

N. 03124/2014 REG.PROV.COLL.

N. 02896/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2896 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
-OMISSIS- s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini, con domicilio eletto in Milano, Largo Augusto, 3;

contro

Ministero dell'Interno, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato *ex lege* in Milano, Via Freguglia, 1;
Expo 2015 S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Greco e Manuela Muscardini, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, Piazzale Lavater, 5

per l'annullamento

- dell'informazione antimafia interdittiva emessa in data 11.9.2014 dal Prefetto di Milano, nonché della determinazione del 6.10.2014, con cui l'amministratore delegato della società Expo 2015 S.p.A. ha disposto: 1) di risolvere con effetto immediato il contratto d'appalto stipulato in data 14.7.2014, relativo all'affidamento dei lavori di riqualificazione dell'edificio di proprietà del Comune di Milano sito in Via Pierfrancesco Cittadini, n. 2/A, angolo Maria Drago in Milano, per la realizzazione della centrale operativa di sicurezza di Expo 2015 ("*Eccc Expo control and command centre*"); 2) che il direttore dei lavori rediga la contabilità finale sulla base dello stato di consistenza e che, con l'assistenza del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione, assicuri lo sgombero immediato del cantiere da parte dell'appaltatore, provvedendo alla ripresa in consegna dell'immobile ai fini del successivo affidamento; 3) di applicare nei confronti della ricorrente la sanzione pecuniaria di €. 29.413,98 – corrispondenti al 5% dell'importo del corrispettivo previsto dal contratto – procedendo mediante trattenuta della medesima a valere sullo stato di avanzamento dei lavori fino al 13.9.2014, equivalente a quello finale, riservandosi di versare il predetto importo, al netto dei maggiori costi sostenuti, per un nuovo affidamento dei lavori sul conto corrente dedicato, attivato dalla stazione appaltante in conformità all'art. 7, comma 5 del Protocollo di Legalità; della nota della Prefettura dell'11.9.2014 di trasmissione alla società Expo 2015 S.p.A. dell'informativa, del verbale di sospensione dei lavori del 15.9.2014, della nota Expo S.p.A. del 18.9.2014, della disposizione di servizio del 12.9.2014 del responsabile del procedimento, della nota del 16.9.2014 del direttore dei lavori, della nota della Prefettura del 23.9.2014, della relazione riservata del 14.1.2013; della richiesta di offerta emessa in data 12.2.2014, della comunicazione di aggiudicazione del 9.4.2014, del contratto di appalto, delle linee guida per i controlli antimafia connessi allo svolgimento di Expo 2015, del Protocollo di Legalità tra società Expo 2015 S.p.A. e Prefettura di Milano sottoscritto in data 13.2.2012; di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto, nonché per la condanna al risarcimento del danno, ovvero, in subordine, al pagamento dell'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies: atti impugnati con il ricorso principale;

- della nota ANAC del 16.10.2014 e delle valutazioni espresse dal Gruppo Ispettivo Antimafia (GIA) e dal Gruppo interforze centrale per Expo (GICEX) nelle riunioni dell'11.7.2014 e 21.8.2014: atti impugnati con ricorso per motivi aggiunti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e della società Expo 2015 S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 52 D.lgs. 30.6.2003 n. 196, commi 1 e 2;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2014 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente proposto la società -OMISSIS- s.r.l. ha impugnato, chiedendone l'annullamento, l'informazione antimafia interdittiva emessa in data 11.9.2014 dal Prefetto di Milano, nonché la determinazione del 6.10.2014 con cui l'amministratore delegato della società Expo 2015 S.p.A. ha disposto: 1) di risolvere con effetto immediato il contratto d'appalto stipulato in data 14.7.2014, relativo all'affidamento dei lavori di riqualificazione dell'edificio di proprietà del Comune di Milano sito in Via Pierfrancesco Cittadini, n. 2/A, angolo Maria Drago in Milano, per la realizzazione della centrale operativa di sicurezza di Expo 2015 ("Eccc Expo control and command centre"); 2) che il direttore dei lavori rediga la contabilità finale sulla base dello stato di consistenza e che, con l'assistenza del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione, assicuri lo sgombero immediato del cantiere da parte dell'appaltatore, provvedendo alla ripresa in consegna dell'immobile ai fini del successivo affidamento; 3) di applicare nei confronti della ricorrente la sanzione pecuniaria di €. 29.413,98 – corrispondenti al 5% dell'importo del corrispettivo previsto dal contratto – procedendo mediante trattenuta della medesima a valere sullo stato di avanzamento dei lavori fino al 13.9.2014, equivalente a quello finale, riservandosi di versare il predetto importo, al netto dei maggiori costi sostenuti, per un nuovo affidamento dei lavori sul conto corrente dedicato, attivato dalla stazione appaltante in conformità all'art. 7, comma 5 del Protocollo di Legalità; la nota della Prefettura dell'11.9.2014 di trasmissione alla società Expo 2015 S.p.A. dell'informativa, il verbale di sospensione dei lavori del 15.9.2014, la nota Expo S.p.A. del 18.9.2014, la disposizione di servizio del 12.9.2014 del responsabile del procedimento, la nota del 16.9.2014 del direttore dei lavori, la nota della Prefettura del 23.9.2014, la relazione riservata del 14.1.2013; la richiesta di offerta emessa in data 12.2.2014, la comunicazione di aggiudicazione del 9.4.2014, il contratto di appalto, le linee guida per i controlli antimafia connessi allo svolgimento di Expo 2015, il Protocollo di Legalità tra società Expo 2015 S.p.A. e Prefettura di Milano sottoscritto in data 13.2.2012, nonché ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto.

La società ricorrente ha, inoltre, proposto domanda di risarcimento dei danni derivanti dagli impugnati provvedimenti, con riserva di quantificazione in corso di causa, ovvero, in via subordinata, la condanna delle resistenti al pagamento dell'indennizzo di cui all'art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, e ciò secondo valutazione equitativa ovvero mediante l'applicazione dei criteri di cui all'art. 34, comma 4 del codice del processo amministrativo.

Si trattava, nella specie, di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, indetta il 12.2.2014 ai sensi degli artt. 57, comma 6 e 122, comma 7 del D.lgs. 163/2006, con un importo a base d'asta stimato in €. 859.847,94 (di cui €. 41.353,61 per oneri della sicurezza), con prevista aggiudicazione mediante l'applicazione del criterio del massimo ribasso sui lavori "a corpo", questi ultimi da ultimarsi entro 180 giorni naturali consecutivi decorrenti dal verbale di consegna.

A seguito dell'invito di tredici imprese, hanno presentato domanda di partecipazione sette concorrenti, e la ricorrente si è provvisoriamente aggiudicata l'appalto con un ribasso del 33,179% (seconda classificata è stata l'impresa Ravelli s.r.l. con un ribasso del 27,717%).

Poiché il numero delle offerte pervenute era inferiore a dieci (il che non consentiva di applicare l'esclusione automatica delle offerte), la stazione appaltante ha chiesto alla ricorrente, per il tramite della società Metropolitana Milanese S.p.A., di trasmetterle gli elementi necessari a valutare la congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 86, comma 3 del D.lgs. 163/2006.

È stata, pertanto, disposta l'aggiudicazione definitiva in data 4.4.2014 (comunicata alla ricorrente in data 9.4.2014); la consegna dei lavori è intervenuta in via d'urgenza il 30.4.2014 e il contratto di appalto è stato stipulato il 14.7.2014.

A fondamento dell'impugnazione sono stati dedotti i seguenti motivi:

1°) violazione e falsa applicazione degli artt. 84, 91 e 94 del D.lgs. 159/2011, dell'art. 3 *quinqües* del D.L. 135/2009, convertito nella legge 166/2009, delle linee guida per i controlli antimafia, delle disposizioni di cui al D.L. 90/2014, convertito nella legge 114/2014; eccesso di potere per contraddittorietà manifesta, difetto d'istruttoria e travisamento;

2°) violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e seguenti e dell'art. 21 bis della legge 241/1990, nonché dei principi in materia di revoca degli atti amministrativi, dell'art. 94 del D.lgs. 159/2011, dell'art. 13 del contratto di appalto, dell'art. 23 della Costituzione; eccesso di potere per difetto dei presupposti, difetto d'istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, illegittimità manifesta.

La società ricorrente ha, inoltre, proposto istanza istruttoria per ottenere la "*esibizione (...) degli atti dei procedimenti che hanno condotto all'adozione dei provvedimenti impugnati*", con espressa riserva di proporre motivi aggiunti.

Si è costituito, con memoria formale (31.10.2014), il Ministero dell'Interno.

A seguito dell'accesso ai documenti, in riscontro all'istanza presentata alla stazione appaltante in data 17.9.2014, la società -OMISSIS- s.r.l. ha proposto, in data 6.11.2014, ricorso per motivi aggiunti, con cui ha, altresì, impugnato la nota ANAC del 16.10.2014 e "*le valutazioni espresse dal Gruppo Ispettivo Antimafia e dal GICEX nelle riunioni dell'11 luglio 2014 e del 21 agosto 2014, richiamate nell'interdittiva*", deducendo:

1° motivo aggiunto) violazione e falsa applicazione degli artt. 84, 91, 94 e 95 del D.lgs. 159/2011, degli artt. 2 e 3 della legge 241/1990, degli artt. 24, 41 e 97 della Costituzione; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, contraddittorietà manifesta, travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, sviamento e ingiustizia manifesta;

2° motivo aggiunto) violazione e falsa applicazione degli artt. 84, 91, 94 e 95 del D.lgs. 159/2011, degli artt. 24, 41 e 97 della Costituzione; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, contraddittorietà manifesta, travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, sviamento e ingiustizia manifesta;

3° motivo aggiunto) violazione e falsa applicazione del D.L. 90/2014, convertito nella legge 114/2014, degli artt. 84, 91, 94 e 95 del D.lgs. 159/2011, degli artt. 24, 41 e 97 della Costituzione, dell'art. 14 e del protocollo n. 12, art. 1 della convenzione europea dei diritti dell'Uomo (divieto generale di discriminazione), degli artt. 17 e 18 della medesima convenzione (divieto dell'abuso del diritto); eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, contraddittorietà manifesta, travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, sviamento e ingiustizia manifesta;

4° motivo aggiunto) violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e seguenti e dell'art. 21 bis, *quinqües* e *nonies* della legge 241/1990, degli artt. 84, 91, 94 e 95 del D.lgs. 159/2011; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, contraddittorietà manifesta, travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, sviamento e ingiustizia manifesta.

Quanto alla domanda di risarcimento dei danni derivanti dagli impugnati provvedimenti, la ricorrente si è riservata "*di quantificare nel prosieguo la richiesta*" (cfr. pag. 34).

La domanda cautelare, proposta anche con richiesta di misura monocratica, è stata motivata, oltre che sulla fondatezza in diritto del ricorso, sul pregiudizio connesso "*alle procedure di gara ancora in corso e nelle quali la società risulta concorrente e/o aggiudicataria, il cui riflesso negativo più immediato andrebbe ad incidere irrimediabilmente sulla sfera giuridico-patrimoniale sia della ricorrente che dei lavoratori della stessa*" (cfr. pag. 35).

Con decreto presidenziale n. 1509 del 10.11.2014 è stata respinta la domanda di concessione della misura cautelare monocratica, con la seguente motivazione: "*rilevato: che dalla nota interdittiva antimafia firmata dal Prefetto di Milano emerge: 1) che il rappresentante della società ricorrente signor -OMISSIS- è il fratellastro del signor -OMISSIS-; 2) che egli è stato amministratore unico della soc. -OMISSIS-s.r.l. alla quale carica è stato sostituito dal signor -OMISSIS-; 3) che il signor -OMISSIS- consta essere stato denunciato dai Carabinieri della Stazione di Nicotera per porto abusivo di armi nel 1996; che è stato raggiunto da un avviso orale da parte del Questore di Vibo Valentia nel 1998; che è stato condannato a un anno e quattro mesi di reclusione dal Tribunale della stessa città per bancarotta fraudolenta nel 2004; 4) che il signor -OMISSIS- è stato indagato e poi arrestato in data non segnalata per reati in materia finanziaria; 5) che fra i dipendenti della società ricorrente è stato individuato il signor -OMISSIS-, raggiunto da un provvedimento di sequestro da parte del G.I.P del Tribunale di Vibo Valentia per intestazione fittizia di beni; che lo stesso era stato in precedenza amministratore unico e poi liquidatore della soc. -OMISSIS-s.r.l.; 6) che, infine, era stato individuato fra i dipendenti anche il signor -OMISSIS-, padre di -OMISSIS- e fratellastro del signor -OMISSIS-; ritenuto: che alla luce delle indagini svolte, dei precedenti indicati e dei collegamenti tra le due famiglie non pare allo stato emergere il rischio di un'infiltrazione della malavita, non essendo allo stato sufficienti le segnalate frequentazioni di pregiudicati e, in*

particolare, di soggetti appartenenti al clan -OMISSIS-; considerato: che, tuttavia, è stata già disposta in data 6.10 u.s. la risoluzione del contratto con la ricorrente con invito rivolto al Direttore dei lavori di redigere la contabilità finale sulla base dello stato di consistenza e con applicazione della sanzione pecuniaria alla ricorrente”.

In data 18.11.2014 il Ministero ha depositato una memoria con cui ha, in particolare, opposto che *“la sussistenza di un pericolo di infiltrazione mafiosa è stata desunta da un quadro indiziario più ampio, in cui sicuramente le frequentazioni dei pregiudicati da parte dell’amministratore unico della società ricorrente hanno giocato un ruolo estremamente importante, data la loro frequenza e l’ampio arco temporale in cui sono state rilevate”* (cfr. pag. 2).

Si è costituita in giudizio la società Expo 2015 S.p.A. (18.11.2014), la quale ha, preliminarmente, eccepito l’inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione in relazione all’impugnazione del provvedimento di risoluzione del contratto di appalto; sempre in via preliminare ha eccepito l’inammissibilità del ricorso in quanto la ricorrente non avrebbe impugnato la determinazione del 6.11.2014 nella parte in cui *“Expo ha addebitato all’appaltatrice di aver avuto un andamento rallentato e inadeguato nell’esecuzione dell’appalto, nonché di essere inadempiente rispetto alle incombenze amministrative che le spettavano”* (cfr. pag. 5); nel merito ha opposto che, una volta emessa l’informativa antimafia, la stazione appaltante *“riveste il ruolo di mero esecutore”* (cfr. pag. 6), il che renderebbe infondate le censure mosse alla violazione delle prerogative di partecipazione procedimentale, *“trattandosi di attività completamente vincolata”* (cfr. pag. 7), e che, infine, la disposta risoluzione contrattuale avrebbe costituito una decisione inevitabile sulla scorta della valutazione circa l’impossibilità di commissariare l’esecuzione dei lavori ai sensi dell’art. 32, comma 10 del D.L. 90/2014 (cfr. pag. 8).

Nella memoria dell’1.12.2014 la società ricorrente ha ribadito che *“l’assenza di alcun controllo (id est accertamento della frequentazione con soggetti pregiudicati) successivamente al 2009”* comproverebbe l’illegittimità dell’impugnata informativa e dei provvedimenti successivamente assunti dalla stazione appaltante.

All’udienza in Camera di Consiglio del 3 dicembre 2014 il Collegio ha dato avviso ai difensori delle parti della possibile definizione nel merito della controversia, e, in assenza di opposizioni, la causa è stata trattenuta per la decisione dopo la discussione finale.

DIRITTO

Preliminarmente, vanno esaminate le eccezioni di inammissibilità opposte dalla stazione appaltante.

Quest’ultima, in particolare, ha eccepito il difetto di giurisdizione *“per quanto concerne il rapporto contrattuale con Expo”* (cfr. pag. 3), segnatamente riferendosi alla determinazione dell’amministratore delegato del 6.10.2014, con cui si è disposta la risoluzione del contratto di appalto: un provvedimento che la società ricorrente, dopo un primo inquadramento (nel ricorso principale) come atto di autonomia privata, avrebbe diversamente qualificato, nel ricorso per motivi aggiunti, come una *“revoca o annullamento del precedente affidamento”*.

Rileva, a tal proposito, il Collegio che la disposta risoluzione contrattuale è stata – inoltre – motivata sul presupposto che non sarebbero stati ravvisati i presupposti per l’applicazione delle misure straordinarie previste dall’art. 32, comma 10 del D.L. 90/2014 (convertito nella legge 114/2014).

Poiché tale profilo è oggetto del terzo motivo aggiunto, si ritiene di dover verificare la fondatezza dell’eccezione preliminare congiuntamente all’esame di tale censura.

Va, invece, respinta l’eccezione di inammissibilità del ricorso sull’assunto che la ricorrente non avrebbe *“censurato tutti i motivi posti a fondamento dell’esercitata risoluzione del contratto d’appalto”* (cfr. pag. 5 della memoria del 28.11.2014), dal momento che l’estinzione del rapporto contrattuale tra la stazione appaltante e l’aggiudicataria non integra, per quest’ultima, l’unico pregiudizio possibile (nella domanda cautelare si è, infatti, dedotto che l’impugnata informativa determinerebbe effetti negativi per le *“procedure di gara ancora in corso e nelle quali la società risulta concorrente e/o aggiudicataria”*, cfr. pag. 35 dei motivi aggiunti).

Deve, infatti, rilevarsi che in caso di accoglimento del ricorso, anche limitatamente all’impugnazione dell’informativa antimafia, la società -OMISSIS- s.r.l. potrebbe trarne la premessa per l’eventuale proposizione di una domanda di risarcimento innanzi al Giudice ordinario (cfr., altresì, pag. 13 dei motivi aggiunti, ove si è fatto riferimento a *“danni non solo economici, ma anche curriculari e d’immagine (...) per i quali l’Amministrazione prefettizia sarà chiamata a risponderne nelle opportune sedi, ivi compresa quella del Giudice Contabile”*).

Impregiudicata restando la questione della giurisdizione sulla risoluzione del contratto d’appalto, si può, pertanto, procedere all’esame nel merito del ricorso, non prima di aver premesso che i due motivi del ricorso principale (che la ricorrente ha proposto quando non aveva ancora avuto una conoscenza integrale degli atti presupposti, essendo in attesa del riscontro all’istanza di accesso del 17.9.2014), afferiscono a profili di censura identici a quelli oggetto dei motivi aggiunti: il che ne consente una trattazione congiunta.

Un'ulteriore premessa, altrettanto necessaria, s'impone con riguardo alla natura (negoziata) della procedura oggetto del contendere.

La Direttiva 2004/18/CE prevede, all'art. 1, comma 11, lett. d), che *“le procedure negoziate sono le procedure in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto”*, soggiungendo, all'art. 31, che il ricorso a tali procedure in assenza di una previa pubblicazione del bando di gara è ammesso *“nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione di un bando di gara”*.

Nella specie, la società Expo 2015 S.p.A. ha indetto una procedura ai sensi dell'art. 57, comma 6 del D.lgs. 163/2006, disposizione in cui è previsto che *“ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta”*.

La chiarezza di tale disciplina – rapportata al numero non particolarmente cospicuo di operatori invitati (tredici) – lascia presumere che debba esservi stata, da parte della stazione appaltante, un'adeguata valutazione dei potenziali concorrenti, selezionati per capacità e professionalità soprattutto in ragione della particolare rilevanza dell'opera da realizzare (il c.d. *“Expo control and command center”* è, infatti, la centrale operativa di sicurezza che consentirà a Polizia, Carabinieri, Guardia di Finanza, Vigili del Fuoco e operatori dell'emergenza sanitaria di monitorare 24 ore su 24 il sito ove si svolgerà l'Evento universale).

Ciò premesso, con il primo motivo è stato dedotto:

- che *“i caratteri che debbono manifestare gli elementi assunti dai provvedimenti interdittivi, come base per giustificare la loro adozione da parte dell'Autorità prefettizia competente in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa sono necessariamente quelli della attualità, obiettiva congruità e concretezza”* (cfr. pag. 12);
- che *“nell'informativa antimafia non vi è nulla che possa essere – anche in astratto – riconducibile al fenomeno mafioso: nelle evidenze istruttorie utilizzate genericamente dal Prefetto non vi è alcuna condanna per mafia (né come singolo, tantomeno in concorso), non vi è alcun soggetto che sia ritenuto associato e/o affiliato ad alcuna associazione mafiosa e non è stato ravvisato alcun intervento scientemente rivolto all'agevolazione di alcuna associazione mafiosa o criminale”* (cfr. pag. 14);
- che *“nessuno dei reati meramente indicati dalla Prefettura ricade nel novero di quelli indicati nell'art. 84 del D.lgs. 159/2011, né sono presenti i presupposti per l'applicazione dell'art. 91, comma 6 del D.lgs. 159/2011, tra l'altro nemmeno richiamato”* (cfr. pag. 16);
- che *“i riferimenti relativi all'amministratore -OMISSIS-(ossia, deferimento dell'8 ottobre 1996 per porto abusivo e detenzione di armi, avviso orale del 16 febbraio 1998 e condanna per bancarotta fraudolenta del 1° dicembre 2004) sono tutti avvenimenti risalenti nel tempo, verificatisi quando il -OMISSIS- non rivestiva la qualifica di legale rappresentante della società ricorrente e non hanno assolutamente alcuna attinenza con i reati di stampo mafioso e/o con la criminalità organizzata”* (cfr. pagg. 17 – 18);
- che il citato legale rappresentante risulterebbe essere *“il perfetto elemento di congiunzione tra il mondo imprenditoriale e la criminalità organizzata”*, nonostante l'ultima frequentazione sospetta risalga al 2009, e che, in ogni caso, *“lo stesso Prefetto afferma espressamente che il -OMISSIS- non è stato gravato da particolari precedenti penali e di polizia, tali da identificarlo come un appartenente, egli stesso, alla criminalità organizzata”* (cfr. pag. 18).

Il motivo è fondato.

Il Collegio ritiene di brevemente soffermarsi sui consolidati sviluppi delle ricostruzioni sociologiche del fenomeno mafioso, condivise dalla dottrina penalistica, secondo cui *“il campo di analisi della mafia appare caratterizzato da una struttura circolare a forma di spirale”*, nel senso che *“le diverse posizioni non sembrano disposte lungo un continuum, né tra loro meramente contrapposte: sono piuttosto organizzate come in un cerchio, e si combinano in forma variabile”*; così come occorre ricordare che, sulla scorta degli studi più recenti, è emerso che le mafie storiche nel nostro Paese si starebbero progressivamente gemmando in distinti nuclei operativi, ciascuno con una propria specializzazione, sovranità limitata, direzione unitaria e pianificazione strategica delle iniziative criminali.

Tale ramificazione, nella lettura che ne ha dato la dogmatica, renderebbe ormai evidente che *“i mafiosi agiscono – a seconda delle circostanze – da mediatori, patroni, protettori nell'ambito di strutture relazionali con altri soggetti, che essi*

strumentalizzano in vista degli obiettivi associativi, e che si rendono a loro volta disponibili ad azioni di sostegno per poterne ricavare vantaggi personali”.

Sul piano della risposta dell'ordinamento giuridico, il D.lgs. 159/2011 (codice delle leggi antimafia), peraltro entrato in vigore con notevole ritardo (il 13.2.2013), precisa all'art. 84, comma 3 che *“l'informazione antimafia consiste (...) nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate”*, e ciò sia in base a una serie di tassative ipotesi individuate al successivo comma 4, sia – in via residuale – sulla scorta di *“concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata”* (cfr. art. 91, comma 6).

La traduzione normativa del disvalore della contiguità punibile è stata, quindi, espressa nei termini di un contributo causale alla conservazione o al rafforzamento dell'organizzazione mafiosa, in linea, del resto, con l'elaborazione della giurisprudenza.

Le più importanti pronunce, a tal riguardo, sono quelle delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, tra le quali occorre richiamare:

1) la sentenza del 5 ottobre 1994, n. 16 (Demitry), in cui la Suprema Corte ha sottolineato la diversità di ruoli tra la partecipazione all'associazione e il concorso eventuale materiale, statuendo che *“il partecipe (...) è colui senza il cui apporto quotidiano o, comunque, assiduo l'associazione non raggiunge i suoi scopi o non li raggiunge con la dovuta speditezza, il che apre la strada ad una vasta gamma di possibili partecipi, che vanno da coloro che si sono assunti o ai quali sono stati affidati compiti di maggiore responsabilità – i promotori, gli organizzatori, i dirigenti – a quelli con responsabilità minori o minime, ma il cui compito è o è pure necessario per le fortune della associazione”*, a questi contrapponendo il concorrente eventuale, che *“è, invece, per definizione, colui che non vuole far parte della associazione e che l'associazione non chiama a “far parte”, ma, al quale si rivolge sia, ad esempio, per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto (...) nel momento in cui la “fisiologia” dell'associazione entra in fibrillazione, attraverso una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno”*;

2) la sentenza del 21 maggio 2003, n. 22327 (Carnevale), con cui si è superato il precedente indirizzo (che valutava sufficiente, ai fini dell'accertamento dell'elemento psicologico, la mera consapevolezza dell'altrui finalità criminosa), individuando come indice necessario la coscienza e la volontà dell'efficienza causale del contributo del sodale rispetto al conseguimento degli scopi dell'associazione (si è, pertanto, affermata la c.d. concezione monistica del concorso di persone nel reato).

In altri termini, può dirsi un dato acquisito che la giurisprudenza ha eletto il principio di efficacia causale del contributo anche ai fini della connotazione del *“non affiliato”*; un contributo che dev'essere diretto alla realizzazione, in tutto o in parte, del programma del sodalizio criminoso (cfr., tra le ultime, Corte di Cassazione, sez. VI, 15 luglio 2013, n. 30346; id., 29 maggio 2014, n. 22118).

Tale opzione ermeneutica, in materia di appalti, è condivisa dalla giurisprudenza amministrativa, ad avviso della quale, ai fini dell'eventuale emissione di un'informativa antimafia, *“il complesso degli elementi sintomatici ed indiziari che emergano nella fase istruttoria che precede l'adozione del provvedimento debbono, quantomeno, configurarsi idonei, nella loro emergenza ed oggettiva potenzialità, ad indurre con efficienza casuale e con carattere di attualità la situazione di condizionamento da parte della criminalità organizzata dell'impresa sottoposta a monitoraggio”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 15 gennaio 2013, n. 204).

Il che conferma l'orientamento anteriore alla novella del 2011, secondo cui *“la stessa nozione di tentativi di infiltrazione mafiosa cui intende ovviare la misura di cui all' art. 4 del d.lgs. n. 490/1994, ancorché possa identificarsi in una situazione di solo pericolo, implica che siffatta evenienza sussista con ragionevole carattere di prossimità ed immanenza al momento dell'affidamento e dell'esecuzione della commessa pubblica, e non può raccordarsi a fatti remoti privi di attualità agli indicati effetti”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 10 febbraio 2010, n. 684).

Il Collegio ritiene, dunque, che l'analisi degli elementi confluiti nell'impugnata informativa avrebbe dovuto conformarsi ai puntuali riferimenti, teorici e giurisprudenziali, che si sono sopra menzionati, evitandosi, di contro, valutazioni disancorate da un puntuale esame dei fatti ritenuti rilevanti.

Anzitutto, occorre considerare gli indizi raccolti nei confronti dell'amministratore unico della società ricorrente (sig. - OMISSIS-), a carico del quale risultano un deferimento per porto abusivo di armi (1996), un avviso orale del Questore di Vibo Valentia (1998) e una condanna per bancarotta fraudolenta (2004): precedenti inidonei a fondare un sospetto di infiltrazione mafiosa, in quanto:

a) la stessa Prefettura ha escluso che tali precedenti possano condurre a qualificare il citato amministratore *“come un appartenente, egli stesso, alla criminalità organizzata di stampo mafioso”*: è, di conseguenza, pacifico che, nella specie, non sia stato accertato un rapporto di affiliazione;

b) i precedenti in questione sono risultati non ostativi nella fase di verifica sul possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del D.lgs. 163/2006, tanto che l'amministratore delegato della società Expo 2015 S.p.A. ha disposto, in data 4.4.2014, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Nella motivazione dell'impugnata informativa si è, invece, valutata come un univoco e persuasivo segnale la circostanza che il legale rappresentante della società ricorrente sarebbe *"un noto frequentatore di esponenti della malavita"*, e che *"proprio per l'assidua frequentazione con esponenti di spicco della 'ndrangheta calabrese, può essere considerato il perfetto elemento di congiunzione tra il mondo imprenditoriale e la criminalità organizzata"*.

A giudizio della Prefettura di Milano, il sig. -OMISSIS- non sarebbe, pertanto, organicamente immedesimato nell'associazione mafiosa, ma, nondimeno, eserciterebbe il rilevante ruolo di *trait d'union* con la malavita calabrese: il che, alla luce di quanto in precedenza illustrato, prefigura un ruolo e un contributo, specifico e concreto, che sembra pienamente attagliarsi alla fattispecie del concorso esterno.

Ad avviso del Collegio, la valutazione posta a fondamento dell'emissione dell'impugnativa deve, tuttavia, ritenersi inattendibile almeno per tre ragioni.

In primo luogo, è incontestato, ai sensi dell'art. 64, comma 4 del codice del processo amministrativo, che le frequentazioni del citato amministratore con alcuni pregiudicati risultino comprese nell'arco di tempo tra il 29.7.1992 e il 12.6.2009, periodo, peraltro, anteriore alla costituzione della stessa società ricorrente (12.5.2010).

Ne deriva che la mancata rilevazione – per oltre cinque anni – di qualsiasi condotta suscettibile di adombrare un sospetto di contiguità con la malavita depone obiettivamente per l'assenza del requisito dell'attualità del quadro indiziario, soprattutto in relazione alla qualificazione del ruolo di intermediazione attribuito al citato amministratore.

Sotto un diverso aspetto non può, poi, non rilevarsi che, se le frequentazioni in questione, rimaste immutate dal 2009, fossero state davvero sintomatiche di un attuale rischio di infiltrazione criminale, cioè di un pericolo incombente per la trasparenza dell'appalto, non si spiegherebbe il motivo per cui la stazione appaltante abbia, *sua sponte*, invitato la società ricorrente a partecipare alla procedura in questione: circostanza quest'ultima che, per certi versi, sarebbe paradossale, a meno di non ritenere – ma contro la realtà dei fatti – gravemente inefficiente il sistema dei controlli preventivi connessi all'Evento universale.

Infine, se la società ricorrente avesse scientemente preordinato la sua partecipazione alla gara all'illecito fine di favorire, in una qualche misura, la criminalità organizzata, resterebbero prive di giustificazione, sul piano logico-strategico, le accertate carenze esecutive dei lavori che – in disparte restando i profili indiziari posti a fondamento dell'informativa in questione – avrebbero potuto autonomamente condurre alla risoluzione del contratto di appalto, privando l'appaltatore (e con esso il sodalizio criminoso, se la tesi fosse attendibile) di gran parte del corrispettivo pattuito (€ 546.926,09).

Oltre a ciò, al Collegio pare comunque evidente il difetto d'istruttoria emergente dal verbale della riunione congiunta tra il Gruppo ispettivo antimafia (GIA) e il Gruppo interforze centrale per Expo (GICEX) del 21.8.2014, nel corso della quale risulta che il dirigente della Prefettura si sia soffermato *"sull'assenza dal 2009 in poi di controlli nei confronti di -OMISSIS-, chiedendo se tale dato possa coincidere con il trasferimento dello stesso nel territorio milanese, quale amministratore unico della società"*.

A tale rilievo il rappresentante della Direzione investigativa antimafia ha risposto che *"com'è noto, l'attività di controllo del territorio milanese da parte delle Forze dell'Ordine avviene in modo meno pressante e diretto rispetto al controllo del territorio calabrese"*.

Tale considerazione risulta essere stata condivisa anche dai componenti del GIA, i quali avrebbero, però, ritenuto *"non significativo il dato del controllo del territorio"*, affermando che *"un allontanamento del -OMISSIS- dal territorio calabrese, e quindi un distacco dalle sue frequentazioni abituali con personaggi di spicco del clan -OMISSIS-, possa essere pienamente coerente con un tentativo di infiltrazione del clan nell'economia milanese, attraverso il ruolo di amministratore unico della società svolto proprio dal -OMISSIS-"*.

A tale stregua appare, al Collegio, evidente che tali valutazioni non abbiano tenuto in alcun conto i principi ribaditi, anche da ultimo, dalla giurisprudenza in materia di informative antimafia.

In particolare la III Sezione del Consiglio di Stato ha statuito:

a) che *"l'autorità prefettizia può valorizzare (...) elementi, non risalenti ad un tempo troppo remoto, dai quali si possa desumere la sicura o verosimile contiguità del socio rispetto ad ambienti mafiosi, ancor prima della costituzione della società, senza che sopravvengano elementi contrari, anche successivi a tale costituzione, che inducano ad una diversa valutazione, facendo ritenere spezzato il pernicioso legame con la criminalità"* (cfr. sentenza del 21 luglio 2014, n. 3873);

b) che *“anche di recente, si è sottolineata l'importanza che, seppure in ragione della speciale pervasività e pericolosità sociale riconosciuti al fenomeno mafioso sia giustificato il carattere preventivo/repressivo di provvedimenti di limitazione e contenimento della libertà di iniziativa economica, la deroga non può spingersi fino al punto da giustificare provvedimenti interdittivi basati su un semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, pena, altrimenti, lo stravolgimento dei principi di legalità e di certezza del diritto del nostro ordinamento democratico. Pertanto, la giurisprudenza indica nella “attualità”, “obiettiva congruità” e “concretezza” i caratteri che debbono manifestare gli elementi assunti dai provvedimenti interdittivi come base per giustificare la loro adozione da parte dell'autorità prefettizia competente, in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa”* (cfr. sentenza del 26 settembre 2014, n. 4852, richiamata dalla società ricorrente).

È singolare notare, sul punto, che proprio il connotato dell'attualità del quadro indiziario sia stato obliato nella motivazione dell'informativa, o sia stato in ogni caso oggetto di una forzatura interpretativa di segno esattamente opposto a ciò che la logica dei fatti sembrerebbe confermare.

Da un lato, infatti, l'interruzione delle frequentazioni del citato amministratore con esponenti della *'ndrangheta* è stata – per certi versi confessorialmente – definita dalla Prefettura di Milano come *“inspiegabile”*, salvo, dall'altro lato, ipotizzarsi che *“l'allontanarsi del -OMISSIS- dalla regione d'origine – sottraendosi, di fatto, ai frequenti controlli del territorio da parte delle Forze di Polizia che caratterizzano quelle zone – potrebbe essere stato verosimilmente la conseguenza della scelta di intensificare la propria attività lavorativa a Milano con la -OMISSIS- s.r.l., in un momento così intenso per l'attività economica della città, legato ai lavori delle opere per Expo 2015”*: il che, tuttavia, pare al Collegio costituire un tentativo di postuma giustificazione dell'assenza di intensi controlli sul territorio lombardo (e della materiale impossibilità, quindi, di aggiornare il quadro indiziario in questione), della quale si è dato conto nel verbale GIA – GICEX sopra citato.

Deve, quindi, ritenersi che la qualificazione del legale rappresentante della società ricorrente come *“il perfetto elemento di congiunzione tra il mondo imprenditoriale e la criminalità organizzata”*, adombrata in mancanza di qualsiasi obiettivo riscontro in merito a eventuali rapporti e/o contatti con esponenti della mafia calabrese a Milano, e, priva, inoltre, del basilare elemento dell'attualità della verifica, sia in realtà conseguita all'attualizzazione in via deduttiva di un risalente giudizio sulla personalità del citato soggetto e, dunque, sia stata fondata su un semplice sospetto, insufficiente, però, a sostanziare la legittimità dell'emessa informativa.

Per la notevole gravità delle implicazioni che sottende, la citata qualificazione avrebbe reso necessario il reperimento di una prova puntuale, nella conduzione societaria da parte del -OMISSIS-, dell'elemento psicologico (dolo generico), nella specie rappresentato dalla sua coscienza e volontà di offrire un contributo al conseguimento degli scopi illeciti dell'associazione mafiosa; e ciò, ad avviso del Collegio, non certo mediante ricostruzioni di carattere meramente deduttivo su frequentazioni risalenti a oltre cinque anni prima, bensì tramite riscontri oggettivi (ad es. contatti con rappresentanti o affiliati del sodalizio; nuove e ulteriori frequentazioni con pregiudicati o potenziali fiancheggiatori; presenza di persone sospette presso il cantiere), perché in tal modo si sarebbe dimostrato che il legale rappresentante conoscesse (e forse condividesse sul piano ideale) l'intenzione della *'ndrangheta* di infiltrarsi nella commessa oggetto del contendere (sulla consistenza dell'onere probatorio, cfr. Corte di Cassazione, sez. VI, 29 maggio 2014, n. 22118).

Quanto, poi, ai tre germani -OMISSIS- (-OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS-), soci amministratori (ciascuno al 33%), non risultano nei loro confronti né precedenti penali né precedenti di polizia.

Con riguardo, invece, alla posizione del padre dei predetti amministratori (sig. -OMISSIS-), fratellastro del legale rappresentante, nell'informativa è stato fatto richiamo a un'ordinanza di custodia cautelare emessa dal Tribunale di Vibo Valentia nel 2002 per reati in materia finanziaria in concorso con altri soggetti (tra i quali anche il sig. -OMISSIS-), comunque irrilevante, in base ai principi precedentemente illustrati, ai fini della prova di un'infiltrazione mafiosa.

Da ultimo, pur risultando potenzialmente significativa, sul piano indiziario, la risultanza investigativa riguardante il dipendente -OMISSIS- (assunto a tempo indeterminato dalla società ricorrente l'11.10.2010 e destinatario, in data 3.5.2012, di un provvedimento di sequestro disposto dal GIP presso il Tribunale di Vibo Valentia per la fittizia intestazione al citato dipendente di un bene di proprietà di un pregiudicato, oggetto di un procedimento di confisca ai sensi dell'art. 12 sexies del D.L. 306/1992), occorre rilevare che nell'informativa – così come negli atti a questa prodromici – non vi è traccia di un supporto probatorio circa il fatto che tale dipendente possa ritenersi nelle condizioni di influenzare le scelte aziendali o l'amministrazione della -OMISSIS- s.r.l., come richiesto dal comma 3 dell'art. 84 del D.lgs. 159/2011.

Sulla scorta di quanto rilevato, l'impugnata informativa prefettizia è, quindi, in contrasto con la disciplina di cui all'art. 91, comma 6 del D.lgs. 159/2011, in cui è previsto che il tentativo di infiltrazione mafiosa debba essere desunto, tra l'altro, da *“concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata”*.

Tale disposizione, peraltro, prevede al comma 5 che *“il Prefetto competente estende gli accertamenti pure ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa”*, dal che consegue l'infondatezza

del secondo motivo aggiunto, con cui si è affermato che le verifiche antimafia non avrebbero potuto attingere né il sig. -OMISSIS- né il sig. -OMISSIS-.

Con il terzo motivo si è, invece, dedotta la violazione dell'art. 32, comma 10 del D.L. 90/2014 (convertito nella legge 114/2014), in cui si prevede che le *"misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione"* (consistenti nella possibilità di alternativamente disporre la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto ovvero la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto) possano essere applicate *"nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'art. 94, comma 3 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. In tal caso, le misure sono disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'ANAC"*.

La società ricorrente ha sostenuto che sarebbero stati ravvisabili, nella specie, *"tutti i presupposti per l'applicazione dell'art. 32 citato sia per la necessità di assicurare il contemperamento dell'esecuzione dei contratti d'appalto in essere (...) sia per garantire la continuità di funzioni di servizi e lavori (quali quelli di Expo 2015) indifferibili per la tutela di diritti fondamentali"* (cfr. pag. 25), e che l'omessa o carente valutazione di soluzioni alternative avrebbe integrato, in violazione della convenzione europea sui diritti dell'Uomo (divieto generale di discriminazione), una disparità di trattamento rispetto ad altre imprese *"quali – ad esempio – (...) -OMISSIS- per quel che riguarda alcuni lavori relativi alla costruzione dei padiglioni Expo 2015 o la concessionaria del gioco legale BPlus, per quel che riguarda la gestione del ramo d'azienda relativo alle slot machines: in entrambi questi casi, infatti, è stata disposto il commissariamento del relativo ramo d'azienda, anziché l'interruzione del rapporto contrattuale con ciascuna delle suddette imprese"* (cfr. pag. 27).

Dall'esame degli atti è emerso, in particolare, che il responsabile del procedimento della stazione appaltante, con nota del 18.9.2014 (non allegata in atti dalla società resistente), avrebbe espresso un avviso contrario circa la sussistenza di *"elementi idonei a supportare l'adozione da parte del Prefetto di un provvedimento ai sensi dell'art. 32, comma 1 D.L. 90/2014"* (cfr. motivazione del provvedimento impugnato del 6.10.2014), e che tale nota sarebbe stata immediatamente trasmessa alla Prefettura, la quale, con la comunicazione del 23.9.2014, ha fatto presente alla società Expo 2015 S.p.A. di aver *"preso atto dei contenuti comunicati con la nota citata in oggetto, ai fini di quanto previsto dall'art. 32, comma 10 del D.L. 90/2014"*, e di rimanere *"in attesa di riscontro in merito ai provvedimenti che codesta società adotterà in esecuzione dell'informazione antimafia adottata da questa Prefettura e degli adempimenti da attivare ai sensi del Protocollo di legalità sottoscritto lo scorso 13 febbraio 2012"*.

L'esame di tale censura – reso meno agevole in considerazione della mancata produzione in giudizio della relazione del RUP nella quale si sarebbe esclusa la possibilità di commissariare i lavori in questione, né potendo tali elementi di valutazione essere desunti da altri documenti – impone una delimitazione delle questioni conoscibili dal Giudice Amministrativo.

Sul piano generale, occorre considerare che la formulazione del comma 10 dell'art. 32 individua un potere prefettizio particolarmente ampio e penetrante.

Tale autorità può, infatti, disporre, per il perseguimento di interessi tassativamente individuati dal Legislatore (completamento dell'esecuzione dell'appalto, integrità dei bilanci pubblici, tutela di diritti fondamentali e/o salvaguardia dei livelli occupazionali), le misure speciali di cui più sopra si è detto ancorché *"ricorrono i presupposti di cui all'art. 94, comma 3 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159"*, vale a dire anche nel caso in cui *"l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi"*.

Nella specie risulta provato, dopo l'emissione dell'informativa interdittiva dell'11.9.2014:

- che il Prefetto ha, in pari data, chiesto alla società Expo 2015 S.p.A. *"informazioni utili ai fini della valutazione"* eventualmente finalizzata all'applicazione delle misure di cui all'art. 32, comma 10;

- che con disposizione di servizio del 12.9.2014, *"ai fini di effettuare le valutazioni richieste (...) il responsabile del procedimento ha (...) ordinato al direttore dei lavori di produrre entro il giorno 15 settembre u.s. una dettagliata relazione in merito allo stato di avanzamento dei lavori e al comportamento tenuto dall'appaltatore ed ogni altro elemento istruttorio utile a verificare l'eventuale sussistenza dei presupposti di cui all'art. 32, comma 10 D.L. 90/2014, convertito in L. 114/2014"*;

- che il direttore dei lavori ha trasmesso la propria relazione in data 16.9.2014, riferendo che l'esecuzione sarebbe stata caratterizzata *"da un andamento non rispettoso dell'obiettivo di garantire l'ultimazione dei lavori al 26 ottobre"*, e che, in particolare, egli avrebbe contestato all'impresa appaltatrice *"un avanzamento dei lavori del 18% rispetto alla percentuale del 72% prevista nel contratto"*;

- che il RUP della società Expo 2015 S.p.A. non avrebbe ritenuto sussistenti i presupposti per il commissariamento, manifestando tale avviso con la nota (non allegata in atti) del 18.9.2014, trasmessa in pari data dal legale rappresentante della società resistente alla Prefettura di Milano;
- che quest'ultima, con nota del 23.9.2014, ha semplicemente preso atto dei contenuti della comunicazione trasmessa dalla stazione appaltante, esimendosi dal concludere (o, comunque, dal comunicare la conclusione di) tale procedimento.

Dalla sequenza delle comunicazioni parrebbe, dunque, prospettarsi un vizio procedimentale, tenuto conto che la valutazione da parte del Prefetto, prevista come obbligatoria ai sensi del citato comma 10 (*"le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa (...) un'informazione antimafia interdittiva"*), sembra essere stata sostituita, come innanzi si è osservato, da una presa d'atto delle valutazioni istruttorie degli organi tecnici della società resistente, le quali si sono – di fatto e impropriamente – consolidate in un giudizio definitivo.

Non essendo note le specifiche valutazioni operate del RUP, può soltanto presumersi che la ragione posta a fondamento della negativa valutazione circa un possibile commissariamento della commessa sia stata individuata nell'insufficiente stato di avanzamento dei lavori (da ritenersi incontestato tra le parti ai sensi dell'art. 64, comma 4 del codice del processo amministrativo, non avendo la ricorrente nulla eccepito a tal riguardo nel corso del giudizio).

Il che, però, non potrebbe parimenti deporre per la correttezza della procedura, considerato che i profili attinenti al rispetto del cronoprogramma dei lavori avrebbero rilevanza esclusivamente ai fini del *"completamento dell'esecuzione del contratto"*, ovvero per stabilire se l'appaltatore fosse *"sostituibile in tempi rapidi"* (sul presupposto, in quest'ultimo caso, che la disciplina sulla fornitura di beni e servizi – di cui all'art. 94, comma 3 del D.lgs. 159/2011 – sia estensibile, per analogia, agli appalti di lavori).

Peraltro, sulla scorta delle prime applicazioni della disciplina prevista dall'art. 32 del D.L. 90/2014, può ritenersi che lo stimato avanzamento dei lavori al 18% non sia, in assoluto, preclusivo per l'adozione delle misure straordinarie, tenuto conto che relativamente al controverso appalto Expo aggiudicato al RTI capeggiato dall'impresa -OMISSIS- S.p.A., la Sezione, nella sentenza n. 1802 del 9 luglio 2014, aveva rilevato che *"lo stato di consistenza dei lavori risulta allo stato degli atti ancora embrionale. Dall'esame delle opposte documentazioni prodotte si controverte tra il 4% cui si riferiscono i ricorrenti e il 10%"*: il che, nella specifica vicenda, non ha rappresentato per la Prefettura di Milano un ostacolo insormontabile per disporre il commissariamento, come infatti è avvenuto con decreto del 16.7.2014.

A prescindere dalla loro insufficienza, occorre, tuttavia, notare che le valutazioni di cui al citato art. 32, comma 10 (che, come si è visto, presuppongono l'emissione di un'informazione antimafia) sono confluite nell'impugnata determinazione dell'amministratore delegato di Expo 2015 del 6.10.2014, con cui si è disposta la risoluzione del contratto di appalto.

Prova ne è che sia nel preambolo di tale provvedimento, sia nel dispositivo, la stazione appaltante non si è limitata a richiamare l'art. 13 del contratto (ove si prevede che *"Expo si riserva la facoltà di procedere con la risoluzione del contratto (...) in conseguenza del rilascio da parte della Prefettura di informazioni interdittive secondo il disposto degli artt. 91 e 92 del D.lgs. 159/2011"*), applicato *"in ottemperanza a quanto dettato dal Protocollo di Legalità"* (segnatamente, si tratta dell'art. 2, comma 8, in cui è stabilito che *"i contratti (...) dovranno prevedere una clausola risolutiva espressa, nella quale è stabilita l'immediata e automatica risoluzione del vincolo contrattuale allorché le verifiche antimafia successivamente effettuate abbiano dato esito positivo"*).

La società resistente, infatti, ha dato ulteriormente conto della *"insussistenza di elementi idonei a supportare l'adozione da parte del Prefetto di un provvedimento ai sensi dell'art. 32, comma 1 [rectius: comma 10] D.L. 90/2014"*.

Tanto premesso, sebbene possa ritenersi – non senza qualche fondamento – che una completa e congrua valutazione da parte della Prefettura avrebbe potuto condurre all'applicazione nei confronti della società ricorrente delle misure straordinarie, non può mettersi in dubbio che la risoluzione del contratto d'appalto sia stata concorrentemente disposta dalla stazione appaltante in puntuale applicazione di disposizioni regolamentari e clausole contrattuali anteriori all'emanazione del D.L. 90/2014.

Come più sopra si è detto, tale ultimo profilo costituisce oggetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione opposta dalla società Expo 2015 S.p.A., cui la società ricorrente ha replicato che l'impugnata determinazione sarebbe da qualificare alla stregua di un provvedimento di secondo grado, espressione del potere di autotutela (*"revoca o annullamento del precedente affidamento"*, cfr. pag. 33).

Ad avviso del Collegio l'eccezione preliminare è fondata.

Nella recente Adunanza plenaria n. 14 del 20 giugno 2014, il Consiglio di Stato, nel definire la questione di merito rimessa dal Tar del Lazio (secondo il quale il potere di revoca dell'aggiudicazione non potrebbe essere esercitato dall'Amministrazione una volta intervenuta la stipula del contratto), ha statuito:

a) che “ai sensi del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 (in seguito anche “codice”), la fase della scelta del contraente, conclusa con l’aggiudicazione definitiva, risulta distinta da quella, successiva, della stipulazione e conseguente esecuzione del contratto, pur costituendone il necessario presupposto funzionale, considerato che l’aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell’offerta (art. 11, comma 7, primo periodo, del codice) e che, pur divenuta efficace l’aggiudicazione definitiva, prima della stipulazione resta comunque salvo “l’esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti” (art. 11, comma 9). Il vincolo sinallagmatico nasce perciò soltanto con il separato e distinto atto della stipulazione del contratto quando, essendo stata fino a quel momento irrevocabile soltanto l’offerta dell’aggiudicatario (art. 11, comma 7, secondo periodo), l’Amministrazione a sua volta si impegna definitivamente”;

b) che “la fase conclusa con l’aggiudicazione ha carattere pubblicistico, in quanto retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta del miglior contraente nella tutela della concorrenza, mentre quella che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l’attuazione del rapporto negoziale ha carattere privatistico ed è quindi retta dalle norme civilistiche”;

c) che “nella fase privatistica l’Amministrazione si pone (...) con la controparte in posizione di parità che però, è stato anche precisato, è “tendenziale” (Corte cost. n. 53 e n. 43 del 2011 citate), con ciò sintetizzando l’effetto delle disposizioni per cui, pur nel contesto di un rapporto paritetico, sono apprestate per l’Amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica (Ad. plen. n. 6 del 2014); ciò, evidentemente, perché l’attività dell’Amministrazione, pur se esercitata secondo moduli privatistici, è sempre volta al fine primario dell’interesse pubblico, con la conseguente previsione, su tale presupposto, di regole specifiche e distinte”.

Tali statuizioni hanno, in parte, compendiato un orientamento già espresso dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 7 marzo 2014, n. 1312), secondo cui il recesso dell’Amministrazione dal contratto ai sensi dell’art. 11, commi 2 e 3 del DPR 252/1998 (regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia), motivato dal sospetto di infiltrazioni mafiose nell’impresa appaltatrice, sarebbe attratto nella giurisdizione amministrativa, “ma non anche il recesso effettuato nella fase esecutiva, da considerare paritetica e rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass. SS.UU., 28 novembre 2008, n. 28345; Cons. Stato, V, 7 gennaio 2009, n. 8; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 28 settembre 2007, n. 883; Cons. Stato, V, 14 maggio 2010, n. 2959 e 10 febbraio 2010, n. 691; Cons. Stato, IV, 2 febbraio 2010, n. 469)”, soggiungendosi che “al medesimo giudice ordinario si ritiene affidato ogni atto successivo all’aggiudicazione ed alla stipula del contratto, ivi compresa la revoca dell’aggiudicazione stessa per sopravvenuti motivi di opportunità (cfr. in tal senso Cass., SS.UU., 11 gennaio 2011, n. 391)”.

Nella sopra richiamata pronuncia, le Sezioni unite hanno, infatti, statuito che “nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della p.a. spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima della aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l’aggiudicazione e la stipula del contratto, tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa (principio formulato nella sentenza n. 27169/07 e confermato nelle successive decisioni n. 10443/08, n. 19805/08 e n. 20596/08)”, risultando, quindi, infondata la deduzione della società -OMISSIS-, proposta con il quarto motivo aggiunto, secondo cui l’impugnata determinazione del 6.10.2014 sarebbe da qualificare alla stregua di un “provvedimento di interruzione/revoca dell’appalto” (cfr. pag. 33).

Va, conseguentemente, dichiarato il difetto di giurisdizione del Tribunale a conoscere della risoluzione contrattuale disposta dalla stazione appaltante ai sensi del citato art. 13 (con assorbimento di ogni altra censura riguardante tale provvedimento), sebbene il Collegio non possa sottrarsi dal rilevare la singolarità del fatto che – nonostante le motivate considerazioni tecniche contenute nella relazione del direttore dei lavori del 16.9.2014 – la società resistente non abbia cumulativamente contestato alla ricorrente e applicato la risoluzione disciplinata dall’art. 136, commi 4, 5 e 6 del D.lgs. 163/2006, cui l’art. 7 del contratto d’appalto (“penali per ritardo”) fa espresso rinvio.

Il quarto motivo è, comunque, da accogliere relativamente all’impugnazione, per illegittimità derivata, degli ulteriori provvedimenti conseguenti all’emissione dell’informativa interdittiva, tra i quali vanno compresi la sanzione pecuniaria di €. 29.413,98 (applicata ai sensi dell’art. 13.01 del contratto d’appalto), nonché la comunicazione dell’informativa che sarebbe stata trasmessa il 16.10.2014 all’ANAC ai fini dell’inserimento nel casellario informativo di cui l’art. 7, comma 10 del D.lgs. 163/2006 e nella banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all’art. 62 bis del D.lgs. 82/2005.

Alla luce dell’accertamento del parziale difetto di giurisdizione, negli illustrati termini relativi alla disposta risoluzione del rapporto contrattuale, va respinta l’istanza istruttoria proposta dalla società ricorrente, palesandosi inutile l’acquisizione della relazione del RUP del 18.9.2014.

Parimenti da respingere sono le domande di risarcimento (in forma specifica o per equivalente monetario) e di indennizzo di cui all’art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, proposte in modo assolutamente generico (non essendosi affatto specificate le voci di danno, neppure nelle più elementari componenti), e prive, inoltre, di quantificazione, sebbene la ricorrente ne avesse fatto espressa riserva.

In conclusione, il ricorso è in parte inammissibile per difetto di giurisdizione e in parte fondato, nei termini di cui in motivazione.

Le spese processuali sono integralmente compensate fra le parti in causa in considerazione della complessità delle questioni trattate e dell'andamento del giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile per difetto di giurisdizione e in parte lo accoglie, nei sensi espressi in motivazione.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, per procedere all'oscuramento delle generalità e degli altri dati identificativi delle persone citate nella presente sentenza, manda alla Segreteria di procedere all'annotazione di cui ai commi 1 e 2 della medesima disposizione, nei termini indicati.

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

Francesco Mariuzzo, Presidente

Angelo Fanizza, Referendario, Estensore

Oscar Marongiu, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

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