

N. 878/2011 Reg. Prov. Coll. N. 1073 Reg. Ric. ANNO 2006 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1073 del 2006, proposto da:

B. A., rappresentato e difeso dall'avv. Aldo Assisi, con domicilio eletto presso M. R. in Catanzaro, via
...*omissis*...

contro

Comune di Stefanaceni, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Sorace, con domicilio eletto presso Domenico Sorace in Catanzaro, v.le De Filippis, n. 28/A; Responsabile Ufficio Tecnico Comune di Stefanaceni; Prefetto di Vibo Valentia, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distr.le Catanzaro, domiciliata per legge in Catanzaro, via G. Da Fiore

per l'annullamento

del provvedimento del 23 giugno 2006 di non conferma dell'aggiudicazione della gara di appalto del servizio di manutenzione della rete idrica comunale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Stefanaceni e di Prefetto di Vibo Valentia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2011 il dott. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1.- L'impresa ricorrente, «L. sas», espone di operare in alcuni settori relativi a lavori pubblici e privati in forma di società in accomandita semplice, i cui unici soci sono B. A., socia accomandataria, e il figlio, socio accomandante.

La predetta impresa è stata aggiudicataria della gara indetta, in data 13 gennaio 2006, dal

Comune di Stefanaceni riguardante l'appalto del servizio di manutenzione della rete idrica comunale di importo annuale pari ad euro 10.000,00.

Con nota del 13 gennaio 2006 il responsabile dell'ufficio tecnico comunale ha chiesto il certificato di iscrizione alla CCIAA con la dicitura antimafia. L'impresa ha prodotto quanto richiesto. Sennonché, con nota del 23 giugno 2006, lo stesso responsabile ha comunicato che «la disposta aggiudicazione non può essere confermata in via definitiva ed il contratto non può essere stipulato», poiché con nota del Prefetto di Vibo Valentia del 9 giugno 2006 sono state comunicate al Comune informazioni dalle quali emergerebbero «condizioni e circostanze interdittive e di divieto di cui all'art. 10, comma 2, del d.p.r. n. 252 del 1998».

1.1.- Con il ricorso principale, in attesa di prendere visione della nota prefettizia, è stata impugnata quest'ultima unitamente alla nota del responsabile dell'ufficio tecnico comunale sopra indicata. In particolare, si contesta la competenza di quest'ultimo ad esprimere un giudizio di pericolo di infiltrazione mafiosa e si sostiene, nel merito, che non sussistono i presupposti per ritenere presente la predetta infiltrazione.

1.2.- Con ricorso per motivi aggiunti, sono state contestate le affermazioni contenute nella nota alla luce di una serie di elementi che non sarebbero stati tenuti presenti dall'amministrazione prefettizia.

In particolare, nella nota si afferma con riferimento alla posizione della B., che la stessa in data 27 settembre 1994 «è stata denunciata per associazione a delinquere di stampo mafioso finalizzata all'acquisizione di attività economiche ed imprenditoriali ed all'impedimento del libero esercizio del voto in occasione di consultazione elettorali. Atti trasmessi alla d.d.a. di Catanzaro ed il 5 ottobre 1994 segnalata per accertamento patrimoniale nel corso di una misura di prevenzione».

Con riferimento alla posizione di L. N., marito della B., si legge che lo stesso risulta «sottoposto alla misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno per anni cinque; denunciato in data 24 settembre 1994 per associazione a delinquere di stampo mafioso finalizzata all'accaparramento della gestione della cosa pubblica; denunciato in data 27 settembre 1994 sempre per associazione a delinquere di stampo mafioso finalizzata all'acquisizione di attività economiche ed imprenditoriali ed all'impedimento del libero esercizio del voto in occasione di consultazioni elettorali; denunciato in data 25 settembre 1996 per associazione per delinquere di stampo mafioso e truffa aggravata ai danni dello Stato; tratto in arresto in data 7 aprile 1998 in esecuzione di o.c.c. in carcere emessa dal G.I.P. distrettuale di Catanzaro per associazione per delinquere di stampo mafioso».

Secondo la ricorrente tale nota sarebbe illegittima perché non avrebbe tenuto in considerazione una serie di elementi che verranno indicati nel prosieguo.

2.- Si sono costituiti in giudizio le amministrazioni prefettizia e comunale, chiedendo che il ricorso venga rigettato.

3.- Con ordinanza del 13 settembre 2007, n. 556 questo Tribunale ha accolto la domanda

cautelare rilevando che sono «venute in rilievo notizie e circostanze che rendono non più attuale il giudizio di pericolo di infiltrazioni mafiose espresso nell'informativa del prefetto rendendone carente la motivazione».

4.- Il ricorso è fondato.

4.1.- In via preliminare, è bene chiarire come la giurisprudenza amministrativa affermi costantemente che le informazioni prefettizie antimafia possono essere ricondotte a tre tipi: quelle ricognitive di cause di per sé interdittive di cui all'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 490 del 1994; quelle relative ad eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e la cui efficacia interdittiva discende da una valutazione del prefetto di cui all'art. 10, comma 7, del d.p.r. n. 252 del 1998; quelle supplementari (o atipiche) la cui efficacia interdittiva scaturisce da una valutazione autonoma e discrezionale dell'amministrazione destinataria dell'informativa prevista dall'art. 1-septies, del decreto-legge 6 settembre 1982 n. 629, convertito dalla legge 12 ottobre 1982 n. 726, ed aggiunto dall'art. 2 della legge 15 novembre 1988 n. 486 (v. Consiglio di Stato, sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1948; Consiglio di Stato, IV, 15 novembre 2004, n. 7362).

Nel caso in esame viene in rilievo la nota prefettizia appartenente alla seconda categoria.

4.2.- Chiarito ciò, deve rilevarsi come l'informativa del 9 giugno 2006 si fondi su accertamenti penali, sopra riportati, effettuati nei confronti sia di B. M. sia di L. N.. Le deduzioni di fatto in essa contenute non sono, però, complete, per le ragioni di seguito indicate.

Con riferimento alla posizione della B., parte ricorrente ha depositato la sentenza del G.I.P. presso il Tribunale di Catanzaro dell'11 maggio 1999, n. 82, con cui è stato disposto, in relazione all'imputazione del delitto di cui all'art. 416-bis, non luogo a procedere nei confronti della ricorrente stessa, «per non avere commesso il fatto o perché il fatto non sussiste».

Con riferimento alla posizione di L. N., anche in questo caso risulta che, sempre in data antecedente alla nota prefettizia, con decreto del 21 febbraio 2005 il Tribunale di Vibo Valentia ha revocato la misura di prevenzione applicata a L. dal medesimo Tribunale in data 2 marzo 2000. Inoltre, con decreto n. 63 del 20 maggio 2006 la Corte di Appello di Catanzaro ha respinto l'appello proposto dalla Procura avverso il decreto del 21 febbraio 2005. Ma ciò che più rileva è che con sentenza del 9 giugno 2004, n. 856, il Tribunale di Vibo Valentia ha assolto il L. perché il fatto non sussiste.

Da quanto esposto emerge come la nota prefettizia impugnata non abbia preso in esame tutti gli elementi rilevanti risultanti dai procedimenti penali. Questo Collegio è consapevole del fatto che l'accertamento prefettizio è autonomo rispetto a quello che si svolge in sede penale (*ex multis* , Tar Lazio Roma, sez. I, 6 dicembre 2010, n. 35388; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 9 giugno 2010, n. 1058). Nondimeno, nel caso di specie, la nota si è fondata, per desumere la possibilità di infiltrazioni mafiose, unicamente su fatti di rilevanza penale. Ma nel fare questo non ha preso in esame tutti i dati rilevanti emersi in sede penale, soprattutto se si tiene conto che «un fatto che ha trovato smentita all'esito di un procedimento penale non può essere richiamato per assumere nel suo oggettivo accadimento capacità qualificatoria dal punto di vista

dell'informativa antimafia» (Cons. Stato, sez. VI, 3 settembre 2009, n. 5194).

In definitiva, in mancanza di una completa e motivata ricostruzione del quadro indiziario a carico della impresa ricorrente, gli atti impugnati devono essere annullati per difetto di motivazione e di istruttoria.

5.- Deve, invece, essere rigettata la domanda di risarcimento del danno, non avendo il ricorrente provato la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità civile della pubblica amministrazione. In particolare, per quanto attiene alla prova del danno subito, l'orientamento più recente della giurisprudenza amministrativa, cui questo Collegio aderisce, assume che non possa ritenersi, come richiesto dal ricorrente, che il danno da lucro cessante per la mancata aggiudicazione di una gara sia, in maniera presuntiva, pari al 10% dell'importo dell'offerta. Si è, infatti, affermato che «il criterio del 10%, se pure è in grado di fondare una presunzione su quello che normalmente è l'utile che una impresa trae dall'esecuzione di un appalto, non possa, tuttavia, essere oggetto di applicazione automatica e indifferenziata», in quanto tale criterio conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale. In questa prospettiva si esige «la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, *in primis*

, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara» (Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; Id., sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967). Tale orientamento è stato "recepito" dal codice del processo amministrativo, il quale prevede che spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità (art. 64) e tra questi vi rientrano certamente gli elementi afferenti alla dimostrazione concreta dei danni che si sono verificati nella sfera giuridica del privato.

6.- La natura della controversia, e le ragioni poste a fondamento dell'accoglimento del ricorso, giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione, con compensazione delle spese di giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Giuseppe Romeo

L'ESTENSORE

Vincenzo Lopilato

IL CONSIGLIERE

Concetta Anastasi

Depositata in Segreteria il 10 giugno 2011

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)