

N. 04447/2014REG.PROV.COLL.

N. 02689/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2689 del 2014, proposto da:
Sa.Ma S.r.l. in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.
Francesco Marascio, Girolamo Rubino e Leonardo Cucchiara, con domicilio eletto presso
Francesco Marascio in Roma, via Giovan Battista Martini, n.2;

contro

U.T.G. - Prefettura di Agrigento, Area 1[^] Ordine e Sicurezza Pubblica in persona del Prefetto pro
tempore, Ufficio Commissario per la Realizzazione degli Interventi per la Mitigazione del Rischio
Idrogeologico nella Regione Sicilia in persona del rappresentante legale pro tempore; Ministero
dell'Interno in persona del Ministro pro tempore, tutti rappresentati e difesi per legge dall'
Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

nei confronti di

Consorzio Stabile Vitruvio S.C.Ar.L., Siar Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA SEZIONE I° n. 00191/2014

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2014 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti

gli avvocati Clarizia su delega di Rubino e dello Stato Collabolletta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - L'Ufficio del commissario straordinario ex O.P.C.M. delegato per l'attuazione degli interventi previsti nell'accordo di programma siglato il 30 marzo 2010, per la mitigazione del rischio idrogeologico nella Regione Sicilia, aveva avviato, con proprio decreto 24 maggio 2012, n. 238, una procedura, riguardante l'esecuzione delle "*opere di consolidamento e protezione centrale idroelettrica Ilda Cavagrande del Cassibile*", per un importo di € 455.205,25, oltre IVA.

La commissione di gara completava i propri lavori il 4 luglio 2012 ed indicava, come prima classificata, l'impresa Sa.Ma. S.r.l., a favore della quale, il successivo 24 luglio, veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria.

Il commissario richiedeva al prefetto di Agrigento informazioni sulla Sa.Ma., ex art. 10 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252; questi, con la nota 4 settembre 2012, n. 0032582, concludeva affermando il pericolo di permeabilità a possibili tentativi di infiltrazione mafiosa nella gestione della Sa.Ma..

Con decreto 19 settembre 2012, n. 478, il commissario disponeva quindi la revoca del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e, con nota 26 settembre 2012, n. 3692, chiedeva alla Elba Assicurazioni S.p.A. l'escussione della polizza fideiussoria n. 387531, prodotta in gara dalla ricorrente quale "*cauzione provvisoria*" ex art. 75 d. lgs. 163/06.

La Sa.Ma S.r.l. impugnava allora l' "*informativa atipica*", la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e l'escussione della cauzione, e, in seguito, con motivi aggiunti, il diniego espresso dalla prefettura di Agrigento sull'istanza di aggiornamento dell'informativa, ex art. 10, VIII comma, del d.P.R. 252/98, infine il decreto commissariale 3 dicembre 2012, n. 661, con cui era stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore del Consorzio Stabile Vitruvio s.c. a r.l..

Il Tar Lazio, con la sentenza appellata, respingeva il ricorso ed i motivi aggiunti evidenziando una serie di circostanze che giustificavano l'adozione della informativa atipica da parte del prefetto e del commissario ed incentrate in particolare sulla figura del Sciara Salvatore, padre di Sciara Tommaso e Sciara Monica, più volte indagato e sospetto di legami e frequentazioni con ambienti della malavita organizzata appartenenti a "cosa nostra" .

2. - Nell'atto di appello la soc. Sa.Ma., stante l'intervenuto completamento dell'esecuzione del contratto da parte del secondo classificato, Consorzio Stabile Vitruvio, risultato aggiudicatario definitivo, dichiara di limitare il *petitum* dell'appello all'annullamento della sentenza gravata al solo fine di ottenere il risarcimento per equivalente monetario oltre all'annullamento del provvedimento di cui alla nota n.3692 del 26.9.2012 recante l'escussione della cauzione provvisoria versata da Sa.Ma., chiedendo altresì il risarcimento del danno.

Nel merito la società appellante evidenzia la erroneità della sentenza del Tar per i seguenti motivi:

-il mero rapporto di parentela con soggetto appartenente alla criminalità organizzata, per giurisprudenza costante, non può essere sufficiente a sorreggere un giudizio di inidoneità morale di una impresa; in particolare il signor Sciara Salvatore, sulla cui posizione si incentra il giudizio

reiettivo del primo giudice, padre di Sciara Tommaso, già direttore tecnico della Sa.Ma. e di Monica Sciara, socio di minoranza della stessa società, è soggetto estraneo alla società appellante non rivestendo nella stessa alcuna carica, né rappresentativa, né di amministrazione attiva, sicché non era assolutamente in grado di determinare gli indirizzi e le scelte della società colpita dalla interdittiva atipica;

-il figlio del sopradetto Sciara Salvatore, Tommaso, si era dimesso da svariati mesi dalla carica di direttore tecnico della società Sa.Ma., la figlia Monica era un mero socio di minoranza e quindi entrambi non erano in grado di influire sulle scelte societarie;

-il fatto che Sciara Salvatore avesse il controllo di altre imprese non poteva considerarsi un elemento significativo in quanto tra le società del sopradetto e la società Sa.Ma. non vi era alcun legame;

-l'unica società che ha avuto la titolarità di una quota azionaria della Sa.Ma. è stata la soc. Tmg che tuttavia ha dismesso siffatta quota a partire dal gennaio 2012 e dunque anteriormente alla emanazione della informativa antimafia;

-quanto alla specifica posizione di Sciara Salvatore il primo giudice non avrebbe preso in considerazione quanto dichiarato dal Tribunale di Agrigento nel decreto n.36/03 del 10 giugno 2003 e dalla Corte di Appello di Palermo con il decreto n.333 del 2 luglio 2004, recanti entrambi il rigetto delle misure di prevenzione a carico dello Sciara Salvatore in quanto le frequentazioni dello stesso con soggetti controindicati venivano considerate non sintomatiche della appartenenza o vicinanza a consorterie mafiose essendo oggettivamente lontane nel tempo e lontane temporalmente tra di loro, mentre gli incontri erano plausibili in quanto tutti i soggetti operavano nello stesso ambito lavorativo;

-il castello di accuse contro Sciara Salvatore sarebbe più un ipotetico frutto di uno spunto investigativo che l'inequivoca risultanza di circostanze oggettive;

-la disciplina delle informazioni antimafia partecipa della medesima *ratio* delle misure di prevenzione e ne condivide i presupposti;

-il primo giudice sarebbe incorso in contraddittorietà rinunciando al proprio compito istituzionale nella parte in cui, da un lato ha affermato che gli elementi raccolti non conducevano univocamente ad un determinato esito favorevole o pregiudizievole alla ricorrente e dall'altro "*..che non può questo giudice affermare con assoluta certezza che la Sa.Ma. rappresenta un veicolo di infiltrazione mafiosa per le organizzazioni criminali*";

-l'informativa atipica per cui è causa, n.24100 del 19.6.2012, è stata trasmessa in due occasioni, il 19.6.2012 e il 3.9.2012, in riferimento a due diverse procedure ad evidenza pubblica di cui la società appellante era risultata aggiudicataria delle quali l'ultima è quella di cui si discute; in un caso, il commissario non ha ritenuto rilevante la informativa consentendo alla ricorrente di eseguire i lavori di consolidamento in Alcara Li Fusi (Me) che poi sono stati effettivamente ultimati, mentre con riferimento all'appalto *de quo*, relativo alla centrale elettrica della contrada Cavagrande del Cassibile in Aragona (Ag.), del tutto inopinatamente il commissario ha considerato la medesima informativa ritrasmessa il 3.9.2012 impeditiva all'aggiudicazione con evidente illogicità non rilevata dal primo giudice;

-quanto alla escussione della cauzione provvisoria, contraddittoriamente il primo giudice, da un lato afferma che la mancata stipula del contratto è frutto di una scelta puramente discrezionale del

commissario, dall'altro invece asserisce che siffatta omessa stipula è imputabile alla società appellante per carenza da parte di questa di un requisito di partecipazione, con la conseguenza che non potrebbe più parlarsi di scelta discrezionale bensì di atto vincolato non potendo risultare aggiudicataria una impresa carente di uno dei suddetti requisiti;

-irrelevanti sono le informazioni in ordine alla frequentazioni del signor Sciara Tommaso essendo, lo stesso, componente del comitato direttivo della sezione di Agrigento dell' associazione nazionale dei costruttori edili e presidente del gruppo giovani imprenditori edili e in tale qualità, frequentemente in contatto occasionale con numerosi soggetti in riferimento ai quali non gli è materialmente possibile conoscere le vicende personali e circostanze specifiche che possano fare desumere la vicinanza a consorterie mafiose;

-erroneamente si afferma negli atti di causa che per la partecipazione del signor Sorce Giuseppe nella Tmg vi sarebbe il pericolo di infiltrazione mafiosa nella società Sa.M.a. considerata la titolarità delle quote di detta società da parte dei signori Sciara Tommaso e Sciara Salvatore; tuttavia il Sorce Giuseppe cui si riferisce la Prefettura non è il Sorce Giuseppe, socio di Tmg, classe 1977, bensì altro soggetto omonimo;

- la Tmg è estranea ad ogni condizionamento mafioso come statuito, a proposito della interdittiva antimafia che l'aveva colpita, dallo stesso Consiglio di Stato (V, 28.2.2006 n.4135); del pari esente da condizionamenti mafiosi sarebbe la società Edil System;

-la condanna penale a carico di Saieva Salvatore, nonno dei signori Sciara Tommaso e Monica Sciara non presentava la aggravante della finalità mafiosa; lo stesso Saieva Salvatore è legato ai nipoti solo da un rapporto di parentela non rivestendo alcun ruolo societario né è titolare di quote della Sa.Ma..

Si sono costituiti in appello la Presidenza del Consiglio dei Ministri per il commissario delegato ex O.P.C.M., il Ministero dell'Interno, la Prefettura, l' Ufficio Territoriale del Governo di Agrigento depositando ampie memorie difensive e chiedendo il rigetto dell'appello.

In vista della udienza di trattazione la appellante ha depositato una ulteriore memoria difensiva.

L'appello è stato trattenuto dal Collegio per la decisione all'udienza del 3 luglio 2014.

3. - La società Sa.M.a. contesta in appello la legittimità della informativa atipica emessa nei suoi confronti deducendo la erroneità della sentenza del Tar del Lazio, che ha respinto le varie doglianze dalla stessa dedotte in primo grado.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, nel nostro ordinamento, la informativa antimafia c.d. atipica rinviene il suo fondamento normativo nel combinato disposto dell'art. 10, comma 9, del d.P.R. 252/1998 e dell'art. 1-septies, del d.l. 629/1982, convertito in legge 726/1982, nonché nell'art. 10, comma 7, lett. c), del d.P.R. 252/1998, che consente al prefetto autonomi accertamenti.

A differenza di quella c.d. tipica, l'informativa atipica non ha carattere direttamente interdittivo ma consente alla stazione appaltante una valutazione discrezionale in ordine all'avvio o al prosieguo dei rapporti contrattuali alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la amministrazione sicché la sua efficacia interdittiva può scaturire soltanto da un ulteriore filtro dato da una valutazione autonoma e discrezionale dell'amministrazione destinataria (cfr. Cons. Stato, III, 14 settembre 2011, n. 5130; VI, 28 aprile

2010, n. 2441; I, 25 febbraio 2012, n. 4774).

Pertanto 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 debbono essere comunque il frutto di una scelta motivata della stazione appaltante, assoggettabile 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.

Per il resto l'interdittiva antimafia atipica partecipa della stessa natura della interdittiva tipica trattandosi di una misura preventiva volta a colpire l'azione della criminalità organizzata impedendole di avere rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, prescinde dall'accertamento di singole responsabilità penali nei confronti dei soggetti che, nell'esercizio di attività imprenditoriali, hanno rapporti con la pubblica amministrazione e si fonda sugli accertamenti preventivamente compiuti dai diversi organi di polizia valutati, per la loro rilevanza, dal prefetto territorialmente competente. È espressione di ampia discrezionalità che può essere assoggettata al sindacato del giudice amministrativo solo sotto il profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati.

Essendo espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata, la misura interdittiva non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazione malavitosa e quindi del condizionamento in atto dell'attività di impresa, ma può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata.

In ogni caso non basta a dare conto del tentativo di infiltrazione il mero rapporto di parentela con soggetti risultati appartenenti alla criminalità organizzata (non potendosi presumere in modo automatico il condizionamento dell'impresa), ma occorre che l'informativa antimafia indichi, oltre al rapporto di parentela, anche ulteriori elementi dai quali si possano ragionevolmente dedurre possibili collegamenti tra i soggetti sul cui conto l'autorità prefettizia ha individuato i pregiudizi e l'impresa esercitata da loro congiunti. Infine gli elementi raccolti non vanno considerati separatamente, dovendosi piuttosto stabilire se sia configurabile un quadro indiziario complessivo dal quale possa ritenersi attendibile l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata.

4. - Sulla base di tali coordinate interpretative, ritiene la Sezione che l'appello sia infondato quanto alla richiesta di annullamento della revoca della aggiudicazione provvisoria, emergendo, dagli elementi raccolti dalla prefettura e dalla successiva valutazione operata dal commissario, la esistenza di elementi oggettivi che, al di là di oggettive colpevolezze e responsabilità dirette dei soggetti interessati, inducono a non escludere in concreto il pericolo di condizionamento della criminalità organizzata nei confronti della società, fondato su elementi indiziari significativi; tali elementi sono stati adeguatamente valutati dal Tar Lazio che ha respinto le doglianze sollevate in primo grado con motivazione congrua ed immune dai vizi rilevati.

Occorre infatti tener conto del contesto geografico e socio ambientale in cui la società opera che impone di dare rilievo, con valutazione complessiva, oltre che ai rapporti di parentela, alle

frequentazioni dei soggetti interessati con ambienti collegati con organizzazioni criminali, e soprattutto alle varie cointeressenze economiche dei soci nonché ai risalenti assetti societari.

Quanto ai rapporti di parentela, Tommaso e Monica Sciara sono figli di Sciara Salvatore, più volte inquisito (violenza privata, associazione a delinquere, turbativa della libertà degli incanti, reati contro la pubblica amministrazione) ed imputato nel procedimento penale n.270/2003 del Tribunale di Agrigento per i reati di cui all'agli artt. 110, e 353 c.p. con aggravante di cui all'art. 7 del d.l. n.152/1991. Per quanto assolto, il procedimento in cui è stato coinvolto il sopradetto non può considerarsi asintomatico e l'esito assolutorio non può considerarsi irrilevante nell'odierno contenzioso, non potendo tale esito neutralizzare gli elementi di segno negativo chiaramente emersi dalle indagini di polizia che ha evidenziato che le imprese riconducibili a Sciara Salvatore ed al di lui suocero Saieva Salvatore erano in varia misura coinvolte in illeciti accordi finalizzati a condizionare pubblici appalti e che i sopramenzionati erano legati ad altri soggetti, a loro volta integrati nella organizzazione criminale riferibile a "cosa nostra" (cfr. ordinanza applicativa della misura cautelare della custodi in carcere n.2401/99 R. GIP).

Anche alcune intercettazioni ambientali (tra le quali quelle effettuate nello studio della impresa di Pasquale De Francisci) evidenziavano i collegamenti con la criminalità organizzata della famiglia Sciara- Saieva.

Lo Sciara Salvatore veniva identificato in compagnia di soggetti pregiudicati con ruolo di spicco nella consorteria mafiosa di Favara ed anche il suocero dello stesso, Saieva Salvatore, era stato interessato da numerose vicende giudiziarie ascrivibili a reati di tipo mafioso (turbativa d'asta aggravata ed in concorso) sebbene non avesse riportato specifiche condanne penali; in ogni caso, come si evince dalla note informative della legione dei Carabinieri Sicilia, era ritenuto soggetto di interesse da parte delle forze dell'ordine nella loro attività di contrasto al crimine organizzato di stampo mafioso.

Il signor Sciara Tommaso veniva identificato frequentemente dalle forze dell'ordine a bordo di vetture insieme a personaggi vicini alla locale consorteria mafiosa di Favara ed in specie ai fratelli Giuseppe ed Antonio Milioti, figli dell'esponente mafioso Carmelo Milioti, deceduto a seguito di omicidio di stampo mafioso e vicino agli ambienti di "cosa nostra" ed in particolare al filone facente capo al noto esponente mafioso Brusca Giovanni; lo stesso Sciara Tommaso riceveva in dono due fucili da caccia da Caramazza Giuseppe, classe 1951, condannato dalla Corte di Appello di Palermo con sentenza n.3417/2011 ad anni otto di reclusione per reati di tipo mafioso e riciclaggio nonché sottoposto a misura di sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e sottoposto a misure di prevenzione e sequestro di beni.

Assume l'appellante che Sciara Tommaso, all'epoca della emissione della informativa di cui è causa, si era dimesso già dal marzo 2012 dalla carica di direttore tecnico della Sa.M.a. e che la signora Sciara Monica, sempre all'epoca della informativa, era un mero socio di minoranza della società appellante.

Tali considerazioni dell'appellante non appaiono determinanti ai fini della valutazione della interdittiva in esame.

Occorre infatti evidenziare che la società Sa.Ma. era stata costituita dal 20 settembre 2010 ed amministrata da Ciulla Gabriele (classe 1986) con un capitale sociale di 60.000,00 euro suddiviso in due quote di proprietà di TMG Costruzioni e Sciara Monica e con direttore tecnico Sciara Tommaso e Calogero Ciglia. La soc. Tmg Costruzioni s.r.l. era stata costituita in data 19.12.2001 dall'acquisizione della società Impresud s.r.l. il cui titolare era il sig. Sciara Salvatore, padre del

predetto Sciara Tommaso, direttore tecnico della Sa.Ma. nonché amministratore unico della Tmg Costruzioni s.r.l..

Pertanto, come rilevato dalla difesa erariale, era lecito presumere che la acquisizione della società Impresud da parte della Tmg Costruzioni, la cessione di quota del capitale della Sa. Ma. da parte della Tmg Costruzione, le dimissioni dalla carica di direttore tecnico del predetto Sciara Tommaso siano state operazioni poste in essere al fine di eludere la normativa sulla certificazione antimafia in quanto a carico di Sciara Salvatore figuravano non poche vicende giudiziarie e rilevanti frequentazioni con pregiudicati, tali da fare ritenere plausibile che lo stesso abbia messo in essere il tentativo di proseguire o instaurare rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione attraverso le aziende dei figli, eludendo accertamenti diretti, ma mantenendo nelle proprie mani la sostanziale conduzione delle imprese.

Deve quindi condividersi quanto sostenuto dall'appellata Presidenza del Consiglio che se i legami parentali in sé considerati non possono essere ritenuti idonei a supportare autonomamente una informativa interdittiva, diverso è il caso in cui, accanto ed in aggiunta ai legami familiari, in un particolare contesto geografico e socio economico come quello in cui opera la impresa interessata, emerga anche un intreccio di cointeressenze sospette dal quale sia comunque possibile desumere nello sfondo la presenza di soggetti malavitosi e l'oggettivo pericolo di condizionamento mafioso.

D'altro canto, come rilevato precedentemente e come pacifico in giurisprudenza, nella specie non si impone un livello di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare la appartenenza ad associazioni di tipo camorristico o mafioso, potendosi basare la valutazione della stazione appaltante su elementi di carattere meramente sintomatico, anche risalenti nel tempo, indipendentemente dall'accertamento di responsabilità attribuite ai soggetti interessati.

Quanto poi ad alcune circostanze invocate dalla società che attesterebbero l'attività svolta dai germani Tommaso e Monica Sciara nel contrasto alla criminalità mafiosa, peraltro anch'essi vittime di atti intimidatori, occorre considerare che le vicende evidenziate si riferiscono ad un periodo temporale successivo al rilascio dell'informativa antimafia atipica oggetto del presente giudizio e come tali non sono entrate nel processo valutativo che ha portato alla emissione dei provvedimenti impugnati; al più, tali circostanze possono legittimare la società alla richiesta di un riesame ed aggiornamento della propria posizione ma non possono incidere sulla legittimità degli atti adottati a suo tempo dalla prefettura e dal commissario straordinario.

5. - Sa.M.a. lamenta in appello che sebbene il prefetto avesse avanzato nei suoi confronti due volte, note di pari contenuto in relazione a due procedure di gara, il commissario delegato abbia ritenuto non rilevante l'informativa del 19.6.2012, consentendo alla ricorrente di eseguire i lavori di consolidamento aree, ripristino scoli e canali esistenti con regimentazione acque, contrada Cappuccini in Alcara Li Fusi ultimati in data 26.10.2012, salvo poi a ritenere, contraddittoriamente, la stessa informativa ritrasmessa il 3.9.2012, ostativa all'aggiudicazione del diverso appalto di consolidamento protezione della centrale idroelettrica, contrada Cavagrande del Cassibile.

La Sezione ritiene che nella specie, la denunciata contraddittorietà non sussista in quanto la prima informativa è giunta quando i lavori ragionevolmente avevano avuto un inizio, mentre la informativa trasmessa nuovamente il 3.9.2012, ostativa all'aggiudicazione dell'appalto in esame relativo alla protezione della centrale idroelettrica, è giunta quando la Sa.Ma. era solo aggiudicataria provvisoria dei lavori. Nel primo caso si è ritenuto prevalente l'interesse pubblico a mantenere il rapporto contrattuale in atto per consentire prosecuzione dei lavori, nel secondo caso, rivestendo l'aggiudicataria provvisoria Sa.Ma. una semplice aspettativa alla aggiudicazione definitiva, il ritiro dell'atto di aggiudicazione provvisoria era giustificato dal diverso contesto oltre che giuridico,

fattuale in cui lo stesso interveniva.

6. - Per quanto riguarda la decisione di escutere la cauzione provvisoria il provvedimento del commissario richiama l'articolo 13 della lettera di invito secondo cui, in caso di mancata prova della sussistenza anche di una sola delle condizioni di partecipazione dichiarate, il commissario straordinario dispone la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e l'incameramento della relativa cauzione.

Il Tar ha ritenuto che una volta concluso che la Sa.Ma. presentava specifici rischi di infiltrazioni mafiose, alla stessa andasse imputata la mancata stipulazione del contratto definitivo per la carenza di un requisito di partecipazione: da ciò la legittima decisione di procedere anche all'escussione della cauzione non potendosi imputare alla amministrazione se non si era pervenuti ad un provvedimento definitivo ed alla stipula del contratto.

Secondo la appellata difesa erariale l'incameramento della cauzione sarebbe coerente con la funzione della medesima, essendo uno strumento che ha la finalità di responsabilizzare i partecipanti alle gare pubbliche in ordine alle dichiarazioni rese, sì da garantire la serietà e l'affidabilità delle offerte. Di talché la escussione sarebbe conseguenza sanzionatoria ed automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti e alle ragioni che l'amministrazione abbia ritenuto di porre a giustificazione della esclusione medesima.

La Sezione ritiene, come già evidenziato nella ordinanza pronunciata in sede cautelare, che le doglianze della società riferite all'incameramento della cauzione provvisoria, meritino accoglimento.

L'art. 75 co.6 del d.lgs. n.163/2006 prevede che "...la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario..."; l'articolo 13 della lettera di invito, come prima evidenziato, prevede che in caso di mancata prova della sussistenza anche di una sola delle condizioni di partecipazione dichiarate, il commissario straordinario dispone l'incameramento della relativa cauzione.

Occorre richiamare alcuni principi più volte evidenziati nel corpo della sentenza in ordine alla natura della informative antimafia e condivisi integralmente dalla difesa erariale (che ha rinviato alla sentenza del Tar Sicilia, Palermo n.2250/2012) secondo i quali le informative antimafia non sono provvedimenti di carattere punitivo per l'adozione dei quali è necessario individuare un elemento di colpevolezza e responsabilità nei riguardi dei soggetti a cui sono rivolte, trattandosi di una forma eccezionale di tutela avanzata a presidio dell'ordine pubblico; come tali possono basarsi su circostanze, rilevanti su un piano oggettivo, ma del tutto indipendenti da specifiche colpe attribuite ai soggetti interessati.

Poiché nel caso trattasi di una informativa prefettizia atipica, priva di carattere direttamente interdittivo, che consente alla stazione appaltante l'attivazione degli ordinari strumenti di discrezionalità nel valutare l'avvio o il prosieguo dei rapporti contrattuali, la mancata stipula del contratto non può collegarsi direttamente al "fatto dell'affidatario" inteso come diretta imputabilità allo stesso della mancata stipula del contratto, né ad una sua carenza di requisiti e condizioni partecipative ex art. 38 codice degli appalti o alla non veridicità di quanto dichiarato in ordine alle condizioni di partecipazione, ma, al più, alla mancanza sopravvenuta di una condizione ostativa alla stipula del contratto, rimessa tuttavia alla valutazione della stazione appaltante, non prevedibile da parte dell'impresa, alla quale pertanto non può addebitarsi un comportamento colpevole.

Pertanto la mancata sottoscrizione del contratto in tali ipotesi non può considerarsi imputabile a “fatto dell'affidatario”, ed al più l'incameramento della cauzione postulerebbe una valutazione dei profili soggettivi connessi alla mancata stipula, con la verifica della necessaria componente soggettiva dell' inadempimento, nel caso mai effettuata dalla stazione appaltante.

7. - In conclusione in parziale riforma della sentenza di primo grado l'appello deve essere in parte accolto, quanto all'incameramento della cauzione provvisoria, respinto per il resto. Pertanto, il ricorso di primo grado deve essere in parte accolto, quanto all'incameramento della cauzione provvisoria, per il resto respinto, il provvedimento impugnato quanto all'incameramento della cauzione provvisoria deve essere in parte qua annullato. Deve essere respinta la richiesta risarcitoria.

8. - Atteso il parziale esito di accoglimento spese ed onorari del giudizio possono essere integralmente compensati tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando, in parziale riforma della sentenza di primo grado, accoglie in parte l'appello e per l'effetto annulla in parte il provvedimento originariamente impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **01/09/2014**

IL SEGRETARIO

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