



REPUBBLICA ITALIANA

N. 456/13 Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 813 Reg.Ric.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia-ANNO 2012

na, in sede giurisdizionale, ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sul ricorso in appello principale n. 813 del 2012 proposto dalla

EMPEDOCLE società consortile per azioni

(in seguito, Empedocle), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Marolda ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Notarbartolo n. 44, presso lo studio dello stesso;

**c o n t r o**

il signor RIZZO LORETO, in qualità di titolare della omonima ditta individuale, rappresentato e difeso dall'avv. Danilo Messina, presso lo studio del quale, in Palermo, via M. Stabile, 43, è elettivamente domiciliato;

**e nei confronti**

del MINISTERO DELL'INTERNO e delle PREFETTURE – U.T.G. DI PALERMO e DI AGRIGENTO, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria *ex lege* presso gli uffici della stessa in via A. De Gasperi, 81;

**e di**

CALCESTRUZZI s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituitasi in giudizio;

e sull'appello incidentale proposto dal signor RIZZO LORETO, come sopra rappresentato e difeso, contro il MINISTERO DELL'INTERNO, le PREFETTURE – UTG DI PALERMO e di AGRIGENTO, la s.c.p.a. EMPEDOCLE, *ut supra* rappresentati e difesi, la s.p.a. CALCESTRUZZI e l'ANAS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Sicilia - sede di Palermo (sez. I) - n. 1710 del 31 luglio 2012;

visto il ricorso in appello della società Empedocle, con i relativi allegati;

vista la memoria con appello incidentale di Loreto Rizzo;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato per le amministrazioni suindicate;

viste le ordinanze cautelari nn. 608 e 666 del 2012;

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

visti gli atti tutti della causa;

relatore il consigliere Marco Buricelli;

uditi, alla pubblica udienza del 27 marzo 2012, l'avv. F. Puzello, su delega dell'avv. A. Marolda, per la società appellante, l'avv. G. Rubino, su delega dell'avv. D. Messina, per l'appellato e l'avv. del-

lo Stato Mango per le amministrazioni appellate;

ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO E DIRITTO

1. Appare utile ripercorrere, in modo sintetico, nel suo svolgersi, l'articolata vicenda sottoposta all'attenzione di questo Consiglio.

1.1. La società Empedocle, aggiudicataria dei lavori per l'adeguamento della SS 640 di Porto Empedocle – itinerario Agrigento – Caltanissetta – A19, in qualità di Contraente Generale (CG), ha sottoscritto, in data 9 marzo 2009, unitamente alle Prefetture di Agrigento e Caltanissetta, alla s.p.a. ANAS e alla Regione Sicilia, un protocollo di legalità al dichiarato fine di prevenire eventuali tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata.

Per quanto qui più rileva, l'art. 1, comma 3, del protocollo stabilisce che il contraente generale si impegna a inserire, nei contratti -tra l'altro, di trasporto di materiali - una apposita clausola con la quale il terzo affidatario assume l'obbligo di fornire, al contraente generale, perché possa richiedere le informazioni antimafia preventive, gli stessi dati precedentemente indicati, relativi alle società e alle imprese subappaltatrici e/o sub affidatarie interessate alla esecuzione dell'opera. Nella stessa clausola si stabilisce che le stesse imprese accettano esplicitamente il sistema sanzionatorio convenuto con il protocollo, compresa la possibilità di revoca degli affidamenti o di risoluzione del contratto o subcontratto nei casi di mancata o incompleta comunicazione dei dati o delle modifiche a qualsiasi titolo intervenute presso le imprese affidatarie, nonché la risoluzione automatica del contratto o la

revoca dell'affidamento da parte del contraente generale nei casi indicati dall'art. 4, comma 2, del protocollo.

L'art. 4 del protocollo prevede che qualora, a seguito delle verifiche disposte ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. n. 252/1998, emergano elementi relativi a tentativi o pericoli di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate, la Prefettura – UTG ne dà immediata comunicazione all'ANAS e al CG il quale non può stipulare il contratto o concludere l'affidamento e non può autorizzare il subcontratto o il sub affidamento.

Ai commi da 2 a 4 del medesimo art. 4 è prevista l'attivazione, nei contratti e subcontratti, della clausola risolutiva espressa e la conseguente estromissione della società, o impresa, cui le informazioni ex articoli 10 e 11 del d.P.R. n. 252/1998 si riferiscono. Il CG si impegna a inserire in contratto, o a far inserire, da parte dell'affidatario o fornitore, nei relativi subcontratti, apposita clausola in forza della quale, nel caso che le “informazioni antimafia” di cui all'art. 10, d.P.R. n. 252/1998 abbiano dato esito positivo, il contratto è risolto di diritto.

L'art. 5 stabilisce che: “1.- ai fini dell'applicazione del presente Protocollo, il CG si impegna a valutare le informazioni di cui all'art. 10, comma 9, del d.P.R. n. 252/1998 (c. d. informazioni atipiche) ai fini della eventuale revoca dell'affidamento o del sub affidamento o dell'autorizzazione al sub affidamento ai sensi dell'art. 11, comma 3, d.P.R. n. 252/1998. L'affidatario e/o il sub affidatario resta, in tal caso, impegnato e legittimato all'attivazione immediata della risoluzione del contratto e alla conseguente estromissione della società o

impresa cui le Informazioni atipiche si riferiscono. 2.- La comunicazione delle Informazioni atipiche da parte della Prefettura – UTG al CG e all’ANAS deve recare l’indicazione che è fatta ai fini del presente articolo del Protocollo. 3.- A tale fattispecie si applicano le stesse disposizioni previste all’art. 4, ivi compreso l’inserimento nei contratti e subcontratti della clausola risolutiva espressa e della penale”.

1.2. Il 5 febbraio 2009, Empedocle e Calcestruzzi hanno concluso un contratto avente a oggetto l’affidamento della fornitura di circa 300.000 mc. di conglomerati cementizi e recante, all’art. 10, l’esplicito impegno della seconda a rispettare e a far rispettare quanto stabilito dal sopra trascritto Protocollo di legalità.

1.3. In data 1° aprile 2011 Calcestruzzi ha concluso con l’impresa Rizzo un contratto di sub affidamento, avente validità triennale, con scadenza il 31 marzo 2014, salvo proroghe tacite per ulteriori periodi annuali, con cui il Rizzo si impegna a prestare, dietro corrispettivo, servizi di trasporto di materiali inerti. L’art. 24 del contratto, intitolato “obblighi a carico del Vettore – clausola risolutiva espressa – penale”, dispone tra l’altro che (comma 1) “il Vettore dichiara di assoggettarsi e di accettare ... il Protocollo d’Intesa e il sistema sanzionatorio ivi previsto ai fini della prevenzione dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata, sottoscritto in data 9.3.2009 ...”... (comma 4) “In caso di mancata produzione, in tutto o in parte, della documentazione richiesta da parte del Vettore, ovvero qualora dall’informativa prefettizia o nel corso del rapporto emergano elementi ostativi e per tali motivi il Contraente Generale non autorizzi la prosecu-

zione del presente contratto, il Contratto stesso dovrà considerarsi risolto di diritto ex art. 1456 c. c. senza necessità di messa in mora o di pronuncia giudiziaria ... A tal fine le informazioni c. d. atipiche di cui all'art. 10, comma 9, del citato d.P.R. 252/98 produrranno il medesimo effetto interdittivo delle informazioni c. d. tipiche e pertanto il presente contratto verrà risolto di diritto ...”.

1.4. Con note del 27 aprile e del 17 giugno 2011, le Prefetture di Palermo e di Agrigento hanno emesso informative antimafia atipiche, o supplementari concernenti il signor Rizzo, segnalando che le risultanze investigative hanno evidenziato il vincolo di affinità intercorrente tra il Rizzo e (il suocero), persona (uccisa nel 2004) ritenuta “imprenditore vicino” all’organizzazione criminale di stampo mafioso e a carico della quale erano stati emessi sia un provvedimento restrittivo nel 1998 per il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso finalizzata alla turbativa d’asta, sia una misura di prevenzione personale e patrimoniale.

Con nota del 15 luglio 2011 Empedocle ha sollecitato Calcestruzzi a non instaurare alcun rapporto contrattuale con la impresa Rizzo.

Con nota del 28 luglio 2011, Calcestruzzi ha comunicato al Rizzo l’intendimento del CG di non autorizzare il sub affidamento, dichiarando di avvalersi della clausola risolutiva espressa di cui all’art. 24 del citato contratto 1° aprile 2011.

2. Nel settembre del 2011 Loreto Rizzo ha impugnato, dinanzi al TAR Sicilia – Palermo, le informative antimafia supplementari 27

aprile e 17 giugno 2011, la citata nota del 28 luglio 2011 di diniego di autorizzazione al sub affidamento e di risoluzione di diritto del contratto, e gli atti connessi e conseguenti.

3. Con sentenza n. 1963 del 12 ottobre - 2 novembre 2011 il TAR di Palermo ha giudicato fondato il ricorso. Premesso che “è stata adottata una informativa antimafia atipica negativa, la cui efficacia interdittiva ... non è automatica ma deriva da una valutazione autonoma e discrezionale della stazione appaltante, come, peraltro, previsto dallo stesso art. 5 del protocollo di legalità richiamato negli atti posti alla base della risoluzione del rapporto contrattuale in questione”, il giudice di primo grado ha accolto la censura di difetto di istruttoria e di motivazione “avuto riguardo all’orientamento giurisprudenziale secondo il quale l’informativa “atipica” deve considerarsi atto non vincolante, che lascia spazio alla discrezionalità dell’Amministrazione destinataria della stessa, cui spetta valutarne l’incidenza nella specifica procedura di riferimento ... essendo necessaria una ampia motivazione, soprattutto quando, nonostante il contenuto negativo della informativa, si decida di instaurare o proseguire il rapporto con l’impresa ... non potendosi, però, ritenere esonerata l’amministrazione dal procedere alla suddetta valutazione, con conseguente illegittimità di esclusioni disposte in via automatica ...” (nel dispositivo di accoglimento il TAR ha, per l’effetto, annullato “gli atti impugnati”: si trattava, stando all’elenco indicato nella epigrafe della decisione, delle note delle Prefetture – UTG di Agrigento e di Palermo, della nota del 28 luglio 2011 della Calcestruzzi, della nota del 15 luglio 2011 della Empedocle, del

contratto di trasporto del 1° aprile 2011, limitatamente alle parti impugnate, del Protocollo di Legalità del 9 marzo 2009, limitatamente alle parti impugnate, delle procedure aziendali citate nella nota del 15 luglio 2011, mai conosciute, del codice per l'applicazione del Protocollo di Legalità approvato dal C. di A. del Contraente Generale in data 29 marzo 2010, del c.s.a. e del bando, mai conosciuti, relativi all'affidamento dei lavori dal Contraente Generale alla Calcestruzzi, dell'eventuale autorizzazione del Contraente Generale al sub affidamento relativo al contratto di trasporto tra la Calcestruzzi e altre ditte, e dell'eventuale contratto di trasporto tra la Calcestruzzi e altre ditte).

4. L'Amministrazione dell'interno ha appellato la sentenza e questo CGA, con la decisione n. 514/2012, in accoglimento dell'appello ha dichiarato la nullità della sentenza e rinviato la controversia dinanzi al TAR per avere, il giudice di primo grado, annullato anche atti anteriori a quelli della cui illegittimità si dà conto in motivazione, senza spiegare come il vizio dell'atto presupponente potesse essere comunicato all'atto presupposto, incorrendo così in un oggettivo e insanabile contrasto logico tra dispositivo e motivazione.

5. Nelle more Empedocle, riesaminata la questione, con atto del 4 gennaio 2012 ha confermato la risoluzione del contratto richiamando, a sostegno della decisione, il combinato disposto di cui agli articoli 5, comma 3, e 4, comma 4, del Protocollo di Legalità, in base al quale, come detto, nel caso di esito positivo delle informazioni antimafia, anche atipiche o supplementari, il contratto deve intendersi risolto di diritto (clausola risolutiva espressa recepita nell'art. 24.4. del

contratto 1° aprile 2011); evidenziando che, in presenza di una informativa antimafia c. d. atipica, la stazione appaltante non ha il potere né l'onere di verificarne la portata o i presupposti, talché è sufficiente una motivazione *per relationem* alla informativa stessa e ai protocolli di legalità; e soggiungendo che la determinazione contraria al sub affidamento è connessa inoltre all'esigenza di rispettare in modo scrupoloso il codice etico del Gruppo CMC e di tutelare al massimo la collettività dal rischio della commissione di reati durante l'esecuzione dei lavori.

6. Avverso l'avvenuta risoluzione del contratto e, ove occorra, per l'annullamento delle note delle Prefetture di Agrigento e Palermo del 17.6. e 27.4.2011, del codice etico del gruppo CMC, del contratto di trasporto del 1° aprile 2011, limitatamente alle parti impugnate, del Protocollo di Legalità del 9 marzo 2009, anch'esso limitatamente alle parti impugnate e, in sintesi, contro gli atti elencati in dettaglio nella sentenza del CGA n. 514/2012 dichiarativa della nullità della sentenza del TAR di Palermo n. 1963/11; oltre che per ottenere il risarcimento del danno in forma specifica mediante la reintegrazione nel rapporto contrattuale illegittimamente risolto e per conseguire inoltre il risarcimento per equivalente del danno patrimoniale e non patrimoniale subito, il Rizzo ha proposto un nuovo ricorso dinanzi al TAR Sicilia.

7. Il TAR di Palermo, con la sentenza in epigrafe, dopo avere premesso, per quanto qui più rileva, che la clausola risolutiva espressa inserita all'art. 24.4. del contratto di sub affidamento tra Calcestruzzi e Rizzo, "nella interpretazione data dal general contractor ha equiparato

espressamente le informative tipiche a quelle atipiche, con la conseguenza che queste ultime erano da ritenersi presupposto sufficiente per procedere alla risoluzione del rapporto, essendosi il general contractor e i suoi affidatari privati dei poteri di verifica della sussistenza di condizioni ulteriori preclusive dell'affidamento ... (che) in altri termini la risoluzione del contratto è avvenuta in virtù della equiparazione delle informative tipiche a quelle atipiche ed è stata motivata “per relationem” con riferimento alla determinazione prefettizia relativa alla ricorrente”, ha giudicato fondato il ricorso sotto l'assorbente profilo del difetto di motivazione, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Il TAR ha sottolineato in particolare che, pur dovendosi condividere l'affermazione di principio per cui ai fini della revoca della aggiudicazione di un appalto a seguito della acquisizione di una informativa antimafia atipica è sufficiente l'esistenza di elementi sintomatici del pericolo di collegamento tra l'impresa e le organizzazioni criminali, è anche vero che occorre pur sempre una adeguata istruttoria dalla quale emergano elementi indiziari che, complessivamente considerati, rendano attendibile l'ipotesi del tentativo di ingerenza da parte di tali organizzazioni, comportando, un diverso *modus procedendi* il rischio della estromissione dal circuito degli appalti pubblici di imprese non collegate con il circuito mafioso, con conseguente alterazione dei meccanismi della concorrenza. Con riguardo in particolare ai legami parentali gli stessi, in sé considerati, non possono essere ritenuti idonei a sorreggere in modo autonomo una informativa negativa dato che

possono assumere rilievo solo qualora emerga una concreta verosimiglianza dell'ipotesi di controllo o di condizionamento sull'impresa da parte del soggetto unito da tali legami al responsabile o amministratore dell'impresa stessa, ovvero un intreccio di interessi economici e familiari, dai quali sia possibile desumere la sussistenza dell'oggettivo pericolo che rapporti di collaborazione intercorsi a vario titolo tra soggetti inseriti nello stesso contesto familiare costituiscano strumenti volti a diluire e mascherare l'infiltrazione mafiosa nell'impresa considerata.

Nella specie – ha specificato il TAR –, l'informativa risulta fondata esclusivamente sulla circostanza che le risultanze investigative avevano evidenziato che il suocero del Rizzo era stato ucciso il 5 ottobre 2004 ed era stato indicato da vari collaboratori di giustizia come imprenditore edile vicino a “Cosa Nostra”, per conto della quale avrebbe svolto ruolo di intermediario, curando la c. d. “messa a posto” (vedi nota del Comando Provinciale dei Carabinieri di Palermo prot. n. 358010/1 – 8 “P” 31 marzo 2011, in atti).

Il TAR ha concluso che il mero rapporto di affinità con soggetto ucciso nel 2004 non è idoneo, in assenza di ulteriori elementi, a sorreggere sotto il profilo motivazionale la risoluzione disposta con il provvedimento impugnato, il quale sotto tale profilo si appalesa illegittimo, senza che a diversa conclusione possa giungersi sulla base del riferimento fatto dalla difesa della Empedocle alla decisione della III sezione del Consiglio di Stato n. 5995 del 12 novembre 2011, riguardante una informativa antimafia tipica basata su una pluralità di corpo-

si elementi indiziari.

8. Empedocle ha appellato la sentenza deducendone la erroneità sotto i profili che seguono:

I) nella parte in cui si afferma che la risoluzione del contratto di sub affidamento tra la società Calcestruzzi e la impresa Rizzo costituirebbe il risultato di una equiparazione tra informative tipiche e atipiche, e che la motivazione dell'atto di risoluzione del contratto si esaurirebbe in un mero rinvio *per relationem* alla informativa prefettizia supplementare. Empedocle evidenzia che la risoluzione trova giustificazione (v. pag. 3 nota impugnata 4 gennaio 2012) anche nell'esigenza di osservare scrupolosamente il codice etico del Gruppo CMC e di tutelare al massimo la collettività dal rischio della commissione di reati durante l'esecuzione dei lavori. Inoltre, poiché la stazione appaltante non avrebbe né il potere, né l'onere di verificare la portata o i presupposti della informativa supplementare, o atipica, la quale produce un effetto parzialmente vincolante per la stazione appaltante, la motivazione della disposta risoluzione risulta adeguata;

II) le note prefettizie non sarebbero censurabili sotto l'aspetto della (in) sufficienza e della (in) congruità della motivazione, tenuto conto: dell'ampia discrezionalità che caratterizza il potere valutativo del Prefetto in materia; della intensità del legame parentale, venendo in rilievo un rapporto di affinità diretta, e del fatto che l'assassinio del suocero dell'appellato è stato posto in relazione al suo ruolo di intermediario per "Cosa Nostra", la cui struttura organizzativa è sagomata proprio sui legami familiari dai quali trae forza per radicarsi sul territorio

e imporre i propri traffici; della dimensione limitata, e della natura individuale, della impresa dell'appellato, con conseguente coincidenza tra interessi della impresa e interessi della persona che la gestisce, oltre che della ristrettezza del territorio in cui l'impresa ha stabilito la propria sede (il comune di Altavilla Milicia); della circostanza che il settore commerciale di riferimento, vale a dire quello del trasporto di materiali inerti, risulta notoriamente inquinato dalla presenza di operatori con radicamento in ambienti mafiosi; e della qualificazione come informativa atipica, o supplementare, dell'apprezzamento compiuto dalla autorità competente (il TAR avrebbe indebitamente valutato la congruità sotto il profilo motivazionale di una informativa atipica alla luce di presupposti connaturati al diverso istituto delle informative interdittive tipiche);

III) infine, la sentenza andrebbe riformata quantomeno nella parte in cui dispone in modo indistinto l'annullamento di tutti gli atti impugnati e, dunque, tra questi, anche del Protocollo di Legalità e del Codice Etico, in quanto sprovvista di una motivazione adeguata a sostegno del *decisum*.

9. Il signor Loreto Rizzo, con "memoria con appello incidentale":

- ha formulato diverse eccezioni in rito, rivolte a far dichiarare inammissibile il ricorso in appello (carenza di rappresentanza processuale in capo a Empedocle dato che il legale rappresentante della società non risulta essere stato autorizzato a proporre appello dal Consiglio di amministrazione; nullità del rapporto processuale per difetto di

idonea procura: il legale rappresentante della società avrebbe conferito il potere di difesa all'avvocato non in riferimento alla società, ma in ordine alla sua persona nella qualità; omessa notifica dell'appello all'ANAS; mancata indicazione dei capi della decisione appellata; omessa specificazione dei motivi d'appello contro i capi della sentenza);

- ha controdedotto nel merito insistendo sul difetto di motivazione che inficerebbe gli atti impugnati;

- ha dedotto il vizio di omessa pronuncia, da parte del TAR, su un punto decisivo della controversia, rilevando la violazione dell'art. 121 c. p. a. per non avere, il TAR, dichiarato l'efficacia del contratto di sub affidamento Calcestruzzi / Rizzo del 1° aprile 2011, e la inefficacia dell'eventuale contratto di trasporto di materiali inerti stipulato con terzi, previo annullamento dell'eventuale autorizzazione alla stipula di un nuovo sub affidamento, dovendosi ordinare alla Calcestruzzi di dare esecuzione al - o meglio, di far proseguire il - contratto di trasporto di materiali citato, e di non dare esecuzione a contratti eventualmente sottoscritti con altre ditte. Il TAR ha inoltre omesso di esaminare la domanda risarcitoria in forma specifica, mediante la prosecuzione del contratto citato, e la domanda di risarcimento dei danni per equivalente, "subiti e subendi", provocati dalla risoluzione del contratto, a titolo di danno emergente e di lucro cessante, oltre al danno c. d. curriculare e alla immagine e agli accessori; danni addebitabili in solido alle due Prefetture e al Ministero, a Empedocle e a Calcestruzzi;

- qualora si ritenga che in prime cure non siano stati annullati tutti gli atti impugnati, nelle parti indicate, viene ribadita l'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati per le ragioni già addotte in primo grado e ritenute assorbite dal TAR. Ad avviso del Rizzo il CG, destinatario della informazione c. d. atipica, alla luce dell'art. 5 del Protocollo di Legalità, secondo cui il CG valuta le informative atipiche ai fini della eventuale revoca dell'affidamento o del sub affidamento, avrebbe dovuto sottoporre a valutazione critica gli elementi forniti dalle Prefetture, anziché disporre in via immediata e diretta la risoluzione del rapporto contrattuale; l'art. 24 del contratto di sub affidamento, nel suo complesso, dev'essere interpretato nel senso che alla nota prefettizia avente a oggetto una informativa c. d. atipica o supplementare non può attribuirsi una automatica efficacia interdittiva; diversamente opinando, ossia riconoscendo *ex contractu* alla informativa atipica una automatica efficacia interdittiva, con conseguente risoluzione di diritto del contratto, una clausola contrattuale così interpretata sarebbe invalida per violazione di disposizioni inderogabili del codice civile, di legge e del Protocollo di Legalità (il quale ultimo prevede, lo si ripete, che in caso di informativa prefettizia atipica il CG procede a valutare discrezionalmente gli elementi ricavabili dalla informativa, e solamente se il CG si determina nel senso di non autorizzare la prosecuzione del sub affidamento il vincolo negoziale è soggetto a risoluzione); attribuendo alla informativa atipica una automatica efficacia interdittiva, le disposizioni del Protocollo di Legalità, così interpretate, sarebbero invalide per violazione di norme di legge inderoga-

bili, con particolare riferimento agli articoli 10 e seguenti del d.P.R. n. 252/98 e dell'art. 1 - *septies* del d. l. n. 629/82, conv. in l. n. 726/82, ove alla informativa atipica non consegue un automatico effetto interdittivo, ma si esige che l'Ente destinatario della informativa valuti discrezionalmente il contenuto della nota riservata; nella specie non sussistevano le condizioni per rendere una informativa atipica e anche il richiamo al Codice Etico del Gruppo CMC è improprio.

10. L'Avvocatura dello Stato ritiene sufficiente e logica la motivazione della informativa prefettizia atipica del 17.6.2011 ed eccipisce la inammissibilità dell'appello incidentale del Rizzo, concretandosi l'atto stesso in una "pedissequa riproduzione dei motivi del ricorso di primo grado". L'Avvocatura conclude chiedendo di riformare la sentenza e di dichiarare inammissibile, o rigettare nel merito, l'appello incidentale.

11. Con ordinanza n. 608 dell'8 novembre 2012 questo Consiglio, ritenendo, a un primo esame, l'appello provvisto di *fumus*, ha accolto la domanda di misure cautelari presentata da Empedocle sospendendo l'efficacia della sentenza impugnata. Con ordinanza n. 666 del 13 dicembre 2012 questo CGA ha rigettato l'istanza, avanzata dal Rizzo, di revoca del provvedimento cautelare collegiale accordato con l'ordinanza n. 608/12.

12. All'udienza del 27 marzo 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

13. Le conclusioni alle quali il Collegio era pervenuto in sede cautelare, a un primo esame, devono essere rimediate, in seguito a un

maggior approfondimento delle argomentazioni svolte in particolare dalla difesa di Loreto Rizzo.

14. Alla luce del suesposto riepilogo della vicenda, sul piano sia amministrativo, sia processuale, il Collegio ritiene che le questioni principali, peraltro connesse le une con le altre, e da risolvere in modo congiunto, riguardino, essenzialmente, la sufficienza e la logicità, o meno, delle informative prefettizie atipiche sulla base delle quali il CG si è determinato a risolvere il contratto (sia pure aggiungendo, nell'atto di risoluzione, che la determinazione contraria al sub affidamento deriva anche dalla esigenza di rispettare in modo scrupoloso il codice etico del Gruppo CMC), e la soluzione da dare al quesito sul se, effettivamente, il Protocollo di Legalità, e il contratto di sub affidamento stipulato a valle, andassero interpretati nel senso di attribuire, alla informativa prefettizia atipica, una automatica efficacia interdittiva, con conseguente esonero del CG da qualsiasi potere –dovere di valutazione discrezionale degli elementi ricavabili dalla informativa medesima al fine di determinarsi sulla prosecuzione o, viceversa, sulla risoluzione, del sub affidamento. Occorre poi chiarire e precisare l'effettiva portata annullatoria della sentenza del TAR.

15. Benché, in modo conforme a quanto ritenuto dall'appellante principale Empedocle nella prima parte del I motivo d'appello, vada corretto uno dei presupposti argomentativi dai quali il TAR ha preso le mosse nell'accogliere il ricorso - vale a dire quello della equiparazione tra informative tipiche e informative atipiche - , dovendosi viceversa concludere nel senso della insussistenza di una equiparazione, tra le

une informative e le altre, rinvenibile dal Protocollo di Legalità, ciò non comporta l'accoglimento dell'appello principale. Anzi, in modo conforme a quanto dedotto dal Rizzo nell'appello incidentale, ciò introduce un profilo di illegittimità in via autonoma dell'atto di risoluzione per avere, il CG, disposto in via immediata e diretta la risoluzione del contratto omettendo di sottoporre a valutazione critica e motivata gli elementi di giudizio forniti dalle Prefetture con le informative atipiche.

16. Prima di esaminare il merito delle questioni va però specificato che:

a) la infondatezza dell'appello principale di Empedocle esime il Collegio dall'esaminare e decidere le eccezioni in rito formulate dalla difesa del Rizzo, salvo precisare che la estraneità dell'ANAS alla intera vicenda, dato che non vengono in rilievo atti emanati dalla Azienda delle strade, rende irrilevante la questione relativa alla omessa notifica dell'appello all'ANAS medesima;

b) quanto alla dedotta (dall'Avvocatura dello Stato) inammissibilità dell'appello incidentale proposto da Loreto Rizzo, che, quantunque l'appellato non fosse tenuto a proporre una formale impugnazione in via incidentale, potendo limitarsi a riproporre, in grado di appello, la domanda non esaminata dal TAR, dall'esame della memoria con appello incidentale del Rizzo emerge comunque con chiarezza la contestazione della sentenza per ciò che riguarda la omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia, attinente alla dichiarazione di efficacia del contratto di sub affidamento Calcestruzzi / Rizzo del 1° apri-

le 2011 e, correlativamente, alla declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto di trasporto di materiali inerti stipulato con terzi previo annullamento dell'eventuale autorizzazione alla stipula, con soggetti terzi, di un nuovo sub affidamento, oltre che all'omesso esame della domanda risarcitoria. Dalla lettura dell'appello incidentale si ricava inoltre con nitidezza la critica diretta contro la sentenza per avere, il TAR, preso le mosse dall'assunto della equiparazione tra informative tipiche e atipiche e, di conseguenza, per non avere contestato, al CG Empedocle, la omessa sottoposizione, ad analisi critica, degli elementi di valutazione forniti dalla Prefettura di Agrigento con la nota del 17 giugno 2011.

17. Venendo alla sostanza delle questioni, assume rilievo centrale la dedotta censurabilità, o meno, sotto il profilo della insufficienza e della incongruità della motivazione, delle informative prefettizie atipiche, o supplementari, poste a base della intervenuta risoluzione del contratto.

A tale riguardo il Collegio ritiene condivisibili le conclusioni alle quali è giunto il TAR.

È opportuno premettere che la informativa c.d. atipica, elaborata dalla prassi, rinviene il fondamento normativo nel combinato disposto dell'art. 10, comma 9, d.P.R. n. 252/1998 e dell'art. 1- *septies*, d.l. n. 629/1982, conv. in l. n. 726/1982 nonché nell'art. 10, comma 7, lett. c), d.P.R. n. 252/1998, che consente autonomi accertamenti del Prefetto. In particolare, l'art. 10, comma 9, d.P.R. n. 252/1998 dichiara inapplicabile all'informativa prefettizia l'art. 1- *septies*, d.l. n.

629/1982, conv. in l. n. 726/1982, a tenore del quale l'autorità preposta all'ordine pubblico può comunicare alle autorità competenti al rilascio di licenze, autorizzazioni, concessioni in materia di armi ed esplosivi e per lo svolgimento di attività economiche, nonché di titoli abilitativi alla conduzione di mezzi ed al trasporto di persone o cose, elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge, dei requisiti soggettivi richiesti per il rilascio, il rinnovo, la sospensione o la revoca delle licenze, autorizzazioni, concessioni e degli altri titoli menzionati. Tuttavia tale preclusione incontra una deroga, sempre secondo l'art. 10, comma 9, citato, quando gli elementi o le altre indicazioni fornite siano rilevanti ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge. Sicché, la prassi consente al prefetto di fornire alle stazioni appaltanti informative atipiche, rimesse al discrezionale apprezzamento della stazione appaltante. L'informativa supplementare (o atipica) non ha carattere interdittivo, ma consente l'attivazione degli ordinari strumenti di discrezionalità nel valutare l'avvio o il prosieguo dei rapporti contrattuali alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la p.a. [Cons. St., sez. VI, 28 aprile 2010 n. 2441]; sicché l'efficacia interdittiva delle c.d. informative prefettizie atipiche scaturisce da una valutazione autonoma e discrezionale dell'amministrazione destinataria, in quanto esse rappresentano una sensibile anticipazione della soglia dell'autotutela amministrativa [Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2009 n. 7777] (così, Cons. St., sez. VI, n. 3999/11, p. 7.5.).

Appare utile aggiungere che, secondo la giurisprudenza amministrativa consolidata, il che esime il Collegio dal fare citazioni specifiche, in tema di informative antimafia i legami di natura parenterale, in sé considerati, non possono essere ritenuti idonei a supportare autonomamente una informativa negativa, assumendo rilievo qualora emerga una concreta verosimiglianza dell'ipotesi di controllo o di condizionamento sull'impresa da parte del soggetto unito da tali legami al responsabile o amministratore della impresa, ovvero risulti sussistente un intreccio di interessi economici e familiari, dai quali sia possibile desumere la sussistenza dell'oggettivo pericolo che rapporti di collaborazione intercorsi a vario titolo tra soggetti inseriti nello stesso contesto familiare costituiscano strumenti volti a diluire e mascherare l'infiltrazione mafiosa nell'impresa considerata.

18. Guardando adesso più da vicino il caso in esame, è vero che viene in rilievo un rapporto di affinità diretta, e che il suocero dell'appellato - ucciso con tre colpi di arma da fuoco - risulta essere stato indicato da vari collaboratori di giustizia come imprenditore vicino a Cosa Nostra, per conto della quale avrebbe svolto il ruolo di intermediario, oltre a essere stato colpito da un provvedimento restrittivo nel 1998 per il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso finalizzata alla turbativa d'asta, e da una misura di prevenzione personale e patrimoniale; e che l'impresa dell'appellato ha natura individuale e viene esercitata entro un territorio ristretto e in un settore commerciale (quello del trasporto di materiali inerti) notoriamente inquinato dalla presenza di operatori con radicamento in ambienti mafiosi.

È altrettanto vero però che, entro un quadro interpretativo e giurisprudenziale in cui la valutazione prognostica formulata dalla Prefettura con la informativa atipica, o supplementare, è pur sempre associabile a sindacato giurisdizionale di legittimità sotto i profili della sufficienza della motivazione e della logicità, coerenza o attendibilità del giudizio, con riferimento al significato attribuito agli elementi di fatto e all'iter seguito per pervenire a determinate conclusioni (sul punto cfr. CGA Reg. Sic., sezione giurisdizionale, nn. 227/12 e 130/12, e ivi rif. ulteriori), come evidenziato dal TAR, e ribadito dal Rizzo, gli elementi indicati nelle informative supplementari del 2011 fanno riferimento, oltre che a un unico, isolato, legame di affinità (manca, cioè, l'elemento dell'“intreccio parentale”), a circostanze avvenute in tempi assai lontani rispetto al rilascio delle informative e, pertanto, non più attuali (sul fatto che il rischio della infiltrazione debba trovare giustificazione in circostanze di cui si possa apprezzare la attualità al momento della valutazione prefettizia v. Cons. St., sez. VI, n. 4135/2006, tenuto anche conto che le informative prefettizie antimafia sono idonee a comprimere garanzie e diritti, quali quello alla libertà di iniziativa economica privata, aventi rilievo costituzionale).

In particolare, l'uccisione del suocero del Rizzo è avvenuta nel 2004, vale a dire sette anni prima del rilascio delle informative atipiche (prescindendo, poi, dalla brevità del vincolo di affinità del Rizzo-sposatosi nel 2001 - con il suocero).

Ora, in tema di tentativi di infiltrazione mafiosa ricavabili da collegamenti parentali con soggetti malavitosi la giurisprudenza, come

detto, considera legittimo il pericolo di infiltrazioni desumibile da una pluralità di rapporti parentali, o di vincoli di affinità, e dalla unicità della cosca di appartenenza di tutti i soggetti coinvolti. Come puntualizzato dal TAR nella sentenza impugnata i legami parentali possono assumere rilievo, ai fini che qui interessano, “solo qualora emerga una concreta verosimiglianza dell'ipotesi di controllo o di condizionamento sull'impresa da parte del soggetto unito da tali legami al responsabile o amministratore dell'impresa stessa, ovvero un intreccio di interessi economici e familiari, dai quali sia possibile desumere la sussistenza dell'oggettivo pericolo che rapporti di collaborazione intercorsi a vario titolo tra soggetti inseriti nello stesso contesto familiare costituiscano strumenti volti a diluire e mascherare l'infiltrazione mafiosa nell'impresa considerata” (sull'affermazione in generale v. CGA, n. 227/12 cit., e ivi rif.).

Nella specie, all'opposto, si esula dalle ipotesi che hanno indotto la giurisprudenza (v., ad es., Cons. St., n. 4740 del 2012, in tema, peraltro, di informativa prefettizia antimafia interdittiva) a giudicare legittime informative antimafia positive, tanto più se riguardanti un imprenditore singolo, imperniate (però) su una “pluralità di rapporti familiari” che “si intrecciano e si innestano in capo all'unico titolare della impresa”, venendo a convergere, con una serie di indizi plurimi, in una direzione unica, in contiguità con un ben determinato e specifico ambiente criminale e con contorni di certo inequivoci.

Nella controversia odierna non vengono in discorso legami familiari ramificati ma, come detto, si fa questione di un mero rapporto

di affinità con persona uccisa nel 2004, di per sé non idoneo - in assenza di ulteriori elementi - a sorreggere l'atto impugnato sotto l'aspetto motivazionale, senza che, affermando ciò, il Collegio sconfini nell'area riservata dalla legge alla valutazione discrezionale della P.A.

19. Sotto un diverso profilo, puntualmente posto in risalto dal Rizzo, l'art. 5 del Protocollo di Legalità (alla lettura del quale si rinvia – v. sopra, p. 1.1.) va letto e interpretato nel senso che nell'ipotesi di informativa prefettizia atipica il CG procede a valutare discrezionalmente il peso e la rilevanza degli elementi di apprezzamento ricavabili dalla informativa stessa, e soltanto se, una volta eseguita la valutazione autonoma e motivata, il CG si determina nella direzione di non autorizzare la prosecuzione del rapporto di sub affidamento, il vincolo negoziale (in questo caso, con il Vettore) è soggetto a risoluzione. Anche il richiamo, dell'art. 5, comma 3, del protocollo, alle disposizioni dell'art. 4, il quale prevede l'attivazione della clausola risolutiva espressa e la risoluzione di diritto del contratto (oltre alla applicazione di una penale a titolo di liquidazione forfettaria del danno), è da ritenersi circoscritto ai casi di informativa tipica, ossia di informativa, appunto, interdittiva, e non va esteso alle ipotesi di informativa atipica. La informativa atipica non giustifica, insomma, una risoluzione automatica del contratto ma, solamente, una risoluzione previa discrezionale e motivata valutazione del CG.

Dall'esame del Protocollo di Legalità nel suo complesso (v., in particolare, gli articoli 1, 4 e 5, trascritti al p. 1.1.) è da ritenere che la risoluzione automatica del contratto, senza alcuna possibilità di valuta-

zione da parte della stazione appaltante, entri in funzione solo in presenza di informativa prefettizia tipica, e non anche, come detto, nel caso di informativa supplementare (conf., su fattispecie per certi versi analoga, Cons. St., sez. VI, n. 3999/2011, dal p. 7.3., cui si rinvia anche ai sensi e per gli effetti degli articoli 60, 74 e 88, comma 2/d) del c.p.a., anche là dove si statuisce che “del resto, anche il dato logico induce a tale conclusione dato che l’informativa atipica è istituito non direttamente previsto dalla legge, che richiede una delicata valutazione caso per caso, e non sarebbe perciò logico introdurre un automatismo caducatorio del contratto a fronte di una informativa atipica che necessita un adeguato vaglio critico che risulti da una congrua motivazione., non potendo, una risoluzione automatica, derivare se non da fattispecie puntualmente definite dal legislatore, ipotesi che, in quanto tali, consentono di ritenere (con ragionevolezza) vincolata l’attività dell’amministrazione e che, imponendosi come *factum principis*, legittimano la risoluzione del rapporto contrattuale. Nel caso di specie, pertanto, era necessario, prima di procedere alla risoluzione del contratto, valutare se l’informativa atipica concretasse elementi inerenti al tentativo di infiltrazione mafiosa. Siffatta valutazione è completamente mancata da parte della pubblica amministrazione”: così, in modo condivisibile, Cons. St., n. 3999/2011 cit. , p. 7.8.).

Da ciò consegue che il CG Empedocle, anziché presupporre l’esistenza di un automatismo dato da “informativa atipica positiva / risoluzione di diritto del contratto” (salvo il profilo motivazionale “aggiuntivo” sull’esigenza di rispettare in modo scrupoloso il Codice Eti-

co del Gruppo CMC, su cui v. *infra*), avrebbe dovuto sottoporre ad esplicita valutazione critica il peso e la rilevanza, al fine in parola, degli elementi di apprezzamento forniti dalle Prefetture, il che non è stato fatto.

Del resto, sulla attribuzione, alla stazione appaltante destinataria di una informativa atipica, di spazi valutativi sulla incidenza effettiva degli elementi di apprezzamento forniti dalla Prefettura nella procedura di riferimento, v. Cons. St., sez. VI, nn. 2014/08 e 1948/07, e sez. V, n. 1310/08: l'informativa antimafia atipica, ancorché non sia priva di effetti nei confronti delle amministrazioni, non ne comprime integralmente le capacità di apprezzamento, con la conseguenza che i provvedimenti di mantenimento o di risoluzione del rapporto sono comunque il frutto di una scelta motivata della stazione appaltante. E se è vero che occorre un'ampia motivazione soprattutto quando, nonostante la informativa atipica, si decida di instaurare o proseguire il rapporto con l'impresa, è altrettanto vero che in ogni caso la stazione appaltante non può considerarsi esonerata dal procedere alla suddetta valutazione, con conseguente illegittimità di provvedimenti sfavorevoli (ad es., esclusioni da procedure di gara) disposti in via automatica.

Conformemente a quanto appena detto, l'art. 24, comma 4, del contratto di sub affidamento (su cui v. sopra, p. 1.1.) va interpretato nel senso che l'automatica efficacia interdittiva, e la risoluzione di diritto del contratto, vanno ricondotte alla sola ipotesi - stabilita dalla legge - di informativa prefettizia tipica. Del resto, lo stesso art. 24 stabilisce che il sistema sanzionatorio è quello contenuto nel protocollo

di intesa (*recte*, di legalità), con il quale è stato convenuto che il CG si impegna a valutare le informative atipiche ai fini della eventuale revoca dell'affidamento o del sub affidamento o dell'autorizzazione al sub affidamento. Diversamente opinando, qualora si ritenga che nel contratto sia stabilito che le informative prefettizie atipiche abbiano automatica efficacia interdittiva, la clausola così interpretata non potrebbe non essere ritenuta invalida per violazione di norme inderogabili e del protocollo di legalità, che non ammettono un automatico effetto interdittivo a seguito di una informativa prefettizia atipica, esigendo che il soggetto destinatario della informativa supplementare proceda alla discrezionale e motivata valutazione delle risultanze della nota atipica.

20. Quanto all'elemento motivazionale aggiuntivo dell'atto di risoluzione, che riguarda l'esigenza di rispettare in modo scrupoloso il Codice Etico del Gruppo CMC, nella parte in cui è previsto che il Gruppo non intrattiene relazioni dirette, o indirette, con persone delle quali sia conosciuta, o sospettata, l'appartenenza ad organizzazioni criminali, in primo luogo si tratta di una causa di risoluzione del contratto che esula da ipotesi normativamente sancite. In ogni caso, pur tenendo conto dell'elevato livello di onorabilità richiesto dal Codice Etico, per le ragioni viste sopra non emergono elementi indiziari tali da sorreggere la disposta risoluzione, sul piano motivazionale, anche sotto il profilo appena indicato. Il fatto che l'atto di risoluzione del 4 gennaio 2012 trovi giustificazione (anche) nella dichiarata esigenza di rispettare in modo scrupoloso il codice etico del Gruppo CMC non vale a sovvertire la decisione del TAR.

21. Per le ragioni su esposte va accolto in parte l'appello incidentale del Rizzo: la risoluzione impugnata è illegittima anche perché gli elementi di apprezzamento forniti dalla Prefettura di Agrigento avrebbero dovuto formare oggetto di valutazione critica da parte del CG, mentre così non è stato. Inoltre, il riferimento, contenuto nella motivazione dell'atto del 4 gennaio 2012, alla esigenza di rispettare in modo scrupoloso il Codice Etico del Gruppo CMC appare di per sé ininfluenza e comunque insufficiente per giustificare la disposta risoluzione del contratto.

22. Arrivati a questo punto appare utile chiarire e precisare, alla luce delle motivazioni che sostengono la sentenza di primo grado e la presente decisione, che l'annullamento va delimitato all'atto principale impugnato in primo grado, vale a dire alla risoluzione del contratto del 4 gennaio 2012, e alle informative atipiche citate, e non si estende né al Protocollo di Legalità, né all'art. 24 del contratto di sub affidamento, e neppure al codice etico del Gruppo CMC.

23. L'esito della controversia, favorevole al Rizzo, si esaurisce però qui.

E infatti, le domande del Rizzo rivolte a far dichiarare l'efficacia del contratto di sub affidamento Calcestruzzi / Rizzo del 1° aprile 2011 e, correlativamente, la inefficacia dell'eventuale contratto di trasporto di materiali inerti stipulato con terzi (contratto di cui non si ha peraltro notizia), previo annullamento dell'eventuale autorizzazione alla stipula; e l'articolata domanda di risarcimento dei danni non possono trovare allo stato accoglimento atteso che - indipendentemente, e

prima, da qualsiasi considerazione su elemento soggettivo e quant'altro specificato nelle difese del Rizzo -, resta salvo il riesercizio dell'azione amministrativa, con particolare riguardo al potere prefettizio di sollecitare gli organi di polizia a compiere approfondimenti istruttori e di indagine ulteriori nei confronti del Rizzo.

24. Ogni altro motivo o eccezione, di rito o di merito, può essere assorbito in quanto influente e irrilevante ai fini della presente decisione.

25. Nelle peculiarità e in taluni profili di complessità della controversia, oltre che nell'esito complessivo della stessa si ravvisano, in base al combinato disposto di cui agli articoli 26, comma 1, c.p.a. e 92, comma 2, c.p.c., eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese del grado di giudizio tra le parti.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, definitivamente decidendo sull'appello principale e sull'appello incidentale in epigrafe:

- a) rigetta l'appello principale;
- b) accoglie in parte l'appello incidentale e per l'effetto accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti impugnati entro i limiti indicati in motivazione;
- c) compensa integralmente tra le parti le spese del grado di giudizio.

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

Così deciso in Palermo dal Consiglio di Giustizia Amministra-

tiva per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, nella camera di consiglio del 27 marzo 2013, con l'intervento dei signori: Rosanna De Nictolis, Presidente, Antonino Anastasi, Marco Buricelli, estensore, Pietro Ciani, Giuseppe Mineo, componenti.

F.to Rosanna De Nictolis, Presidente

F.to Marco Buricelli, Estensore

Depositata in Segreteria

8 maggio 2013