 3502; Sez. VI, 11.9.2008, n. 4350).

2. Con il primo ed articolato motivo di gravame, l'appellante denuncia l'erroneità della sentenza per non aver considerato gli effetti sull'atto interdittivo impugnato delle pronunce di annullamento di analoghe informative emesse dal Tar Campania, passate in giudicato (sent. 19.5.2009 n. 2725, 25.8.2009, n. 4829 e 18.12.2009, n. 8979), a causa del nesso esistente per essere fondate sullo stesso verbale G.I.A. Del 14.3.2008.

Il motivo è da respingere.

Le informative oggetto delle pronunce caducatorie del Tribunale campano e quella oggetto del presente giudizio, sebbene di tenore pressoché identico ed emesse nella stessa data (salvo la prot. n. 570/12.b/ant/area 1 del 5 novembre 2008), costituiscono l'approdo di autonomi procedimenti iniziati ad istanza di diverse stazioni appaltanti, nei confronti di diversi soggetti affidatari, nell'ambito di diverse procedura di gara. In questo senso è rilevante il diverso numero di protocollo cui fa riferimento il primo giudice. In tutte le informative viene tuttavia in rilievo la figura di ***** , titolare di ditta individuale consorziata con una quota di partecipazione del 26% nel Consorzio A. ..., nonché Vice Presidente del consiglio direttivo con poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione del Consorzio.

Tre informative sono state in effetti annullate dal Tar per la Campania con sentenze passate in giudicato, per eccesso di potere per difetto di motivazione, avendo il giudice ritenuto l'istruttoria compiuta insufficiente a comprovare il giudizio di pericolosità espresso.

L'appellante sostiene che, essendo tali atti basati sulla medesima istruttoria svolta per l'informativa negativa emessa per il Consorzio (ed in particolare sul verbale del Gruppo Ispettivo Antimafia del 14 marzo 2008), le pronunce caducatorie del Tar campano avrebbero spiegato effetto anche su di essa. Non avrebbe potuto pertanto il Tar pugliese giungere a conclusioni diverse da quello campano, dovendosi adeguare al giudicato formatosi.

Il ragionamento dell'appellante non può essere condiviso.

Secondo consolidati principi, "il giudicato sostanziale (art. 2909 c.c.) fa stato ad ogni effetto tra le parti per l'accertamento di merito, positivo o negativo, del diritto controverso e si forma su tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresi gli accertamenti di fatto, i quali rappresentano le premesse necessarie ed il fondamento logico giuridico della pronuncia, spiegando quindi la sua autorità non solo nell'ambito della controversia e delle ragioni fatte valere dalle parti (c.d. giudicato esplicito), ma estendendosi necessariamente agli accertamenti che si ricollegano in modo inscindibile con la decisione, formandone il presupposto, così da coprire tutto quanto rappresenta il fondamento logico giuridico della pronuncia" (Cons. St. Sez. IV, 26.5.2006, n. 3162).

Va anzitutto rilevato che due dei giudizi richiamati (definiti con decisioni 19.5.2009 n. 2725 , 25.8.2009, n. 4829) vertono tra diverse parti, dal momento che parte nei giudizi decisi dal Tar Campania è *****, mentre parte dell'odierno giudizio è il Consorzio A. ..., dotato di propria soggettività giuridica.

Ma, soprattutto, nelle sentenze richiamate nessun accertamento della posizione controversa è stato compiuto con effetti nel presente giudizio: non in riferimento alla pluralità di rapporti di polizia e comunicazioni di segno negativo per il ricorrente P. acquisiti dall'Ufficio Territoriale di Governo ed analiticamente richiamati nelle premesse delle informative, la cui efficacia non risulta minimamente scalfita dalle decisioni; non in riferimento alla attribuzione del "bene della vita"(peraltro nei primi due casi in favore di soggetto diverso e comunque nell'ambito di diverse procedure di gara) consistente nell'affidamento del project financing, poiché secondo piani principi il giudicato di annullamento per difetto di motivazione non esclude il potere della p.a. di provvedere negativamente in ordine all'oggetto dell'atto annullato, non essendo configurabili effetti conformativi e non avendo il ricorrente diritto all'emanazione di un provvedimento positivo , ma essendo soltanto imposto di esplicitare adeguatamente i motivi posti a base della nuova determinazione (Cons. St. Sez. V, 15.12.2005, n. 7125; 28.6.2004, n. 4775; 17.3.1998, n. 297); non in riferimento ad un prospettato rapporto di causalità, dal momento che le diverse informative godono di una totale autonomia, non sono legate tra loro da un nesso di dipendenza logica e funzionale , ma poggiano - e questo è l'elemento comune - su atti istruttori comuni ma non incisi dalle pronunce sicché neanche può parlarsi di effetto invalidante o, addirittura, caducante.

Nè è possibile ipotizzare un contrasto di giudicati, ricorrente solo ove si tratti di decisioni intervenute tra le stesse parti ed aventi lo stesso oggetto "tale che tra le due vicende si verifichi un'ontologica e strutturale concordanza degli elementi sui quali deve essere espresso il secondo giudizio"(Cons. St. Sez. IV, 15.11.2004, n. 7365; Sez. VI, 4.6.2007, n. 2953).La già sottolineata diversità delle parti nei primi due giudizi e delle procedura di gara cui si riferiscono le autonome informative esclude in radice ogni sovrapposizione.

D'altro canto, chiara dimostrazione della autonomia dei giudizi è data dalla circostanza che lo stesso Tar , chiamato a pronunciarsi sulle varie informative, non abbia riconnesso alcuna efficacia alla prima decisione sull'oggetto degli altri giudizi, limitandosi in due sentenze a ripetere il ragionamento già seguito in

precedenza ed, al contrario, in altra e diffusa decisione (Sez. VIII, n. 1033 del 19.2.2010) giungendo a conclusioni del tutto opposte su analoga informativa interdittiva emessa nella medesima data (20.3.2008) nei confronti del Consorzio, così respingendo il ricorso.

Parimenti non può essere presa in considerazione la circostanza che di recente (nota 30.11.2009) l'UTG abbia emesso informativa liberatoria sul Consorzio Arché, poiché dallo stesso atto si ricava che nel consorzio non figura più il P. né come componente dell'organo di amministrazione né come titolare dell'impresa consorziata.

3. Anche il secondo motivo di appello deve essere respinto.

L'appellante lamenta che il Tar non avrebbe tenuto in considerazione la veste di persona offesa del P. nell'ambito del processo penale per tentata estorsione conclusosi con l'assoluzione degli imputati, l'assenza di indizi nei suoi confronti in ordine alla permeabilità mafiosa, l'irrilevanza della cointeressenza societaria con *****, trattandosi di soggetto solo imparentato (figlio e fratello) con appartenenti al clan dei Casalesi.

In tema di pubblici appalti, finalità della disposizione di cui all'art. 4 D. Lgs. N. 490/1994 è quella di escludere dal relativo mercato l'imprenditore sospettato di legami o condizionamenti mafiosi, mantenendo un atteggiamento intransigente contro rischi di infiltrazione mafiosa per contrastare un utilizzo distorto delle risorse pubbliche. Le informative rappresentano una sensibile anticipazione della soglia di autotutela amministrativa, espressione di una logica di contrasto della criminalità organizzata in chiave preventiva, nettamente differenziata dal sistema probatorio tipico del processo penale e valorizzante anche elementi costitutivi di semplici indizi del rischio di coinvolgimento attraverso il tentativo di infiltrazione mafiosa tendente ad influenzare le scelte e gli indirizzi delle imprese interessate (ex multis, Cons. st. sez. VI, 2.5.2007, n. 1916; 25.11.2008, n. 5780; 25.1.2010, n. 250; 28.4.2010, n. 2441) con il limite dell'esclusione di fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontri, essendo necessaria l'indicazione di circostanze obiettivamente sintomatiche della qualificata probabilità, oggetto di un esame complessivo (Cons. St. Sez. VI, 17.4.2009, n. 2336).

Vale, a riguardo, considerare che l'atto interdittivo impugnato si basa non solo sul citato parere del GIA, ma su numerosi rapporti informativi, tutti citati nel preambolo del provvedimento, dai quali emerge una pluralità di indizi principalmente nei confronti del P., vice presidente del Consorzio e titolare di impresa individuale consorziata, nonché nei riguardi del D. P., titolare di altra impresa consorziata (dalla comunicazione della Regione Carabinieri Campania n. 283/637 del 12.1.2007 e dalla comunicazione della Direzione Investigativa Antimafia prot. 483 del 23.1.2007 si apprende infatti che quest'ultimo più volte è stato tratto in arresto e coinvolto in indagini per il reato di associazione per delinquere di tipo mafioso finalizzata all'acquisizione di controllo di attività economico-imprenditoriali, sebbene non sia mai seguita alcuna condanna).

Quanto al P., gli indizi emergenti a suo carico attengono alla cointeressenza in società con soggetto imparentato con appartenenti a clan camorristici e nell'essere stato vittima di una presunta estorsione per l'accertamento della quale non avrebbe prestato alcuna collaborazione, di cui sono segnalati riscontri oggettivi tra cui, come si evince dalla comunicazione della Regione carabinieri della Campania del 27.9.2007, le conversazioni intercettate presso l'abitazione del boss Farina.

Il Collegio ritiene che i fatti riferiti formino, nel loro complesso, un quadro indiziario fondato su circostanze obiettive che, indipendentemente dall'assoluzione degli imputati del tentativo di estorsione nel processo penale, possono denotare concretamente, e non per mere congetture, un rischio di coinvolgimento attraverso il tentativo di infiltrazione mafiosa tendente ad influenzare le scelte imprenditoriali sicché, avuto riguardo alla finalità di prevenzione propria dell'informativa antimafia e senza invadere la discrezionalità propria dell'organo competente, considera la valutazione ostativa emessa nei riguardi del Consorzio rispondente ai requisiti di congruità e di logicità nonché supportata da una sufficiente istruttoria.

Non si rinvencono inoltre le denunciate personali considerazioni espresse dal Tar, dal momento che la motivazione della sentenza è articolata sulla congruità e sufficienza della valutazione operata dal Prefetto nell'esercizio del potere discrezionale ed afferisce ad elementi risultanti dagli atti depositati in giudizio.

4. Parimenti da confermare è la sentenza laddove ha stabilito l'irrilevanza , ai fini dell'invocata contraddittorietà, della positiva informativa emessa dall'UTG di Roma nei confronti della neocostituita *****à di Progetto e. P. di Lecce.

Invero, la società di progetto è soggetto di recente costituzione, con sede in Roma, dotato di totale autonomia dal Consorzio ed il suo amministratore delegato (P. F.) è persona diversa da quelle coinvolte nei fatti denunciati all'UTG di Caserta.

Pertanto, la positiva informativa nei suoi riguardi non appare contraddittoria rispetto all'atto interdittivo emesso nei riguardi del Consorzio.

5. Anche il motivo di appello con cui si sostiene l'erroneità della sentenza per non avere considerato l'efficacia dell'esclusione dal consorzio del consorziato P. ai sensi dell'art. 12 d.P.R. n. 252/98 è da respingere.

In merito, il Collegio considera non necessario pervenire alla disapplicazione della disposizione per contrasto con gli articoli 4 e 5bis del d.lgs. 490 del 1994, secondo quanto stabilito dal Tar, ovvero esaminare l'eccezione di tardività dell'esclusione rispetto alla notizia dell'interdizione sollevata dalla difesa del Comune di Lecce, attesa l'inidoneità , nella specie, dello strumento utilizzato ai fini della sterilizzazione.

L'art. 12 d.P.R. n. 252 del 1998 prevede che se una delle situazioni di infiltrazione mafiosa interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo d'impresе, le cause del divieto di cui all'art. 4, comma 6 d.lgs. n. 490 del 1994 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto o sostituita entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipula del contratto.

La disposizione riguarda anche i consorzi non obbligatori.

Deve dunque trattarsi, affinché possa operare la sterilizzazione , di una fattispecie interdittiva che colpisca esclusivamente l'impresa partecipante o consorziata, dalla cui esclusione o sostituzione derivi il ripristino dell'affidabilità del soggetto affidatario. Nei sensi indicati dispone anche l'art. 37, comma 18 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Diversamente, nel caso all'esame del Collegio l'atto interdittivo colpisce non solo l'impresa consorziata, ma lo stesso Consorzio ed è motivato sulla base di circostanze sintomatiche riguardanti un soggetto (il P.) che nel Consorzio (e non solo nella qualità di titolare di impresa consorziata) riveste un ruolo gestionale, facendo parte dell'organo di amministrazione (consiglio direttivo) con funzione di Vice Presidente.

Pertanto , l'esclusione del consorziato non è sufficiente a depurare il Consorzio personalmente ed insanabilmente affetto dalla causa interdittiva al momento dell'aggiudicazione.

6. Confermata, pertanto, la legittimità dell'atto presupposto costituito dall'informativa interdittiva, cadono conseguentemente anche le doglianze inerenti all'invocata illegittimità derivata dell'atto di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e del recesso dalla convenzione.

7. Conclusivamente, l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione Quinta, respinge l'appello come da motivazione.

Condanna l'appellante al pagamento in favore degli appellati delle spese di giudizio liquidate complessivamente in euro 3.000,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

***** , Presidente

***** , Consigliere

***** , Consigliere

***** , Consigliere

***** , ***** , Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 12 OTT. 2010.

1 Cfr. Cons. St. Sez. IV, 26.5.2006, n. 3162, esplicitamente richiamata dalla pronuncia in commento.

2 Cfr. Cons. St. Sez. V, 15.12.2005, n. 7125; 28.6.2004, n. 4775; 17.3.1998, n. 297.

3 Cfr. Cons. St. Sez. IV, 15.11.2004, n. 7365; Sez. VI, 4.6.2007, n. 2953.

4 A partire dal 13 ottobre 2011, l'art. 10 del DPR 3 giugno 1998 n.252 è confluito, con parziali modificazioni, negli artt. 90 e ss .del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, recante il "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136." In particolare, l'art. 4, D.P.R. n. 490/1994 è ora confluito nell'art. 91, D.Lgs. n. 159/2011.

5 Cfr. Cons. st. sez. VI, 2.5.2007, n. 1916; 25.11.2008, n. 5780; 25.1.2010, n. 250; 28.4.2010, n. 2441

6 Cfr. Cons. Stato, Sez. III, sent. 5 ottobre 2011, n. 5478.

7 Sulla natura delle informative prefettizie, cfr. Cons. Stato, Sez. III, sent. 5 ottobre 2011, n. 5478, con nota del sottoscritto, pubblicata in *Nuove Frontiere del Diritto*, - Rivista giuridica telematica, n. 1/2012, il 12/01/2012 all'indirizzo:
https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B_IxpR1msCbAZDUzY2JlYjYtM

GZjNi00ZDVlLWFkMDYtNjJjYTFiODhlOTEy&hl=it , pagg. 228 e ss.

8 Cfr. Cons. St. Sez. VI, 17.4.2009, n. 2336.

9 L'art. 12, D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 è stato sostituito dall'art. 95 del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. Codice Antimafia).

<https://www.diritto.it/le-informative-prefettizie-antimafia-natura-ed-aspetti-applicativi-problematici/>