

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 13/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29405-il-provvedimento-espulsivo-ora-detto-peraltro-appare-illegittimo-anche-sotto-il-profilo-pure-dedotto-della-mancata-comunicazione-di-avvio-del-procedimento>

Autore: Lazzini Sonia

**Il provvedimento espulsivo ora detto, peraltro, appare illegittimo anche sotto il profilo, pure dedotto, della mancata comunicazione di avvio del procedimento.**

C.St. 07.04.2010 n. 1967

Il provvedimento espulsivo ora detto, peraltro, appare illegittimo anche sotto il profilo, pure dedotto, della mancata comunicazione di avvio del procedimento.

L'originaria ricorrente, sospettata di collegamento con un raggruppamento di imprese concorrente, era stata, invero, ammessa al prosieguo della gara avendo ritenuto, la Commissione valutatrice, soddisfacenti le giustificazioni addotte al riguardo dalla medesima.

Da qui l'esigenza che, ai fini della riapertura dell'indagine relativa al collegamento e controllo tra imprese, fosse offerta, alla concorrente, a mezzo di comunicazione ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990, la possibilità di interloquire e controdedurre a quanto dalla stazione appaltante posto in evidenza sulla base dei nuovi elementi acquisiti; novità di elementi conoscitivi che, quindi, richiedeva la riapertura del confronto dialettico tra le parti.

Chiusasi, quindi, sia pure con riserva di riesame da parte della stessa stazione appaltante, tale fase procedimentale, sarebbe stato necessario, ai fini della sua riapertura, la previa comunicazione di avvio del procedimento in vista dell'adozione del contestato provvedimento espulsivo, questo poggiando su di una rivisitazione proprio della vicenda relativa al collegamento che la commissione valutatrice aveva considerato superata; l'acquisizione di elementi nuovi, desunti dall'informativa atipica prefettizia, avrebbe dovuto, quindi, indurre la stazione appaltante a riaprire il confronto con l'impresa, mettendo l'interessata in condizioni di conoscere le ragioni di tale "revirement"; e ciò appare tanto più necessario in considerazione degli sviluppi assunti, a livello comunitario, dalla vicenda concernente il collegamento e controllo tra imprese, così come disciplinato dal codice dei contratti pubblici.

Al riguardo, assume particolare rilievo la recente sentenza della Corte di Giustizia, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/2007.

Come già rilevato da questa Sezione (cfr. le decisioni n. 247 del 25 gennaio 2010; n. 1120 del 26 febbraio 2010) tale sentenza ha chiaramente affermato che il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.

La motivazione della citata sentenza comunitaria si snoda in particolare lungo i seguenti passaggi.

“E' giocoforza constatare che la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale, nella misura in cui estende il divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluenza sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza” (punto 29).

“Una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti” (punto 30).

“A tale riguardo va sottolineato che i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti. Del resto, come rilevato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, i rapporti tra imprese di un medesimo gruppo possono essere disciplinati da disposizioni particolari, ad esempio di tipo contrattuale, atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la

segretezza in sede di elaborazione di offerte che vengano poi presentate contemporaneamente dalle imprese in questione nell'ambito di una medesima gara d'appalto" (punto 31").

"In tale contesto, il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare. La constatazione di un'influenza siffatta, in qualunque forma, è sufficiente per escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi. Per contro, la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura".

Se, quindi, la sussistenza del semplice collegamento e controllo tra imprese non può ritenersi sufficiente a dare conto del reciproco condizionamento, rilevante ai fini dell'esclusione delle stesse dalla gara, ne consegue che, ove pure, in ipotesi, l'informativa prefettizia avesse fatto emergere validi elementi induttivi del collegamento stesso, non di meno essi avrebbero dovuto essere esaminati nel contraddittorio delle parti onde consentire all'impresa interessata, nel rispetto dei citati principi comunitari, di controdedurre rispetto a quanto eventualmente emerso a mezzo dell'informativa stessa.

Da qui l'esigenza che, ai fini della riapertura dell'indagine relativa al collegamento e controllo tra imprese, fosse offerta, alla concorrente, a mezzo di comunicazione ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990, la possibilità di interloquire e controdedurre a quanto dalla stazione appaltante posto in evidenza sulla base dei nuovi elementi acquisiti; novità di elementi conoscitivi che, quindi, richiedeva la riapertura del confronto dialettico tra le parti.

Per tali motivi l'appello in epigrafe appare in parte fondato e va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata e in accoglimento del ricorso di primo grado, vanno annullati:

- il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della Ricorrente Costruzioni s.r.l. della gara di appalto bandita dalla GE.S.A.C. s.p.a. per l'esecuzione dei lavori relativi ai Piazzali dell'Aviazione Generale e relativi raccordi dell'Aeroporto Internazionale di Napoli e la "contestuale esclusione della gara e caducazione di ogni eventuale atto successivo" di cui alla comunicazione del 16 luglio 2007 prot. CPA/AL/247;

- la nota informativa dell'UTG – Prefettura di Napoli prot. 1739/Gab/PL del 6 giugno 2007.

- il verbale di riapertura e riaggiudicazione della medesima gara del 26 luglio 2007;

- l'aggiudicazione definitiva della gara in favore dell'ATI CONTROINTERESSATA Costruzioni s.r.l./CONTROINTERESSATA DUE Costruzioni s.r.l. di cui alla comunicazione del 15 gennaio 2008.

Solo per completezza può osservarsi che non risultano svolte, in primo grado (né in appello), domande risarcitorie; sicché appare privo di rilevanza il fatto che il TAR (ultima pagina della sentenza) abbia ritenuto di respingere la domanda risarcitoria, con capo di pronuncia sul quale, peraltro, non vengono formulate censure.

Rimangono, comunque, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione dell'Interno e della GE.S.A.C. s.p.a.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1967 del 7 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

**N. 01967/2010 REG.DEC.**

**N. 08988/2008 REG.RIC.**



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 8988 del 2008, proposto dalla società Ricorrente Costruzioni s.r.l. in liquidazione, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Magliocca, con domicilio eletto presso lo Studio Di Falco D.-Capponi B. in Roma, via Donatello 75,

***contro***

la società Gesac Spa - Società Gestione Servizi Aeroporti Campani, rappresentata e difesa dagli avv. Giuliana Vosa e Paolo Vosa, con domicilio eletto presso Studio Legale Giuliana e Paolo Vosa in Roma, viale delle Milizie 76 e

il Ministero dell'Interno - Ufficio Territoriale di Governo - Prefetto di Napoli, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui domiciliavano per legge in Roma, via dei Portoghesi 12;

***nei confronti di***

Ati Controinteressata Costruzioni s.r.l. / Controinteressata due Costruzioni s.r.l., n.c.;

***per la riforma***

della sentenza del TAR CAMPANIA – NAPOLI, Sezione I, n. 05140/2008, resa tra le parti, concernente APPALTO LAVORI RELATIVI AI PIAZZALI AVIAZIONE GENERALE E RACCORDI AEROPORTO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2010, il Cons. Paolo Buonvino;

Uditi, per le parti, l'avv. Magliocca e l'avv. dello Stato Basilica;

Visto il dispositivo n. 46 del 3 febbraio 2010;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1) – Con il ricorso di primo grado è stato chiesto l'annullamento:

- a) – del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della Ricorrente Costruzioni s.r.l. della gara di appalto bandita dalla GE.S.A.C. s.p.a. per l'esecuzione dei lavori relativi ai Piazzali dell'Aviazione Generale e relativi raccordi dell'Aeroporto Internazionale di Napoli e la “contestuale esclusione della gara e caducazione di ogni eventuale atto successivo” di cui alla comunicazione del 16 luglio 2007 prot. CPA/AL/247, pervenuta alla ricorrente in data 21 luglio 2007;
- b) - della nota informativa dell'UTG – Prefettura di Napoli prot. 1739/Gab/PL del 6 giugno 2007, allo stato ignota, unitamente a tutti gli atti investigativi ed informativi ad essa sottesi, preordinati, connessi e/o conseguenti;
- c) - della nota prot. CPA/AL/363 del 24 ottobre 2007 con la quale la GE.S.A.C. s.p.a. nega l'esistenza di qualsivoglia vincolo contrattuale con la Ricorrente Costruzioni s.r.l. ed omette il contestuale rilascio di copia del relativo atto sottoscritto;

d) - di ogni atto preordinato, connesso e conseguente e per il risarcimento di tutti i danni connessi, subiti e subendi e conseguenti ex l. 80/1998 come modificata dalla legge n. 205/2000.

Con motivi aggiunti di primo grado è stato, poi, chiesto l'annullamento:

e) - della nota prefettizia prot. 1739/Gab/PL del 6 giugno 2007;

f) - del verbale di gara del 18 dicembre 2006 di aggiudicazione della gara d'appalto in favore della ricorrente;

g) - del verbale di riapertura e riaggiudicazione della medesima gara del 26 luglio 2007;

h) - dell'aggiudicazione definitiva della gara in favore dell'ATI CONTROINTERESSATA Costruzioni s.r.l./CONTROINTERESSATA DUE Costruzioni s.r.l. di cui alla comunicazione del 15 gennaio 2008;

i) - della relazione di accompagnamento a firma del Prefetto;

l) - della relazione del Comando Provinciale dei Carabinieri di Salerno del 29 novembre 1994;

m) - della verifica dei carichi pendenti resa dalla Procura della Repubblica di Salerno il 24 novembre 2004 a firma del cancelliere dr. S.D.V.

Giova premettere, in linea di fatto, che, con bando pubblicato in data 16 ottobre 2006, la GE.S.A.C. s.p.a. indiceva una gara per l'affidamento di lavori relativi ai piazzali dell'Aviazione Generale e relativi raccordi dell'Aeroporto Internazionale di Napoli, per un importo a base d'asta pari a € 3.770.201,81 da aggiudicarsi con il criterio della migliore offerta a prezzi unitari; il bando, all'art. 21, nel richiamare il protocollo di legalità sottoscritto nel 2003 con il Prefetto di Napoli, prevedeva l'acquisizione delle informazioni antimafia preventivamente all'apertura delle offerte, nonché l'esclusione in presenza di informazioni rilasciate ai sensi dell'art. 1 septies del D.L. 629/82.

Tra le imprese partecipanti figuravano anche la Ricorrente Costruzioni s.r.l. e l'ATI Controinteressata tre/TC Costruzioni s.r.l., in relazione alle quali la Commissione di gara, nella seduta del 21 novembre 2006, rilevava la possibile sussistenza di un collegamento sostanziale, per cui, con nota CPA/AL/408 del 30 novembre 2006, chiedeva alle stesse chiarimenti in merito.

La Ricorrente Costruzioni s.r.l., con nota del 15 dicembre 2006, presentava le proprie deduzioni difensive, evidenziando che la circostanza di avere sede nel medesimo stabile non era per nulla significativa, in quanto anche diverse società vi conducevano in locazione altri immobili; quanto alle attestazioni e certificazioni, si rilevava che la UNISOA aveva rilasciato nella provincia di Salerno ben 2386 attestazioni e che la società di attestazione di qualità aveva dichiarato che la TC s.r.l. aveva compiuto la sua scelta in assoluta autonoma discrezionalità; relativamente ai subappaltatori, ancora, si rilevava che la comunanza era dovuta al ristretto ambito territoriale in cui questi soggetti operavano, tenuto conto che si trattava di imprese qualificate per la categoria OS 23, non eccessivamente diffusa; infine, relativamente alle precedenti contestazioni di collegamento, si eccepiva che l'unico episodio riguardava una gara indetta dal Comune di Milano, i cui provvedimenti tra l'altro erano stati impugnati ed erano ancora sub iudice.

Intanto, con nota del 22 novembre 2006 la GE.S.A.C. s.p.a. chiedeva all'U.T.G. di Napoli il rilascio preventivo delle informazioni antimafia relative alle imprese partecipanti in applicazione del Protocollo di Legalità richiamato dalla lex specialis di gara.

Alla seduta del 18 dicembre 2006, a seguito delle argomentazioni difensive della Ricorrente Costruzioni s.r.l., la Commissione, tenuto anche conto dell'accertata diversità delle cariche di amministratore unico e di direttore tecnico delle due società sospettate di collegamento, ammetteva entrambe al prosieguo, lasciando comunque impregiudicata ogni decisione da parte della stazione appaltante; nella

medesima seduta, si prendeva atto che non erano pervenute dalla Prefettura di Napoli le informazioni antimafia entro il termine di venti giorni stabilito dal Protocollo di legalità, per cui, si dava luogo all'apertura delle buste contenenti le offerte, fatto salvo il completamento delle verifiche in corso; all'esito delle operazioni di gara migliore offerente risultava la Ricorrente Costruzioni s.r.l. (con un ribasso del 27,882%) che veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria; determinazione espressamente dichiarata non definitiva essendo soggetta all'approvazione da parte della stazione appaltante.

Con nota CPA/AL/436 del 19 dicembre 2006 la GE.S.A.C. s.p.a. invitava la Ricorrente Costruzioni s.r.l. a depositare la documentazione e la certificazione attestante il possesso dei requisiti generali e di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, rilevando che solo dopo la trasmissione di quanto richiesto, delle polizze assicurative e della cauzione definitiva e subordinatamente alle verifiche previste dalla normativa antimafia, sarebbe stato stipulato il contratto.

Con istanza in pari data la GE.S.A.C. s.p.a. sollecitava il rilascio delle informazioni antimafia relative alla Ricorrente Costruzioni s.r.l. in ragione dell'urgenza connessa all'esecuzione dei lavori oggetto di gara.

All'istanza di allegazione di documentazione la società dava parziale riscontro in data 21 dicembre 2006.

Con nota del 13 febbraio 2007 la Ricorrente Costruzioni s.r.l. chiedeva alla GE.S.A.C. s.p.a. il differimento della data di stipulazione del contratto, originariamente fissata per il 14 febbraio 2007, per ragioni di salute dell'Amministratore Unico.

Dopo una richiesta, da parte della GE.S.A.C. s.p.a., di trasmissione delle quietanze di pagamento della polizza fideiussoria del 9 maggio 2007, la stessa stazione appaltante, con nota del 12 giugno 2007 n. TD 173/07, comunicava di essere in



attesa di ricevere le notizie antimafia dalla Prefettura di Napoli per cui non si sarebbe potuto procedere ancora alla stipulazione del contratto.

Intanto, con nota n. 1739/Gab/PL del 6 giugno 2007, l'Ufficio Territoriale del Governo di Napoli comunicava alcune circostanze rilevanti ai fini antimafia ai sensi dell'art. 1 septies del D.L. n. 629/82, sia con riferimento alla Ricorrente Costruzioni s.r.l. che riguardo alla TC Costruzioni s.r.l.

In particolare, la Prefettura rilevava che l'amministratore della società, tale F.A. era stato denunciato in data 30 agosto 1999 per inosservanza alle disposizioni in materia di misure di prevenzione ai sensi dell'art. 21 della legge n. 646/82; inoltre, sua sorella, F.A., era moglie di C.C., figlio di C.G, imprenditore nocerino ucciso il 16 dicembre 1990 in un agguato camorristico, appartenente all'organizzazione camorristica "Nuova Famiglia" all'interno della quale ricopriva un ruolo preminente con riferimento ad interessi connessi al settore dei pubblici appalti, ruolo poi assunto dal figlio C.G; quest'ultimo, fratello di C.C., era stato arrestato nel 1997 per associazione di stampo mafioso ed estorsione, soggetto a proposta di misura di prevenzione ed infine condannato dal Tribunale di Nocera Inferiore alla pena di sei anni di reclusione per il delitto di tentativo di omicidio in continuazione. Ulteriore elemento era che la Ricorrente Costruzioni s.r.l., nel 2002, aveva richiesto all'Ufficio di Sorveglianza di Spoleto l'assunzione di C.G. per l'affidamento in prova al servizio sociale.

Pertanto, con provvedimento n. CPA/AL/247 del 16 luglio 2007, la G.E.S.A.C. s.p.a., rilevata l'opportunità di riesaminare, a seguito della informativa prefettizia, l'ipotizzata situazione di controllo e/o collegamento tra la Ricorrente Costruzioni s.r.l. e la TC Costruzioni s.r.l. in un primo tempo esclusa, riteneva che "i rapporti di parentela e le altre situazioni evidenziate dalle indagini di polizia, fanno ritenere, unitamente agli altri indizi rivalutati alla luce dei nuovi dati acquisiti, che sussista, effettivamente come già rilevato da altre amministrazioni, un collegamento e

controllo, sostanziale e formale, tra le predette società”; inoltre, si riteneva che “le ulteriori informazioni di cui alla predetta nota della Prefettura che evidenziano possibili collegamenti delle predette imprese con elementi malavitosi di stampo camorristico, alla luce della rilevata situazione di controllo e/o collegamento tra i due concorrenti, non possono che essere valutate come ulteriore causa ostativa alla conservazione dell’aggiudicazione”; di conseguenza, si procedeva all’annullamento dell’aggiudicazione, all’esclusione della Ricorrente Costruzioni s.r.l. ed alla riapertura del procedimento. Analogo provvedimento veniva disposto nei confronti della TC Costruzioni s.r.l. e di altro partecipante, il Consorzio Tekton.

La riapertura del procedimento veniva comunicata alle altre partecipanti con nota CPA/AL/249 del 16 luglio 2007, stabilendosi, quale data per le operazioni di selezione, il 26 luglio 2007, al cui esito nuova aggiudicataria risultava l’ATI CONTROINTERESSATA Costruzioni s.r.l./CONTROINTERESSATA DUE s.r.l.

Con nota CPA/AL/363 del 24 ottobre 2007, in risposta ad una richiesta della Ricorrente Costruzioni s.r.l. di rilascio di copia del contratto di appalto stipulato, la G.E.S.A.C. s.p.a. rispondeva che nessun rapporto contrattuale era sorto, in quanto alla sottoscrizione dello schema contrattuale da parte della istante, intesa come mera proposta, non era stato dato seguito proprio per effetto delle informazioni rese dall’U.T.G. di Napoli.

Avverso il provvedimento di annullamento dell’aggiudicazione e di esclusione dalla gara, nonché nei confronti della informativa antimafia n. 1739/Gab/PL del 6 giugno 2007, proponeva ricorso al TAR la Ricorrente Costruzioni s.r.l., chiedendone l’annullamento oltre al risarcimento del danno.

2) – Il TAR, con la sentenza qui impugnata, ha rigettato il ricorso rilevando, anzitutto, che la G.E.S.A.C. s.p.a. aveva proceduto all’annullamento dell’aggiudicazione in favore della Ricorrente Costruzioni s.r.l. e disposto la sua

esclusione dalla rinnovazione della gara per due distinte ed autonome ragioni: la prima riguardante la ritenuta sussistenza di un'ipotesi di collegamento sostanziale con la TC Costruzioni s.r.l., mandante di un A.T.I. concorrente alla medesima gara; la seconda, in considerazione di elementi di contiguità mafiosa, come rilevato dall'informativa dell'U.T.G. di Napoli, oggetto di specifica impugnazione.

La particolarità della situazione che ha riguardato la società ricorrente – hanno osservato i primi giudici - era che, sebbene le ragioni giustificative della sua estromissione dalla gara fossero funzionalmente distinte, non di meno, il provvedimento impugnato costituiva il risultato di una valutazione di elementi comuni ad ambedue le fattispecie di esclusione; in altri termini, sia il ritenuto collegamento sostanziale, sia il giudizio di contiguità mafiosa, attingevano ad elementi indiziari dell'una e dell'altra natura, colorandosi reciprocamente il primo di quel carattere di univocità, il secondo di sufficiente verosimiglianza, tipici delle rispettive fattispecie generali.

Il TAR ha, quindi, esaminato e respinto il primo motivo del ricorso introduttivo, con il quale era denunciata l'incompetenza dell'U.T.G. di Napoli ad adottare l'informativa impugnata, muovendo dalla premessa per cui questa sarebbe stata emanata successivamente alla formazione dell'aggiudicazione definitiva in suo favore; e, poiché il Protocollo di Legalità aveva previsto il potere della Prefettura di Napoli solo con riferimento al procedimento di gara, essendosi ormai in una fase successiva alla sua conclusione la sola competenza configurabile avrebbe potuto essere quella generale della sede dell'impresa, quindi nel caso della ricorrente - sedente in Nocera Inferiore - quella dell'U.T.G. di Salerno.

Il TAR ha, quindi, esaminato e respinto anche il terzo motivo del ricorso introduttivo, con il quale la ricorrente aveva proposto motivi di doglianza avverso l'informativa prefettizia impugnata che, per molteplici ed articolate ragioni, non avrebbe potuto validamente supportare gli atti impugnati; per i primi giudici, in

particolare, appariva significativa la circostanza della riconducibilità, attraverso stretti legami parentali, della Ricorrente Costruzioni s.r.l. e della TC Costruzioni s.r.l., a tal fine assumendo rilievo anche le circostanze di fatto addotte con riferimento alla supposta esistenza di un collegamento sostanziale a persone comunque ragionevolmente ritenute vicine ad ambienti malavitosi; collegamento a sostegno del quale in termini di attualità non andava dimenticato che nel 2002 la società ricorrente richiedeva C.G. in affidamento in prova al servizio sociale, ciò che contribuiva a giustificare pienamente l'adozione della misura antimafia contestata e quindi l'annullamento della provvisoria aggiudicazione disposta in suo favore e l'esclusione dalla rinnovazione della gara indetta dalla GE.S.A.C. s.p.a.

Riguardo agli ulteriori motivi di ricorso, ossia il secondo del ricorso introduttivo ed il primo dei motivi aggiunti, con cui era stata contestata la ritenuta sussistenza di un collegamento sostanziale tra la società ricorrente e la TC Costruzioni s.r.l., doveva, per il TAR, dichiararsene l'inammissibilità per carenza di interesse, atteso che anche se fosse stata fondata la contestazione, ciò non avrebbe fatto venire meno il provvedimento impugnato di esclusione e di annullamento dell'aggiudicazione, legittimamente ed autonomamente sorretto dall'informativa prefettizia ritenuta immune dalle censure proposte.

Dalle considerazioni reiettive ora dette conseguiva, poi, per i primi giudici, anche (ultima pagina della sentenza) l'infondatezza della domanda risarcitoria.

3) – Per la società appellante la sentenza sarebbe erronea e dovrebbe essere riformata, con il conseguente accoglimento dell'originario ricorso.

Insiste, in particolare, l'appellante sull'erroneità della sentenza sia nella parte in cui ha respinto il motivo di incompetenza del Prefetto di Napoli a redigere l'informativa antimafia, sia laddove non è stato condiviso il motivo di violazione della disciplina sulla comunicazione di avvio del procedimento, sia, infine, nella

parte in cui ha ritenuto la piena legittimità dell'informativa stessa, nonché, in conformità, la correttezza dell'operato di G.E.S.A.C. s.p.a.

Si sono costituiti in giudizio la società ora detta – stazione appaltante - e il Ministero appellato, che insistono, nella proprie difese, per il rigetto dell'appello.

4) – L'appello è fondato nei termini che seguono.

In punto di competenza del Prefetto di Napoli anziché di quello di Salerno, l'appello appare privo di consistenza dal momento:

- che il protocollo di legalità, sottoscritto, tra le altre stazioni appaltanti della Provincia di Napoli, anche dalla G.E.S.A.C. s.p.a., era applicabile nella specie secondo quanto espressamente previsto dalla lex specialis della gara secondo quanto previsto al punto 21 del bando e all'art. 1, punto 3, lett. j, del capitolato speciale (Prefetto di Napoli la cui competenza nella specie si è radicata, in forza del protocollo anzidetto, in considerazione del fatto che le opere di cui si tratta dovevano essere eseguite nella provincia partenopea);

- che al punto 25 del bando di gara (e all'art. 2, comma 8, del CSA) era previsto che “all'atto dell'aggiudicazione provvisoria, saranno comunicate alla Prefettura di Napoli le generalità della ditta aggiudicataria con l'indicazione dei dati identificativi.....al fine di consentire alla prefettura di rilasciare sul conto della stessa apposito provvedimento cautelare antimafia ex art. 10 del DPR n. 252/1998, prima dell'aggiudicazione definitiva e della conseguente stipula del contratto” e che “la stipula del contratto è, comunque, subordinata al positivo esito delle procedure previste dalla normativa vigente in materia di lotta alla mafia”;

- che la Commissione valutatrice chiedeva chiarimenti, tra le altre, all'odierna appellante in relazione ad una situazione di apparente collegamento della stessa con altre due imprese concorrenti in ATI (verbale del 21 novembre 2006);

- che, con nota in data 22 novembre 2006 la G.E.S.A.C. s.p.a. ha chiesto al Prefetto di Napoli, tenuto conto di quanto previsto dal citato protocollo di legalità, informazioni sulle imprese concorrenti;
- che, acquisiti i chiarimenti richiesti, la G.E.S.A.C. s.p.a. scioglieva la riserva in precedenza assunta e ammetteva l'odierna appellante alla gara, come da verbale del 18 dicembre 2006, "impregiudicata ogni decisione da parte della stazione appaltante";
- che, nello stesso verbale era precisato che la commissione, preso atto dell'avvenuto decorso del termine di 20 giorni fissato dal protocollo stesso per la trasmissione delle informazioni preventive.....si ritiene facultata all'apertura delle offerte, salvo, ovviamente, il completamento delle verifiche preventive nel corso dello svolgimento della gara e salve, comunque, le verifiche previste dalla legislazione vigente nei confronti dell'impresa aggiudicataria";
- che, in detta occasione, veniva anche dichiarata aggiudicataria provvisoria della gara l'odierna appellante;
- che, con nota del 19 dicembre 2006, la G.E.S.A.C. s.p.a. comunicava a quest'ultima che era risultata aggiudicataria provvisoria e chiedeva, quindi, alla stessa, di produrre la documentazione necessaria ad attestare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa; nella nota si precisava che, "successivamente alla trasmissione della documentazione di cui innanzi e subordinatamente alle verifiche di cui alla vigente normativa antimafia ed alla trasmissione della cauzione e delle polizze assicurative, si procederà alla stipula del contratto di appalto";
- che con nota pure in data 19 dicembre 2006 era fatta richiesta all'UTG di Napoli di fornire, giusta protocollo di legalità, informazioni su detta aggiudicataria;
- che il 6 giugno, in risposta alla nota del 22 novembre 2006, il Prefetto di Napoli forniva informazioni, tra le altre, riguardanti l'impresa interessata;

- che, preso atto di quanto così segnalato dal Prefetto, la GE.S.A.C. s.p.a., con nota del 16 luglio 2007, comunicava all'odierna deducente "di voler annullare, come annulliamo, l'aggiudicazione disposta a Vs. favore.....disponendo al contempo la riapertura del procedimento di gara con Vs. esclusione" (seguiva, poi, l'aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI RMC/CONTROINTERESSATA DUE).

Ebbene, fatte tali premesse, appare evidente che la GE.S.A.C. s.p.a., in attesa di conoscere le informazioni chieste al Prefetto con le citate note del 22 novembre 2006 (richiesta precedente l'apertura delle offerte) e del 19 dicembre 2006 (immediatamente successiva all'aggiudicazione provvisoria), non ha mai inteso concludere il procedimento con relativa aggiudicazione definitiva all'originaria ricorrente e ciò in conformità con il citato protocollo di legalità e con la lex specialis della gara che espressamente lo richiamava; con l'aggiunta che, ai sensi del punto 25 del bando di gara e dell'art. 2, comma 8, del CSA, norme disciplinanti la gara stessa e non impugnate, erano espressamente rimesse al Prefetto di Napoli anche le verifiche antimafia conseguenti all'aggiudicazione provvisoria e che la stipula del contratto sarebbe rimasta subordinata al loro favorevole esito; con la conseguenza che (operando tale inoppugnata disciplina di gara) non può dolersi, l'appellante, del fatto che sia stato il Prefetto di Napoli e non quello di Salerno a fornire le informazioni di cui si tratta.

Né può convenirsi con la deducente nel ritenere che, nella specie, avrebbe trovato applicazione il disposto di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 163/2006 (per cui, l'aggiudicazione doveva ritenersi definitiva) e che, inoltre, il conseguente contratto sarebbe già stato stipulato.

Al riguardo, invero, non risulta che la GE.S.A.C. s.p.a. abbia sottoscritto il contratto stesso, pendendo, invero, la predetta, inoppugnata condizione di subordinazione dell'aggiudicazione definitiva e della stipula del contratto all'esito

favorevole delle verifiche antimafia (verifiche negativamente risoltesi come da informativa prefettizia del 6 giugno 2007); anche, quindi, a voler ritenere che, in base alla norma del Codice dei Contratti anzidetta, l'aggiudicazione sia divenuta definitiva, ciò non inibiva, peraltro, alla G.E.S.A.C. s.p.a., in base alla disciplina di gara, di non dare corso alla stipula del contratto essendo essa, comunque, subordinata al positivo esito delle procedure previste dalla normativa vigente in materia di lotta alla mafia e, quindi, al rilascio di informativa liberatoria da parte del Prefetto di Napoli ai sensi della ripetuta *lex specialis* della gara.

5) – Lamenta, poi, l'appellante il fatto che l'informativa di cui si tratta (qualificata espressamente, dalla stessa Prefettura, quale emessa ai sensi dell'art. 1 septies del d.l. n. 629/1982 e, quindi, costituente informativa c.d. atipica) riportava una serie di elementi inidonei a sorreggere validamente gli atti impugnati.

In particolare, il Prefetto di Napoli ha addotto:

- che amministratore unico della società ricorrente in primo grado era F.Alfonso, “denunciato in data 30.08.1999 per inosservanza alle disposizioni in materia di misure di prevenzione ai sensi dell'art. 21 legge 13.09.1982, n. 646;

- che, inoltre, C.C., coniugato con F.Antonietta, sorella di F. Alfonso, era figlio di C.G., imprenditore ucciso il 16 dicembre 1990 in un agguato camorristico, appartenente alla c.d. NCO (già capeggiata da A.C.), all'interno della quale ricopriva un ruolo preminente per il conseguimento degli scopi illeciti del sodalizio criminale, proprio nel settore dell'infiltrazione nei LL.PP. e che, successivamente, la conduzione delle imprese di famiglia era stata assunta dal figlio C.G. (tratto in arresto il 5 marzo 1997 per associazione mafiosa ed estorsione, nei confronti del quale, il successivo 1° dicembre veniva operato il sequestro dei beni a seguito di misura di prevenzione; quindi, condannato, il 10 dicembre 1999, dal tribunale di Nocera Inferiore per omicidio tentato e continuato), convivente con C.C.;



- che, ad ulteriore conferma che la società ricorrente in primo grado sarebbe stata riconducibile alla famiglia C. il Prefetto riferiva che la società stessa, nell'anno 2002, aveva chiesto all'Ufficio di Sorveglianza di Spoleto l'assunzione di C.G. per l'affidamento in prova al servizio sociale.

La G.E.S.A.C. s.p.a. ha ritenuto, con l'impugnata nota del 17 luglio 2007:

- che quanto così rappresentato dal Prefetto faceva ravvisare l'opportunità di riesaminare l'ipotizzata situazione di controllo e/o collegamento tra la società qui appellante e la società T.C. s.r.l., facente capo a C.C. (in precedenza esclusa sulla base delle dichiarazioni delle dette imprese); ciò, in particolare, in quanto i rapporti di parentela e le altre situazioni individuate dalla indagini di polizia facevano ritenere, unitamente agli altri indizi rivalutati alla luce dei nuovi dati acquisiti, che sussistesse effettivamente (come rilevato anche da altre amministrazioni) un collegamento e un controllo, sostanziale e formale, tra le predette società;

- che, inoltre, le ulteriori informazioni di cui alla predetta nota prefettizia evidenziavano possibili collegamenti di dette imprese con ambienti malavitosi di stampo camorristico, alla luce della rilevata situazione di controllo e/o collegamento tra i due concorrenti, ciò che costituiva ulteriore causa ostativa alla conservazione dell'aggiudicazione (di qui il disposto annullamento dell'aggiudicazione).

Senonché, perché l'informativa atipica in parola potesse costituire valido presupposto per l'adozione delle misure espulsive adottate dalla G.E.S.A.C. s.p.a., essa avrebbe dovuto poggiare su elementi circostanziati e completi, tali da consentire alla stazione appaltante di formulare un meditato giudizio in merito alla concreta esistenza di elementi ostativi.

Tale requisito di completezza non appare, peraltro, nella specie soddisfatto, ciò che induce alla declaratoria di illegittimità dell'informativa stessa e, in via

conseguenziale, delle determinazioni di annullamento dell'aggiudicazione assunte dalla G.E.S.A.C. s.p.a.

In particolare, il fatto che amministratore unico della società ricorrente in primo grado fosse F. Alfonso, “denunciato in data 30.08.1999 per inosservanza alle disposizioni in materia di misure di prevenzione ai sensi dell'art. 21 legge 13.09.1982, n. 646”, non costituisce, di per se, elemento decisivo in quanto la semplice denuncia (tra l'altro, risalente nel tempo) avrebbe potuto assumere significativa rilevanza – sotto il profilo della commissione di reato ostativo - solo se seguita da corrispondente condanna; condanna seguita, invero, nella specie, ma solo in rapporto a differente reato di natura contravvenzionale, non rilevante sotto i profili antifimafia; sul punto, peraltro, il provvedimento prefettizio sorvola completamente, mentre l'esito del giudizio penale assumeva carattere dirimente in quanto l'eventuale condanna avrebbe corroborato la notitia criminis, mentre l'assoluzione avrebbe dovuto indurre a non tenere conto della circostanza stessa, ovvero ad apprezzarla, se e in quanto possibile, sotto eventuali, differenti profili sintomatici; e quanto appena rilevato, se non è significativo sotto il profilo del rilevato (da parte di G.E.S.A.C. s.p.a.) collegamento e/o controllo societario, rileva, invece, sminuendone la consistenza, sotto il profilo della sussistenza delle cause ostative, quali autonomamente rilevanti ai fini dell'adozione dell'impugnato provvedimento del 17 luglio 2007.

6) - Quanto, poi, ai legami di natura parentale, anzitutto, va rilevato che essi, in se considerati, non possono essere adottati quali elementi in grado di supportare autonomamente l'informativa non favorevole e che, perché possano assumere rilievo, deve emergere una concreta verosimiglianza dell'ipotesi di controllo o di condizionamento sull'impresa da parte del soggetto unito dai legami suddetti al responsabile o amministratore dell'impresa stessa.

Nel caso in esame, risulta, però, solo che l'amministratore unico dell'impresa qui appellante (F. Alfonso) era fratello – non convivente – di F. Antonietta, moglie di C.C., titolare, quest'ultimo, di un'altra impresa e fratello, il medesimo – asseritamente convivente – di C. Giovanni, figlio di un personaggio (C. Gennaro), assassinato nel 1990, che avrebbe avuto forti legami con gli ambienti camorristici della NCO; vero che, nell'informativa, veniva anche segnalato che, successivamente, la conduzione delle imprese di famiglia era stata assunta dal figlio C. Giovanni (tratto in arresto il 5 marzo 1997 per associazione mafiosa ed estorsione, nei confronti del quale, il successivo 1° dicembre, veniva operato il sequestro dei beni a seguito di misura di prevenzione e che il medesimo veniva, quindi, condannato per tentato omicidio); ma, in tale situazione, avrebbe dovuto, la Prefettura, precisare, anche in questo caso, quali fossero stati gli esiti puntuali di tali misure preventive, onde lasciar comprendere, anche alla stazione appaltante, se le imprese di cui si tratta fossero, o meno, riconducibili ad ambienti camorristici; e, così, avrebbe dovuto dare atto del dissequestro delle imprese stesse a favore dei rispettivi titolari (e, tra tali imprese, comunque, non era ricompresa l'odierna appellante); così come avrebbe dovuto prendere in espresa considerazione il fatto che C. Giovanni, con inoppugnata sentenza del 3 ottobre 2000, n. 2448, del Tribunale di Nocera Inferiore, era stato assolto dalle imputazioni associative ascrittegli perché “il fatto non costituisce reato”.

Ciò che rileva, invero, è principalmente l'esito (di cui l'informativa avrebbe pure dovuto dare puntualmente conto) delle azioni – penali o di prevenzione - avviate nei confronti di soggetti o imprese sospettati di contiguità mafiosa, non rilevando il semplice fatto che tali iniziative fossero state avviate; e ciò vale, in particolar modo, in casi, quale quello di specie, in cui le iniziative così avviate risultano pervenute a conclusione molti anni prima dell'adozione dell'informativa contestata e nei quali, quindi, la posizione espressa dalla Prefettura avrebbe dovuto essere accompagnata

– tenuto anche conto che si trattava di informativa atipica e, quindi, destinata ad essere presa in considerazione dalla stazione appaltante nell'esercizio delle sue valutazioni discrezionali – da precise e aggiornate indicazioni circa l'esito delle iniziative stesse; solo in tal modo, infatti, la destinataria dell'informativa sarebbe stata posta in grado di valutare con sufficiente completezza l'effettiva rilevanza delle circostanze addotte; in mancanza di che, deve ritenersi che le determinazioni assunte dalla stazione appaltante siano affette da oggettiva carenza istruttoria e motiva per le carenze di cui si è detto, rinvenibili nella predetta informativa atipica e che vizio, in via consequenziale la determinazione della G.E.S.A.C. che su di essa essenzialmente poggia.

Né il giudicante poteva, con proprie valutazioni fondate sugli atti versati in giudizio dalla stessa originaria ricorrente, ovvero sulla base di considerazioni difensive svolte dalle difese delle controparti, sostituire il proprio giudizio a quello che avrebbero dovuto esprimere il Prefetto e la stazione appaltante sulla base della conoscenza completa degli atti riguardanti la fattispecie in esame.

Quanto, poi, alla condanna per tentato omicidio, non risulta, né è stato addotto, quale fosse il contesto in cui i fatti ascritti erano stati posti in essere; in ogni caso, le norme penali richiamate nell'informativa (artt. 56, 81, 110, 575, 112, n. 1, 577 n. 4, 62 bis e 69, comma 2), non lasciano, almeno di per se, trasparire che il reato attenesse a fattispecie riconducibile all'associazione camorristica.

A quanto precede si aggiunga, poi, che l'asserita convivenza di C. Giovanni con C.C. viene genericamente affermata, ma la circostanza è, almeno formalmente ed in assenza di altri elementi di riscontro, smentita dal fatto che i due, anagraficamente (come documentato dall'appellante), non risultano conviventi abitando, sì, nella medesima via, ma a numeri civici differenti (e, in ogni caso, l'eventuale convivenza non riguarda l'amministratore unico dell'odierna appellante); e ciò non senza considerare, inoltre, che nei confronti di C.C. non

risultano mai assunte misure di prevenzione, né risultano denunce rilevanti e, quanto al sequestro di cui si è detto, risalente nel tempo, i relativi beni risultano da molti anni dissequestrati e restituiti.

Né può assurgere ad elemento autonomamente giustificativo dell'informativa in parola il fatto che la società odierna appellante, nell'anno 2002, avesse chiesto all'Ufficio di Sorveglianza di Spoleto l'assunzione di C.G. per l'affidamento in prova al servizio sociale.

A parte, invero, che l'informativa (e atti presupposti) non precisa se l'affidamento stesso abbia avuto, poi, corso, spettando al Giudice di Sorveglianza provvedere al riguardo, è da rilevare, invero, che si tratta di un tentativo solidaristico di reinserimento del C.G. nel mondo del lavoro sotto il controllo dell'Autorità giudiziaria, ciò che, in assenza di altri concreti elementi indiziari atti a comprovare, per converso, il condizionamento che C.G. sarebbe stato in grado di operare sull'impresa, non appare autonomo indice di verosimile condizionamento di stampo mafioso da parte del medesimo sull'impresa.

7) - In definitiva, l'informativa atipica - sulla quale poggia il provvedimento espulsivo assunto dalla G.E.S.A.C. s.p.a. - appare carente di una serie di elementi rilevanti i quali non solo avrebbero potuto indurre il Prefetto di Napoli a non emettere l'informativa stessa (al riguardo, del resto, il Prefetto di Salerno, provincia in cui ha sede l'impresa, non ha mai assunto, negli anni, nei riguardi della medesima, iniziative preclusive); donde l'illegittimità e conseguente annullamento dell'informativa stessa e, in via consequenziale, anche dello stesso provvedimento della G.E.S.A.C. s.p.a. che ha, in tale informativa, il proprio essenziale presupposto. La G.E.S.A.C. s.p.a., infatti, dopo avere, in un primo tempo, ammesso l'odierna appellante alla gara avendo ritenuto (a seguito di istruttoria procedimentale) insussistenti gli elementi di collegamento con la TC Costruzioni s.r.l., ha assunto l'impugnato provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione proprio fondando

le sue determinazioni di riesame della fattispecie sull'informativa anzidetta, la cui illegittimità travolge, quindi, anche il provvedimento espulsivo adottato dalla stazione appaltante, così come l'aggiudicazione alla controinteressata A.T.I. R.M.C. Costruzioni s.r.l./ S.I.E.D. Costruzioni s.r.l.

8) – Il provvedimento espulsivo ora detto, peraltro, appare illegittimo anche sotto il profilo, pure dedotto, della mancata comunicazione di avvio del procedimento.

L'originaria ricorrente, sospettata di collegamento con un raggruppamento di imprese concorrente, era stata, invero, ammessa al prosieguo della gara avendo ritenuto, la Commissione valutatrice, soddisfacenti le giustificazioni addotte al riguardo dalla medesima.

Chiusasi, quindi, sia pure con riserva di riesame da parte della stessa stazione appaltante, tale fase procedimentale, sarebbe stato necessario, ai fini della sua riapertura, la previa comunicazione di avvio del procedimento in vista dell'adozione del contestato provvedimento espulsivo, questo poggiando su di una rivisitazione proprio della vicenda relativa al collegamento che la commissione valutatrice aveva considerato superata; l'acquisizione di elementi nuovi, desunti dall'informativa atipica prefettizia, avrebbe dovuto, quindi, indurre la stazione appaltante a riaprire il confronto con l'impresa, mettendo l'interessata in condizioni di conoscere le ragioni di tale "revirement"; e ciò appare tanto più necessario in considerazione degli sviluppi assunti, a livello comunitario, dalla vicenda concernente il collegamento e controllo tra imprese, così come disciplinato dal codice dei contratti pubblici.

Al riguardo, assume particolare rilievo la recente sentenza della Corte di Giustizia, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/2007.

Come già rilevato da questa Sezione (cfr. le decisioni n. 247 del 25 gennaio 2010; n. 1120 del 26 febbraio 2010) tale sentenza ha chiaramente affermato che il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi

legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.

La motivazione della citata sentenza comunitaria si snoda in particolare lungo i seguenti passaggi.

“E’ giocoforza constatare che la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale, nella misura in cui estende il divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluenza sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza” (punto 29).

“Una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti” (punto 30).

“A tale riguardo va sottolineato che i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti. Del resto, come rilevato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, i rapporti tra imprese di un medesimo gruppo possono

essere disciplinati da disposizioni particolari, ad esempio di tipo contrattuale, atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte che vengano poi presentate contemporaneamente dalle imprese in questione nell'ambito di una medesima gara d'appalto” (punto 31”).

“In tale contesto, il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare. La constatazione di un'influenza siffatta, in qualunque forma, è sufficiente per escludere tali imprese dalla procedura di cui trattasi. Per contro, la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura”.

Se, quindi, la sussistenza del semplice collegamento e controllo tra imprese non può ritenersi sufficiente a dare conto del reciproco condizionamento, rilevante ai fini dell'esclusione delle stesse dalla gara, ne consegue che, ove pure, in ipotesi, l'informativa prefettizia avesse fatto emergere validi elementi induttivi del collegamento stesso, non di meno essi avrebbero dovuto essere esaminati nel contraddittorio delle parti onde consentire all'impresa interessata, nel rispetto dei citati principi comunitari, di controdedurre rispetto a quanto eventualmente emerso a mezzo dell'informativa stessa.

Da qui l'esigenza che, ai fini della riapertura dell'indagine relativa al collegamento e controllo tra imprese, fosse offerta, alla concorrente, a mezzo di comunicazione ai



sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990, la possibilità di interloquire e controdedurre a quanto dalla stazione appaltante posto in evidenza sulla base dei nuovi elementi acquisiti; novità di elementi conoscitivi che, quindi, richiedeva la riapertura del confronto dialettico tra le parti.

9) – Per tali motivi l'appello in epigrafe appare in parte fondato e va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata e in accoglimento del ricorso di primo grado, vanno annullati:

- il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della Ricorrente Costruzioni s.r.l. della gara di appalto bandita dalla GE.S.A.C. s.p.a. per l'esecuzione dei lavori relativi ai Piazzali dell'Aviazione Generale e relativi raccordi dell'Aeroporto Internazionale di Napoli e la “contestuale esclusione della gara e caducazione di ogni eventuale atto successivo” di cui alla comunicazione del 16 luglio 2007 prot. CPA/AL/247;

- la nota informativa dell'UTG – Prefettura di Napoli prot. 1739/Gab/PL del 6 giugno 2007.

- il verbale di riapertura e riaggiudicazione della medesima gara del 26 luglio 2007;

- l'aggiudicazione definitiva della gara in favore dell'ATI CONTROINTERESSATA Costruzioni s.r.l./CONTROINTERESSATA DUE Costruzioni s.r.l. di cui alla comunicazione del 15 gennaio 2008.

Solo per completezza può osservarsi che non risultano svolte, in primo grado (né in appello), domande risarcitorie; sicché appare privo di rilevanza il fatto che il TAR (ultima pagina della sentenza) abbia ritenuto di respingere la domanda risarcitoria, con capo di pronuncia sul quale, peraltro, non vengono formulate censure.

Rimangono, comunque, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione dell'Interno e della GE.S.A.C. s.p.a.

Sussistono giusti motivi per l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta, accoglie in parte l'appello in epigrafe nei termini di cui in motivazione.

Le spese del doppio grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

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

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

Claudio Varrone, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere, Estensore

Roberto Garofoli, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2010

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

Il Dirigente della Sezione