

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29359-n-00317-2009-reg-ric-tribunale-amministrativo-regionale-per-la-calabria-sezione-prima-sentenza-n-248-del-1-3-2010-in-tema-di-informativa-antimafia>

Autore: sentenza

**N. 00317/2009 REG.RIC. Tribunale Amministrativo
Regionale per la Calabria (Sezione Prima) sentenza n. 248
del 1.3.2010, in tema di informativa antimafia.**

Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) sentenza n. 248 del 1.3.2010, in tema di informativa antimafia.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

...omissis...

DIRITTO

1. Vengono impugnate la “riservata amministrativa” della Prefettura di *** prot. n. 20645/98/Gab/Cosp del 16.10.1998 e la delibera della Giunta Comunale del Comune di *** n. 421 del 28.10.1998, che, a seguito dell’acquisizione della prima, ha disposto di prenderne atto e, quindi, di risolvere il contratto stipulato in data 22 settembre 1998 rep. n. 258 con la ricorrente società, in proprio e quale mandataria dell’associazione temporanea d’impresa costituita con la “*** s.r.l.” e la “*** Costruzioni s.r.l.”, alla gara, per licitazione privata, indetta dal Comune di ***, con bando pubblicato il 12.5.1998, avente ad oggetto i lavori di adeguamento e razionalizzazione della rete idrica di distribuzione interna al capoluogo e zone limitrofe, per l’importo a base d’asta di £. 22.240.148.337.

La precitata delibera della Giunta Comunale del Comune di *** n. 421 del 28.10.1998 premette: “che in data 16 settembre 1998, ai sensi dell’art.4 del D.L.VO 490/94, veniva inoltrata alle prefetture di competenza, richiesta di informazioni

circa la sussistenza o meno di decadenza dei procedimenti indicati nell'allegato 1 del citato Decreto Legislativo, nonché dei relativi ed eventuali tentativi di infiltrazioni mafiose; che attesa l'urgenza dichiarata dal Dirigente il Servizio Lavori Pubblici, nelle more della certificazione prefettizia antimafia, ai sensi dell'art. 4 – comma 6- del Decreto Legislativo 8 agosto 1994 n. 490, l'affidamento dei lavori di che trattasi veniva formalizzato con contratto stipulato in data 22 settembre 1998, repertorio n. 258, registrato a *** il 5 ottobre 1998 al n. 2159, Serie I, prevedendo espressamente all'art. 12 che “qualora venisse rilevata la sussistenza di una delle cause di divieto indicate nell'allegato 1 o elementi relativi a tentativi di infiltrazioni mafiose, successivamente alla stipula, l'Amministrazione potrà recedere dal contratto, in ossequio a quanto previsto dal più volte citato Decreto Legislativo n. 490/94, all'art. 4, comma 6”.

La “riservata amministrativa” della Prefettura di *** prot. n. 20645/98/Gab/Cosp del 16.10.1998, con riferimento alla posizione del sig. *** ***, Amministratore Unico della “Impresa ***. srl”, precisa: “si comunica che nei confronti dei soggetti indicati nella nota in riferimento (ex allegato 4, lett. d) e del Decreto Legislativo 8.8.94 n. 490, non è emersa alcuna delle cause ostative di cui all'allegato 1 del medesimo decreto. Tuttavia, dalle ulteriori verifiche disposte ai sensi del IV comma dell'art. 4 del Decreto legislativo 490/04, si ritiene sussistano tentativi d'infiltrazioni mafiose tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società in oggetto indicate”.

2.1. In base alla normativa vigente (D.Lgs. 8 agosto 1994, n. 490, recante “Disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia”; D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, recante “Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia”), vengono individuate tre categorie di informative prefettizie: la prima,

ricognitiva di cause di divieto, di per sé interdittive, ai sensi dell'art. 4, comma 4, del D.Lgs. n. 490 del 1994; la seconda, relativa ad eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese interessate, la cui efficacia interdittiva è correlata alla valutazione del prefetto; la terza, costituita dalle informative supplementari (o atipiche), previste dall'art. 1-
septies del decreto legislativo 6 settembre 1982, n. 629, convertito con modificazioni dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ed aggiunto dall'art. 2 della legge 15 novembre 1988 n. 486, inerente ai poteri già dell'Alto Commissario Antimafia, il cui effetto interdittivo è dipendente da una valutazione discrezionale dell'amministrazione destinataria dell'informativa stessa, in via autonoma e discrezionale (Cons. Stato, Sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7362), alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la p.a.: pertanto, essa non necessita di un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso e si basa su indizi ottenuti con l'ausilio di particolari indagini che possono risalire anche ad eventi verificatisi a distanza di tempo perché riguardano la valutazione sull'idoneità morale del concorrente e non producono l'esclusione automatica dalla gara.(Cons. Stato, Sez. V 31 dicembre 2007 n. 6902).

Invero, l'informativa supplementare si caratterizza per il fatto di essere fondata sull'accertamento di elementi che, pur evidenziando pericolo di collegamenti fra l'impresa e la criminalità organizzata, non raggiungono un livello tale da esplicare efficacia interdittiva automatica.

Pertanto, essa non assume carattere vincolante e lascia un margine, benché molto ridotto, alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, che è chiamata a valutarne l'incidenza: ciò implica la necessità di una motivazione, che dovrà essere particolarmente ampia nel caso in cui si decida di instaurare o proseguire il

rapporto con l'impresa pur a seguito dell'informativa, ma che non può, comunque, mancare anche nel caso opposto, in cui l'amministrazione decida di non instaurare o non proseguire il rapporto (in materia, fra le altre, TAR Lazio, Sez. III, 12 maggio 2008 n. 3832; Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2007 n. 1948; TAR Lazio, Sez. II, 20 aprile 2006 n. 2876; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 8 febbraio 2006 n. 1791).

Il Collegio non ha motivo di discostarsi dalla precipitata impostazione classificatoria, seguita dalla consolidata giurisprudenza amministrativa in relazione alle cosiddette informazioni prefettizie, da acquisire dalla stazione appaltante, dopo l'aggiudicazione provvisoria di appalto di lavori nonché ai fini dell'esercizio di eventuali atti di autotutela della p.a. .

Nell'ottica del legislatore, dunque, le informative prefettizie rappresentano una sensibile anticipazione della soglia dell'autotutela amministrativa a fronte di possibili ingerenze criminali nella propria attività: da tale impostazione, si è fatta discendere la conseguenza che l'informativa prefettizia antimafia di cui all'art. 4 del D. Lgs. 8 agosto 1994 n. 490 e all'art. 10 del D.P.R. 3 giugno 1998 n. 252 è espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale ai fini di una tutela avanzata nel campo del contrasto con la criminalità organizzata, e prescinde quindi da rilevanze probatorie tipiche del diritto penale, per cercare di cogliere l'affidabilità dell'impresa affidataria dei lavori complessivamente intesa. (conf.: Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2867).

Conseguentemente, sotto il profilo del grado di approfondimento probatorio, si ritiene che l'art. 4 del D. Lgs. 8 agosto 1994 n. 490, costituendo una misura di tipo preventivo, intesa a contrastare l'azione del crimine organizzato, può ben dare rilievo, ai fini ostativi della contrattazione degli appalti di opere pubbliche, anche ad elementi che costituiscono solo indizi (che comunque non devono costituire semplici sospetti o congetture privi di riscontri fattuali) del rischio di

coinvolgimento associativo con la criminalità organizzata delle imprese partecipanti al procedimento di evidenza pubblica (ex plurimis: Cons. Stato, Sez. VI, 2 ottobre 2007 n. 5069).

Per mere esigenze di completezza espositiva, va accennato che l'art. 37, comma 19, del D. Lgs. n. 163/06, a seguito delle modifiche apportate dal D. Lgs. 113/2007, ha consentito, in via generale, l'esecuzione dell'appalto da parte del mandatario dotato di idonea qualificazione, in caso di sottoposizione a informativa interdittiva di una o più mandanti: tale norma, di carattere innovativo, però, non può trovare applicazione nel caso di specie “ratione temporis”, ai sensi dell'art. 11 delle preleggi, trattandosi di un appalto affidato in data anteriore rispetto alla sua entrata in vigore, come, del resto, risulta anche dai lavori preparatori relativi al D. Lgs. n. 113, dove si evidenziano le finalità perseguitate dallo “*jus superveniens*” di porre rimedio a sviste ed errori materiali, che, con portata sostanzialmente innovativa, estende anche al campo della normativa antimafia le pregresse deroghe al principio generale di immodificabilità soggettiva.

Orbene, fuori dall'ipotesi della cosiddetta “informativa atipica”, nel sistema di cui al DPR 3.6.1998 e di cui al Dlgs 490/94, l'apprezzamento circa la sussistenza di situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa è oggetto di un potere affidato alla Prefettura, da esercitarsi proceduralmente e con appropriata motivazione, sulla base degli elementi ottenuti o previo accesso o acquisizione di informazioni dagli organi di Polizia o da altre Prefetture: elementi tutti, questi, che hanno il valore di atti istruttori e che, quindi, implicano una successiva e distinta autonoma valutazione ed espressione di giudizio che compete in via esclusiva alla Prefettura precedente.

Va rilevato che le informative del Prefetto in merito alla sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa, rese ai sensi dei precitati artt. 4 del D. Lgs. n. 490 del 1994 e 10 D.P.R. n. 252 del 1998, costituiscono condizione per la

stipulazione di contratti con la pubblica amministrazione ovvero per concessioni ed erogazioni, non devono provare l'intervenuta infiltrazione - essendo questa un “quid pluris”- ma devono sufficientemente dimostrare la sussistenza di elementi dai quali è deducibile il tentativo di ingerenza (cfr.: TAR Campania, Napoli, III, 6 dicembre 2007, nr. 19691), fermo restando, come già accennato, che non è sufficiente il mero sospetto, ma sono necessari accertamenti fondati su oggettivi elementi atti a far denotare il rischio concreto di condizionamenti (T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 6 febbraio 2008, n. 72).

La Prefettura, nell'istituto in esame, è titolare di un potere discrezionale, che comporta una valutazione lata di interessi contrapposti, ossia quello relativo, da un lato, alla libertà di impresa e quello relativo alla tutela dell'uso delle risorse pubbliche (TAR Calabria-Reggio Calabria, 28 febbraio 2007 n. 197): siffatto potere, proprio per i delicati interessi che la materia coinvolge, va esercitato con le necessarie cautele (Cons. Stato: Sez. IV 4 maggio 2004 n. 2783 e Sez. V 27 giugno 2006 n. 4135).

A tale proposito, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere insufficiente il mero rapporto di parentela o di coniugio di amministratori o soci di un'impresa con elementi malavitosi: tale rapporto può essere un elemento indicativo di infiltrazione solo laddove sia accompagnato anche da elementi che, benchè indiziari (Consiglio di Stato, VI, 17 luglio 2006, n. 4574), possano essere, comunque, tali, nel loro complesso, da fornire obiettivo fondamento al giudizio di possibilità che l'attività d'impresa possa, anche in maniera indiretta, agevolare le attività criminali od esserne, in qualche modo, condizionata per la presenza, nei centri decisionali, di soggetti legati ad organizzazioni malavitose (ex plurimis: TAR Reggio Calabria, n. 197/2007 cit.; Cons. Stato: Sez. V 29 agosto 2005, n. 4408 e Sez. VI 2.5.2007, n. 1916; T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 12 dicembre 2001, n. 2403, ed, in tal senso, è stato ritenuto sufficiente, ai fini del corretto esercizio del potere,

"un articolato quadro di strette e significative relazioni di parentela con diversi soggetti ritenuti gravitanti nell'orbita di cosche mafiose" (TAR Calabria - Reggio Calabria, 6 febbraio 2008, n. 72).

2.2. Per quanto concerne, poi, la posizione della stazione appaltante, l'art. 4, comma 6, del D.Lgs. 8.8.1994, n. 490 stabilisce: "quando, a seguito delle verifiche disposte a norma del comma 4, emergono elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate, le amministrazioni, cui sono fornite le relative informazioni dal prefetto, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni".

Il richiamato comma 4, a sua volta dispone che il Prefetto, oltre ad indicare all'ente richiedente le cause interdittive stabilite direttamente dalla legge (nella nota prefettizia relativa al caso in esame l'esistenza di tali cause è espressamente esclusa), comunica "le informazioni relative ad eventuali tentativi di infiltrazioni mafiose tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate".

La norma attribuisce al Prefetto, in quanto autorità di pubblica sicurezza, munito dalla legge dei necessari poteri di indagine e di accertamento, il compito di informare, su loro richiesta, le amministrazioni circa l'esistenza di tali tentativi e l'informazione, in caso positivo, acquista, come emerge dal chiaro disposto del comma 6 dell'art. 4 in discorso, la valenza di un provvedimento interdittivo, alla stessa stregua delle cause di interdizione espressamente configurate dal comma 4 dello stesso art. 4.

Non competendo, invero, alle amministrazioni che chiedono le informazioni di cui all'art. 4, comma 4, del D.Lgs. n. 490 del 1994, valutare in via autonoma, sulla base degli elementi conoscitivi forniti dal Prefetto, la esistenza o le probabilità dell'esistenza di infiltrazioni mafiose ovvero la rilevanza di tentativi di infiltrazione tendenti a condizionare l'attività delle imprese con le quali le amministrazioni

stesse vengono a contatto, l'informativa antimafia, resa dalla prefettura ai sensi degli artt. 4 dlgs 490/94 e 10 ed 11 DPR 252/98, determina, ineludibilmente, la cessazione di rapporti giuridici economici con la p.a., spettando in via esclusiva al prefetto la valutazione e la decisione circa la sussistenza di condizionamenti mafiosi impeditivi della prosecuzione di tali rapporti e non residuando in capo alla amministrazione alcun potere discrezionale (cfr.: Tar Campania, Napoli, Sez. I, n. 1076/2000, e n. 11743/2003).

Pertanto, una volta che il Prefetto ha informato la stazione appaltante che sussistono infiltrazioni mafiose, non si vede, di fronte a tale assiomatica affermazione, quali elementi possa avere in contrario la Pubblica Amministrazione di destinazione e quale margine di autonoma valutazione.

Il provvedimento comunale difficilmente risulta censurabile in questi casi, anche sotto il profilo del difetto di motivazione, non potendo fare altro che richiamarsi alla nota prefettizia.

Con riferimento al caso in cui l'informativa antimafia intervenga dopo che il contratto sia stato già stipulato, l'art. 4, comma 6°, ultima parte, del D.Lgs. 8. 8. 1994 n. 490 stabilisce, limitatamente al caso di lavori o forniture di somma urgenza, che l'amministrazione interessata "può revocare le autorizzazioni e le concessioni o recedere dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite".

Pertanto, con riferimento all'ipotesi in cui il contratto di appalto sia già stato stipulato, ancorché in forma provvisoria, occorre verificare la portata e l'ambito applicativo della precitata norma di cui all'art. 4, comma 6°, ultima parte, del D.Lgs. 8. 8. 1994 n. 490 e di quella, analoga, di cui all'art. 11 comma terzo del D.P.R. 3. 6. 1998 n. 252, che, con l'utilizzazione della locuzione "l'amministrazione

può revocare le autorizzazioni", lascia all'amministrazione il potere di procedere alla revoca dal contratto già stipulato, in esplicazione di uno "ius poenitendi".

Si tratta, perciò, di verificare quali possano essere i presupposti che legittimano la revoca ed il recesso, atteso che gli accertamenti ed i giudizi relativi alla sussistenza di elementi ostativi al rilascio dell'informativa antimafia sono di esclusiva competenza del Prefetto.

Non è, infatti, possibile affidare alla discrezionalità piena dell'Amministrazione il potere di recedere, pena la compromissione degli obiettivi prefigurati prima dalla severa normativa in materia di misure antimafia, il cui principio fondamentale muove proprio nel senso che i pubblici lavori, servizi e forniture vengano affidati a soggetti nei confronti dei quali non sussista nemmeno un semplice indizio di collegamento con associazioni di criminalità organizzata. Tale potere di recesso deve essere coordinato con le finalità primarie della disciplina in esame, che sono quelle di evitare la seppur minima ingerenza di fenomeni criminali associativi connessi a quel mondo imprenditoriale che presta la propria opera in favore dell'Amministrazione pubblica. In questo senso, si impone un criterio restrittivo nella valutazione dei presupposti necessari per l'esercizio del potere di revoca, poiché, diversamente, sarebbe di difficile comprensione l'effetto automatico di incapacità a contrarre nell'ipotesi di informazione antimafia preventiva rispetto alla stipulazione del contratto, mentre la medesima incapacità a contrarre non si darebbe nell'ipotesi in cui l'informativa antimafia sfavorevole intervenga in epoca successiva: in altri termini, a parità di presupposti in termini di condizionamenti mafiosi, si rischierebbe di assegnare, inspiegabilmente rispetto alle finalità della normativa di settore, una disciplina diversa: in un caso sarebbero sufficienti i soli accertamenti del Prefetto perché si abbia incapacità a contrarre, in un altro caso tale incapacità sarebbe subordinata all'esercizio del potere valutativo riconosciuto in capo alla stazione appaltante.

Tale potere in capo alla stazione appaltante sussiste (l'espressione "può", adottata dalla norma in esame, non consente di avere dubbi in proposito), ma va armonizzato con le finalità che la legislazione antimafia persegue.

In questo senso, può essere utile richiamare ancora le tipologie delle informative e distinguere quelle ad effetto diretto ed interdittivo (di cui all'articolo 4 del d.lgs. 8. 8. 1994 n. 490) da quelle facoltative e discrezionali, che il Prefetto può fornire alle stazioni appaltanti (art. 1-septies del decreto legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, come successivamente integrato dalla legge 15 novembre 1988, n. 486, inerente i poteri già dell'Alto Commissario Antimafia).

Queste ultime sono le cosiddette informazioni "supplementari atipiche", con le quali, ai sensi dell'art. 10, comma 9, del D.P.R. n. 252 del 1998, vengono forniti "elementi e altre indicazioni rilevanti ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge": il che vuol dire che esse sono prive di effetti interdittivi diretti e sono di stimolo alla stazione appaltante per l'esercizio del suo potere, in ordine alla sorte del contratto già stipulato ed in corso di esecuzione.

Nell'ambito di tale distinzione, la fattispecie di cui al sesto comma dell'art. 4 del D.Lgs. 8. 8. 1994 n. 490 non si può dire che sia assimilabile a quella delle informazioni ad effetto interdittivo diretto e neppure a quelle delle informative supplementari atipiche: non alle prime perché non ha effetto interdittivo diretto; non alle seconde perché queste hanno minore incidenza riguardo all'accertamento della sussistenza di fenomeni invasivi di criminalità organizzata nelle attività d'impresa.

La specificità di tali informative, successive alla stipula del contratto, si coglie allora nel fatto che l'effetto interdittivo è subordinato all'esercizio di un potere di valutazione della stazione appaltante, la cui discrezionalità deve essere circoscritta entro precisi ambiti e presupposti che risultano essere definiti dalla stessa norma,

vale a dire che l'amministrazione deve valutare la convenienza e l'opportunità che il rapporto prosegua a motivo del tempo trascorso, e l'individuazione di specifiche ragioni che rendano del tutto sconveniente l'interruzione della fornitura, del servizio o dei lavori che formano l'oggetto del contratto.

In sintesi, occorre tener conto che, a differenza della categoria delle informazioni supplementari atipiche, in cui sussiste un potere valutativo interdittivo in capo all'Amministrazione, anche se comunque di ambito molto ristretto, nel caso di informative antimafia successive ad effetto interdittivo diretto, la facoltà di recesso o di revoca non costituisce un potere immanente, potendo questo configurarsi in capo alla stazione appaltante unicamente in presenza di specifici presupposti, quali l'esistenza di obiettive circostanze di fatto che possano giustificare il sacrificio dell'interesse pubblico alla salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica sotteso alla disciplina antimafia (T.A.R. Campania, Sez. I n. 6720/04; T.A.R. Campania, Sez. I n. 3218/04; T.A.R. Campania, Sez. I, n. 3219/04).

Solo attraverso una tale ricostruzione del sistema, che inquadra la facoltà di recesso o di revoca di cui al 6° comma dell'art. 4 del D.Lgs. 8. 8. 1994 n. 490, subordinandone l'operatività all'effettiva sussistenza di presupposti giustificativi del relativo potere, si può garantire la tutela di quelle esigenze di imparzialità e buona amministrazione cui specificamente tende la disciplina in materia di normativa antimafia.

2.3.1. Applicando coerentemente i suesposti principi al caso che occupa, occorre, quindi, distinguere nettamente l'operato della Prefettura di *** da quello del Comune di ***.

L'impresa ricorrente ha prodotto documentazione, a sostegno dei propri rilievi avverso l'epigrafata informativa prefettizia, già nel ricorso RG n.2602 del 1998, proposto in data 25.11.1998 presso questo TAR.

Da detta documentazione, emerge che l'informativa prefettizia impugnata risulta fondata su una nota delle Questura di ***, la quale evidenzia che, nonostante della *** risulti amministratore unico e responsabile tecnico il sig. *** ***, in realtà, di fatto, il vero responsabile sarebbe il di lui padre *** ***, sospettato di essere legato ad organizzazioni criminali nonché di aver favorito la latitanza di pericolosi pregiudicati e già segnalato dalla Procura di *** per l'applicazione di misure di prevenzione, poi seguite dal decreto n. 16/86 emesso il 25.3.1987 (def. 10.4.1987) di "non luogo a procedere".

Inoltre, la nota della Questura precisa che il sig. *** è stato padrino di cresima di ***, noto indiziato di mafia e che era altresì socio della ditta di costruzioni denominata “**.” di ***, unitamente al noto pregiudicato *** *** di ***.

L'impresa ricorrente ha prodotto, in allegato al ricorso proposto in data 25.11.1998, le istanze del 22.1.1998 e 26.3.1998 nonché l'atto stragiudiziale di diffida e messa in mora del 15.5.1998, con cui il sig. *** *** ha contestato, in occasione di analogo diniego, il contenuto delle informazioni prefettizie, chiedendo un aggiornamento delle stesse.

In dette istanze, viene rappresentato che:

- con delibera del Comitato Centrale dell'Albo Nazionale dei Costruttori dell'ANCI del 16.4.1998 (nota Divisione II/A.C. prot. 47 c.s./180598 del 1.9.1998) è stata disposta la cancellazione di *** *** come direttore tecnico della ***, su istanza del sig. *** *** del 30.12.1997; - il sig. *** *** non avrebbe legami con soggetti mafiosi, né con il ***, né con ***, che aveva cresimato il 6.2.1983, quando costui era ancora soggetto incensurato ed immune da ogni sospetto di appartenenza ad associazioni criminali;
- la società “” ha realizzato un solo lavoro, “”, è stata costituita nel 1981, quando ancora era esente da indagini penali il socio *** ***, con il quale l'istante, dal 1983, non avrebbe più rapporti, tanto che la società risulterebbe inattiva ed esistente solo

perché ancora in attesa di ottenere un credito con la suddetta cooperativa, come documentato dai bilanci della società allegati;

-a seguito di richiesta di informazione per l'aggiudicazione di un appalto con l'USL +++, di poco tempo prima, il sig. *** ***, nelle qualità di titolare dell'omonima ditta individuale, è stato ritenuto idoneo alla stipula del relativo contratto, poi, infatti, formalizzato.

Risulta altresì che le suddette istanze di aggiornamento sono state rigettate con lettera del 25.5.1998, poiché la locale Questura, “con nota del 30.4.1998, nel confermare quanto precedentemente riferito, sottolineava, in via riservata, l'esistenza di accertamenti, tuttora in corso, ai sensi dell'art. 2 bis della legge 575/65 nei confronti di *** ***” (nota Prefettura di *** prot. 20645/98/Gab. Cosp del 9.12.1998, pag. 2).

La documentazione versata in atti dalla Prefettura di *** con nota del 12.8.2009 n. 13, in adempimento dell'ordinanza istruttoria di questa Sezione n. 141 del 28.7.2009, ha confermato gli assunti dell'impresa ricorrente.

La nota prot. n. 90/94 del 23.3.2006 della Questura di *** riferisce che “dai medesimi atti è risultato che, nell'ambito del procedimento penale n.r.619/87 N.C. 668/98 G.I.P. corroborato dalle dichiarazioni di alcuni collaboratori di giustizia, sono stati evidenziati contatti tra le attività imprenditoriali del *** *** ed alcune società riferibili agli interessi del noto Bernardo Provenzano, dai cui esiti non risultano dirette responsabilità in ordine alle predette ipotesi delittuose”.

Da essi risulta che *** ***, nelle qualità di gestore della “**” è stato costretto con minaccia da parte di *** *** a versargli la somma di 10.000 euro per un lavoro svolto presso la stazione aeroportuale di ***, in epoca antecedente e prossima al febbraio 2006, con ciò confermando la posizione di non complicità e/o di non cointeressenza del *** *** con il *** ***.

L'informativa della Regione Carabinieri Sicilia- Comando Provinciale di *** del 12 maggio 2006 conferma che nei confronti dei soggetti aventi cariche sociali nella ++ – non mutate rispetto al momento dell'emanazione degli impugnati provvedimenti- non risultano elementi utili a dimostrare la sussistenza di infiltrazioni mafiose.

Anche le note della Guardia di Finanza-Nucleo Polizia Tributaria di *** del 31.10.2006 e del 21.7.2009 confermano l'assenza di elementi concernenti tentativi di infiltrazioni mafiose nella gestione della società indicata.

Quanto ai procedimenti penali, risulta che il GIP presso il Tribunale di Roma, con provvedimento del 27.12.2005, emesso nel procedimento penale n. 229082/05 RG GIP nei confronti di diversi soggetti, fra cui *** ***, per il reato di cui agli artt. 483, 482, 48, 479 c.p., ne ha disposto l'archiviazione e la restituzione degli atti al PM.

Anche per quanto concerne la posizione dell'ex socio di *** *** - *** ***- nella CO.GE.AP, risulta che la Corte di Appello di ***, con sentenza del 21.7.1999, confermata dalla Corte di Cassazione con sentenza del 4.10.2000, ha assolto il predetto *** dal reato di concorso in associazione di stampo mafioso.

Orbene, dall'esame di tutti gli elementi prodotti ed acquisiti al giudizio, emerge che l'informativa prefettizia impugnata risulta non sufficientemente supportata da idoneo apparato motivazionale.

Premesso che, mentre le Autorità di Polizia possono fornire gli elementi di valutazione, l'esercizio del giudizio circa la sussistenza di elementi rilevanti ai fini dell'applicazione delle misure interdittive è proprio del Prefetto e va esercitato con appropriata motivazione, nella specie, non risulta che l'Autorità Prefettizia abbia compiutamente esercitato i propri poteri di valutazione del materiale istruttorio, limitandosi, nella sostanza, a recepirne i contenuti e facendo propri i giudizi

espressi dalle Autorità di Polizia, nonostante l'emersione, dall'istruttoria, di elementi e dati non del tutto univoci.

Ad avviso del Collegio, sarebbe stata opportuna una più articolata disamina degli elementi addotti dal *** *** con le istanze del 22.1.1998 e 26.3.1998 nonché con l'atto stragiudiziale di diffida e messa in mora del 15.5.1998, che, sono state rigettati con lettera del 25.5.1998, poiché la locale Questura “con nota del 30.4.1998, nel confermare quanto precedentemente riferito, sottolineava, in via riservata, l'esistenza di accertamenti, tuttora in corso, ai sensi dell'art. 2 bis della legge 575/65 nei confronti di *** ***” (nota Prefettura di *** prot. 20645/98/Gab. Cosp del 9.12.1998, pag. 2), senza nulla precisare in ordine all'estromissione dello stesso dall'impresa “++”, né in ordine agli elementi emersi dal Decreto 10/86 R.M.P. e 21/86 R.s. del 25.3.1987 del Tribunale di ***, che ha concluso per il “non luogo a provvedere”, in riferimento alla misura di prevenzione della sorveglianza proposta, tenendo conto che un fatto che ha trovato smentita all'esito di un procedimento penale non può esser richiamato per assumere capacità qualificatoria dal punto di vista dell'informativa antimafia (conf.: Cons. Stato, Sez. V 12 febbraio 2008, n. 491), né in ordine alle frequentazioni del *** ***, accertate durante la fase investigativa dagli organi di polizia, con riferimento alle quali, magari, si sarebbe potuto anche ricorrere ad un supplemento di indagine.

La posizione del sig. *** ***, quindi, come elemento oggettivo di riferimento del giudizio di valutazione dell'Autorità circa la sussistenza di tentativi o rischi di condizionamento mafioso dell'azienda ricorrente, appare, quindi, non sufficiente a dimostrare “ex sé” la sussistenza di tali elementi, specie se si considera che, al momento della stipula del contratto Rep. n. 258 del 22.9.1998, registrato a *** il 5.10.1998 al n. 2159 serie I, con il Comune di ***, non era il sig. *** *** ad essere

socio o amministratore della società, ma il di lui figlio *** ***, a carico del quale non è emersa alcuna informazione rilevante.

Ed invero, non è risultata l'emersione di elementi particolarmente probatori di correlazione tra il sig. *** *** e la gestione della società per il tramite del figlio (come l'uso di risorse della società da parte del padre, pagamenti, o elementi economici di commistione tra il patrimonio del padre e le risorse della società, dipendenza di scelte societarie da disposizioni del padre, sue intermediazioni di affari o attività di rappresentanza anche solo di fatto e simili), atti a dimostrare la sussistenza di un pericolo di condizionamento.

In ogni caso, è dirimente, che a carico del sig. *** ***, padre del Direttore Tecnico della società ricorrente, nei procedimenti penali in cui è stato coinvolto, non risulta essere stata accertata, allo stato, alcuna responsabilità, né risultano essere state applicate o proposte misure di prevenzione, per cui la nota interdittiva, in definitiva, viene a configurarsi come fondata soltanto sulla mera circostanza, del tutto induttiva ed indiretta, dell'esistenza di rapporti personali pregressi tra il padre del Direttore Tecnico della società ricorrente ed elementi vicini alla criminalità organizzata.

La Prefettura di *** avrebbe dovuto, dunque, effettuare un supplemento di indagine, anche al fine di verificare se la fattispecie societaria risultasse eventualmente costituita allo scopo di dissimulare differenti rapporti decisionali rispetto a quelli manifesti, per poter così esercitare compiutamente i propri poteri di valutazione del materiale informativo acquisito, mediante l'accurata ponderare degli interessi in conflitto, senza limitarsi ad accogliere e fare proprie le considerazioni degli organi di polizia.

Pertanto, vanno accolte le censure svolte avverso l'epigrafata riservata amministrativa della Prefettura di ***, datata 16.10.1998.

2.3.2. Quanto alla deliberazione della Giunta Comunale del Comune di *** n. 421 del 28.10.1998, osserva il Collegio che il relativo impianto motivazionale risulta essenzialmente affidato, per “relationem”, all’informativa della Prefettura di ***, che è anche l’Autorità che esprime il giudizio di sussistenza degli elementi necessari alla misura interdittiva: del resto, l’effetto interdittivo automatico costituisce diretta conseguenza dell’informativa ostaiva del Prefetto.

Né, nel caso di specie, risulta sussistere alcuna situazione di fatto, astrattamente idonea a giustificare la prosecuzione del rapporto contrattuale: infatti, il contratto Rep. n. 258 del 22.9.1998, registrato a *** il 5.10.1998 al n. 2159 serie I con la ** risulta stipulato meno di un mese prima, in via meramente provvisoria, oltre che sotto riserva, ai sensi del comma 5° dell’art. 4 del D.Lgs. 8. 8. 1994 n. 490, e non risulta in atti che sia avvenuta la consegna dei lavori.

Pertanto, nella specie, al momento dell’emanazione della delibera impugnata, non poteva ritenersi consolidata alcuna situazione in fatto, ben potendo, comunque, il Comune provvedere in tempi rapidi alla sua sostituzione o ad una gestione temporanea nelle more dell’indizione di una nuova gara, considerato altresì che non risulta essere, nella specie, avvenuta la consegna dei lavori.

Pertanto, le censure di parte ricorrente vanno accolte anche con riferimento all’epigrafata delibera comunale, la quale risulta illegittima per invalidità derivata, dipendendo unicamente, in punto di motivazione, dal contenuto dell’informativa antimafia che ha integralmente e doverosamente recepito.

2.4. Sono altresì infondati i motivi di gravame con cui si contesta la violazione delle regole sulla garanzia partecipativa di cui all’art. 7 della legge 8. 7. 1990 n. 241.

Si osserva al riguardo che la cosiddetta “verifica antimafia”, con richiesta di informazioni al Prefetto della Provincia, si inserisce, quale sub-procedimento obbligatorio per legge, nella procedura più ampia diretta all’aggiudicazione della gara, per cui, avendo la società ricorrente presentato domanda di partecipazione

alla gara, era (o avrebbe potuto essere) bene a conoscenza dell'iter che avrebbe seguito tale sua istanza

Del resto, la questione è stata ampiamente esaminata ed approfondita dalla giurisprudenza pacifica, da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi, che ha escluso l'applicabilità dell'art. 7 della legge n. 241/90 ai procedimenti relativi alle informazioni antimafia, in cui sono insite esigenze di celerità e di riservatezza, dato il loro contenuto di speciale prevenzione (Cons. Stato, Sez. VI, 29 febbraio 2008, n. 756; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 9 novembre 2005, n.10892; Tar Campania, Napoli, Sez. I: 28 febbraio 2005 n. 1319 e 24 giugno 1999 n. 1789).

Ed invero, alla luce delle considerazioni precedentemente espresse in ordine alla natura del potere discrezionale di revoca e dei presupposti per il suo concreto esercizio, l'adozione del provvedimento impugnato si poneva come dovuto, con conseguente possibilità per il Comune di *** di omettere l'invio della comunicazione di avvio del procedimento nei confronti della società ricorrente.

Pertanto, la doglianza non merita adesione.

In conclusione, il ricorso si appalesa fondato e va accolto e, per l'effetto, vanno annullati gli impugnati provvedimenti.

3. Essendo sostanzialmente dovuta l'attività posta in essere dal Comune di ***, si deve concludere per la non riferibilità alla stessa di responsabilità per i danni che lamenta la ricorrente società.

Quanto all'applicazione dell'art. 4, comma 6°, ultima parte, del D.Lgs. 8. 8. 1994 n. 490, il quale stabilisce, limitatamente al caso di lavori o forniture di somma urgenza, che l'amministrazione interessata "può revocare le autorizzazioni e le concessioni o recedere dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite", osserva il Collegio che, nella specie, non risulta che sia avvenuta la consegna dei lavori e, quindi, che siano già state eseguite opere.

Quanto all'eventuale diritto “al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente”, ad avviso del Collegio, la norma in questione richiama implicitamente i principi inerenti l'azione di indebito arricchimento nei confronti della P.A., la quale richiede, quale condizione imprescindibile, il riconoscimento dell'utilità della prestazione, che non può essere desunta dalla mera acquisizione e successiva utilizzazione della prestazione stessa, ma da un'inequivoca, ancorchè implicita, manifestazione di volontà al riguardo, proveniente da organi rappresentativi dell'amministrazione interessata (Cass. 27 giugno 2002, n. 9348; Cass. 18 novembre 2003, n. 17440; Cass. 25 febbraio 2004, n. 3811; Cass. 20 agosto 2004, n. 16348); ass. 26.7.1999, n. 8070; Cass. 3.8.2000, n. 10199; Cass., n. 2312 del 2008).

Invero, il giudizio sull'utilità è riservato alla p.a. e non può essere effettuato dal giudice, il quale può semplicemente accertare se ed in quale misura l'opera o la prestazione sono state effettivamente utilizzate (Cass. 26.7.1999, n. 8070).

Ma di siffatto riconoscimento dell'utilità conseguita da parte del Comune di ***, non vi è traccia in atti, neppure implicitamente.

Pertanto, va rigettata anche la richiesta istruttoria prodotta dalla parte ricorrente, risultando irrilevante ai fini del presente giudizio.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, sede di Catanzaro, Prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla in parte qua, per quanto di interesse, gli impugnati provvedimenti.

Condanna la Prefettura di *** al pagamento delle spese di lite, che liquida, complessivamente e forfettariamente, nella somma di euro 1.500 (euro millecinquecento), in favore della parte ricorrente.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2009
con l'intervento dei Magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente FF, Estensore

Giovanni Iannini, Consigliere

Alessio Falferi, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/03/2010

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

IL SEGRETARIO