

APPALTI - WHITE LIST - INFILTRAZIONE MAFIOSA - INTERDITTIVA ANTIMAFIA - PRINCIPI E PRESUPPOSTI - DISCREZIONALITÀ DELLA DECISIONE AMMINISTRATIVA - ELEMENTO FONDANTE - EVENTUALI TENTATIVI DI INFILTRAZIONE.

L'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cd. *white list*) è disciplinata dagli stessi principi che regolano l'interdittiva antimafia, in quanto si tratta di misure volte alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Il conseguimento dell'iscrizione nelle *white lists*, è subordinato dall'art. 1, c. 52 della legge n. 190/2012 alla preventiva verifica da parte della Prefettura della circostanza che gli operatori economici richiedenti siano in possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio dell'informazione antimafia liberatoria: assenza delle cause di decadenza, sospensione e di divieto elencate dall'art. 67 del d.lgs. n. 159/2011 ed assenza di tentativi di infiltrazioni mafiose, desunte dal ventaglio di fattispecie elencate dall'art. 84 c. 4 e dall'art 91 c. 6 del medesimo d.lgs. n. 159/2011.

L'informazione antimafia implica una valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa.

Il legislatore ha riconosciuto quale elemento fondante l'informazione antimafia la sussistenza di "eventuali tentativi" di infiltrazione mafiosa "tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate".

Consiglio di Stato, sez. III[^] sentenza n. 5124 del 2024

Publicato il 07/06/2024

N. 05112/2024REG.PROV.COLL.

N. 07812/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7812 del 2018, proposto da Ufficio Territoriale del Governo Caserta, Ministero dell'Interno, Ministero della Difesa, Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, -OMISSIS-Maria D'Angiolella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Studio Corrias Lucente in Roma, via Sistina, 121;

nei confronti

Comune di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianni Maria Saracco, Teodolinda Stocchetti, Fabrizio Colasurdo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad

adiuvandum:

Comune di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Centore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Tuscolana 16;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della -OMISSIS- e del Comune di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2024 il Cons. Raffaello Scarpato e uditi per le parti gli avvocati;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Le Amministrazioni appellanti hanno impugnato la sentenza n. -OMISSIS-, con la quale il T.a.r. per la Campania, riuniti i ricorsi NRG -OMISSIS-proposti dalla -OMISSIS-, li ha accolti, annullando il diniego di iscrizione della società nella *white list* e gli atti consequenziali assunti dal Comune di -OMISSIS-, vale a dire la determina n. -OMISSIS-, relativa al recesso dal contratto di appalto rep. n. -OMISSIS- e la successiva determina n.-OMISSIS-, di applicazione della penale ai sensi dell'art. 9 del contratto d'appalto.

2. A fondamento del provvedimento presupposto (diniego di iscrizione nella *white list*), la Prefettura di Caserta ha rappresentato che i soci, accomandante ed accomandatario, -OMISSIS-(art. 416, co. 1 c.p.), corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio (art. 319 c.p), turbata libertà degli incanti (art.353 c.p.) e truffa (art. 640 c.p.).

Peraltro, la Prefettura ha valorizzato i rapporti e le cointeressenze tra il predetto -OMISSIS-, legale rappresentante della “-OMISSIS-s.r.l.”, a sua volta attinta da una interdittiva antimafia emanata dalla medesima Prefettura con provvedimento n. -OMISSIS-del 13/08/2015, rappresentando che costoro si erano accordati per falsare l'esito di alcune procedure ad evidenza pubblica, rendendosi responsabili del reato di turbata libertà degli incanti e risultando -OMISSIS-sottoposto alla misura degli arresti domiciliari per il reato di cui all'art. 353 bis c.p..

3. Il T.a.r. ha accolto il ricorso, ritenendo fondata la censura di difetto di istruttoria e di motivazione, per essersi la Prefettura limitata ad esporre le ragioni ostative al rinnovo dell'iscrizione nella *white list* sulla base di elementi riconducibili ad un assetto societario oramai superato, senza estendere la prognosi di pericolosità alle sopravvenienze medio tempore intervenute, relative, in particolare, all'estromissione di -OMISSIS-

4. Le Amministrazioni ricorrenti hanno impugnato la decisione, deducendo che le modifiche introdotte nella compagine societaria non potevano essere ritenute sufficienti a modificare la prognosi di inaffidabilità dell'impresa in relazione al rischio di infiltrazione mafiosa, essendo rimasti sostanzialmente immutati i rapporti e le cointeressenze economiche valorizzati nel provvedimento prefettizio.

In particolare, le parti appellanti hanno evidenziato che -OMISSIS-, già socio accomandante all'atto della costituzione della società e, al momento dell'emanazione del provvedimento, socio accomandatario, nonché amministratore, è risultato essere il cognato di -OMISSIS- – anch'ella socio accomandante all'atto della costituzione della società e, successivamente, socio accomandatario – è risultata essere la moglie convivente di -OMISSIS-

Quest'ultimo, peraltro, è risultato anche socio amministratore della “-OMISSIS-” e socio titolare e già presidente del Consiglio di Amministrazione della “-OMISSIS--OMISSIS-”, delle quali è socio -OMISSIS-

Infine, -OMISSIS--OMISSIS-, socio nella nuova compagine sociale della -OMISSIS-S.a.s., è risultato anche amministratore della -OMISSIS--OMISSIS-s.n.c., che ha ceduto in locazione non finanziaria un fabbricato, con atto stipulato in data 19.04.2012, alla -OMISSIS--OMISSIS- il cui socio di maggioranza è risultato essere -OMISSIS- con quota del 60%. Peraltro, la società -OMISSIS--OMISSIS-S.n.c. di -OMISSIS--OMISSIS-& C. ha ceduto in locazione non finanziaria un altro fabbricato, in data 1.01.2015, alla -OMISSIS- di -OMISSIS-.

5. Si è costituita in giudizio la -OMISSIS-(già -OMISSIS-), che ha rappresentato di aver subito una trasformazione societaria da società di persone (in accomandita semplice) a società di capitali (a responsabilità limitata) ed un cambio di gestione, dovuto alle dimissioni dell'ex amministratore -OMISSIS-, sostituito dall'ing. -OMISSIS-, il quale aveva operato alcune modifiche organizzative alla struttura societaria, tra cui la sostituzione del Responsabile tecnico ed il cambio di sede da -OMISSIS- (CE) a Napoli, proponendo una nuova richiesta di iscrizione alla *white list* indirizzata alla Prefettura di Napoli.

Sulla base di tali sopravvenienze, l'appellata ha eccepito l'inammissibilità del gravame per difetto di interesse.

Nel merito, l'appellata ha chiesto la reiezione del gravame, deducendo che l'Amministrazione non aveva effettuato alcuna valutazione sul cambio della compagine societaria, precedente all'emanazione del provvedimento impugnato, senza pronunciarsi sull'eventuale condizionamento da parte dei soggetti estromessi rispetto a quelli che hanno continuato a mantenere partecipazioni societarie.

Sotto altro profilo, l'appellata ha escluso l'esistenza di qualsiasi rapporto tra -OMISSIS-(ex socio accomandante) e -OMISSIS-, legale rappresentante della -OMISSIS-s.r.l., e, pertanto, di tentativi di condizionamento mafioso della -OMISSIS-, avendo questa risolto unilateralmente il contratto di avvalimento precedentemente sottoscritto con la -OMISSIS-.

Infine, l'appellante ha lamentato l'omessa considerazione dell'intervenuto commissariamento giudiziale della società, per un semestre, da parte del Tribunale penale di -OMISSIS-, conclusosi in data 16.09.2017 e non rinnovato, né prorogato, nonché della denuncia sporta dall' -OMISSIS-per le minacce pervenutegli da ambienti malavitosi rispetto ad attività edilizie.

In conclusione, l'appellata ha chiesto la reiezione dell'appello siccome inammissibile ed infondato ovvero improcedibile, risultando il provvedimento di

diniego di iscrizione nella *white list* e gli atti consequenziali fondati su presupposti insufficienti o, comunque, non più attuali.

6. Con successiva memoria, depositata in data 31.10.2018, l'appellata ha riproposto le censure poste a fondamento dei ricorsi esaminati in primo grado, ma assorbite dalla decisione del T.a.r.

In particolare, oltre a ribadire le deduzioni e difese già sviluppate nella memoria di costituzione, -OMISSIS- ha lamentato:

- la mancata valutazione, da parte della Prefettura di Caserta, delle controdeduzioni formulate a seguito della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di iscrizione nella *White list*, nonché della manifestazione di disponibilità della società ad integrare la documentazione prodotta;

- che i fatti riguardanti gli ex soci della -OMISSIS- attenevano ad un procedimento penale non esitato in processo all'epoca della comunicazione del preavviso di rigetto da parte della Prefettura e che le misure cautelari personali inizialmente disposte a carico dei soci erano venute meno o si erano attenuate in sede di riesame;

- che a seguito dell'adozione del provvedimento interdittivo emesso dalla Prefettura di Caserta a carico della società -OMISSIS-s.r.l., la -OMISSIS- aveva immediatamente interrotto ogni rapporto in essere con la stessa;

- che le contestazioni relative al reato di turbativa d'asta per l'affidamento del servizio di igiene urbana del comune di -OMISSIS- non avevano portato ad alcuna condanna, mentre le contestazioni relative alla violazione dell'art. 353 bis c.p. a carico di -OMISSIS-, pur essendo esitate in un rinvio a giudizio, concernevano soggetti ormai estranei alla azienda;

- l'errata applicazione, da parte della Prefettura, della normativa applicabile ai provvedimenti interdittivi e, segnatamente, dell'art. 91 del d. Lgs. n. 159/2011,

estesa impropriamente al diverso provvedimento di diniego di iscrizione alla *white list*;

- l'assenza di altre misure di prevenzione o informative antimafia a carico della società, con conseguente arbitrarietà e difetto di proporzionalità del provvedimento impugnato;

- l'erroneità della determina con la quale era stato disposto il recesso unilaterale del Comune di -OMISSIS- dal contratto di appalto rep. N. -OMISSIS-, risultando la -OMISSIS- attinta da un provvedimento di diniego di iscrizione in *white list* e non da una interdittiva antimafia, avendo peraltro il Comune adottato la delibera in assenza della comunicazione di cui all'art. 10 bis della L. n. 241/1990 e di un'approfondita istruttoria;

- l'illegittimità della determina con la quale era stata disposta l'applicazione di una penale pari al 10% dell'importo contrattuale come conseguenza dell'intervenuto recesso unilaterale dal contratto d'appalto n. -OMISSIS-, in asserita applicazione dell'art. 9 del contratto sottoscritto tra le parti, risultando in realtà l'applicazione della penale prevista nella sola ipotesi in cui si fosse provveduto a dare avvio al servizio sottoscrivendo il contratto "sotto riserva di legge", nonché l'abnormità dell'importo della penale pari al 10% del valore dell'appalto.

7. Con ordinanza n. -OMISSIS-del 14.12.2018 la Sezione, in accoglimento dell'istanza avanzata dalle appellanti, ha sospeso l'esecutività della sentenza appellata.

8. Si è costituito il Comune di -OMISSIS-, deducendo l'equipollenza del diniego di iscrizione nella *white list* rispetto all'interdittiva antimafia e la vincolatività delle discendenti determinazioni amministrative in relazione alla revoca dei rapporti contrattuali in essere con imprese controindicate, concludendo per l'annullamento della sentenza appellata.

Con successiva memoria depositata in data 7 giugno 2019, Il Comune ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in relazione alle vicende relative al recesso dal contratto di appalto rep. n. -OMISSIS- e di applicazione della penale, citando, quali precedenti, l'ordinanza delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione n.489 del 10 gennaio 2019 e la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2128 del 1 aprile 2019, nonché il sopravvenuto difetto di interesse all'impugnazione, in ragione dell'avvenuto annullamento in autotutela dell'intera gara d'appalto, disposta con determina dirigenziale n. 30 del 19.03.2019.

9. Con ordinanza n. -OMISSIS-del 1 aprile 2019, poi ribadita con l'ordinanza n. 5-OMISSIS-, il Collegio ha disposto l'acquisizione dell'esito del nuovo procedimento di iscrizione nella *white list* e degli accertamenti ivi contenuti, in ordine alla nuova composizione della società -OMISSIS-

10. Ha spiegato intervento *ad adiuvandum* il Comune di -OMISSIS-.

11. Con memoria depositata in data 28 maggio 2019, la -OMISSIS-ha depositato il decreto n. -OMISSIS-, con il quale il Tribunale penale di -OMISSIS- ha respinto l'istanza di ammissione al controllo giudiziale ex art. 34 bis comma 6 del d.lgs n. 159/2011, per assenza del doveroso presupposto del "rischio di infiltrazione malavitosa".

Su tale presupposto, la società ha insistito per la conferma della sentenza impugnata, dovendosi ritenere illegittimo il diniego di iscrizione in *white list*, ponendosi ogni differente statuizione in contrasto con un'interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 89 bis, 91 e 94 del D.Lgs. n. 159/2011. Al riguardo, l'appellata ha anche chiesto al Collegio di sollevare questione di legittimità costituzionale dei suddetti articoli per contrasto con gli artt. 3, 24, 27, 41, 42 e 97 della Costituzione, laddove interpretati nel senso di consentire al Prefetto di interdire un'azienda sulla base di indizi labili, o, comunque, con ampio potere discrezionale, nonché dell'art. 34 bis del medesimo decreto legislativo per

contrasto con gli articoli 2, 3 e 41 Cost., nella parte in cui non prevede alcun rimedio per le aziende che non vengono ammesse al controllo giudiziario ed alla conseguente continuità aziendale, pur in assenza di una riscontrata permeabilità mafiosa.

12. Con nota di deposito in data 4.12.2019, la Prefettura di Caserta ha allegato il provvedimento datato 4.12.2019, con il quale la Prefettura di Napoli (competente alla luce delle modifiche societarie medio tempore intervenute), in sede di riesame dell'originario provvedimento di rigetto dell'istanza di rinnovo dell'iscrizione nella *White List* nei confronti della -OMISSIS- di -OMISSIS-, ha adottato nei confronti della -OMISSIS- un'informativa interdittiva, affermando la sussistenza, "allo stato", di "tentativi di infiltrazione mafiosa da parte della criminalità organizzata e tendenti a condizionarne le scelte e gli indirizzi".

13. Con ordinanza n. -OMISSIS- del 20 aprile 2021 il Collegio, in accoglimento dell'istanza avanzata dalla -OMISSIS- ha rinviato la trattazione del fascicolo, risultando già fissata, innanzi alla Corte di Appello di Napoli, la camera di consiglio per la trattazione del ricorso proposto dalla società avverso il diniego di ammissione al controllo giudiziario ex articolo 34 bis del codice antimafia. Nella medesima ordinanza il Collegio ha inoltre ritenuto opportuno disporre il rinvio per consentire la trattazione congiunta del presente fascicolo con quello rubricato al NRG -OMISSIS-, già pendente dinanzi alla Sezione, proposto dalla -OMISSIS- avverso la sentenza del Tar per la Campania n. -OMISSIS-, di reiezione del ricorso proposto dalla società avverso il provvedimento prefettizio che aveva confermato il diniego di iscrizione.

14. Con ordinanza n. -OMISSIS- il Collegio, rilevato che la società era stata nel frattempo ammessa al controllo giudiziario con decreto della Corte di Appello di Napoli, n. -OMISSIS-, che aveva riformato il decreto del Tribunale di -OMISSIS-

n. -OMISSIS-, ha sospeso il giudizio sino al decorso del termine di efficacia del controllo giudiziario, pari ad un anno.

15. Con memoria depositata in data 9 ottobre 2023, la -OMISSIS- ha rappresentato che il Tribunale di Napoli, con provvedimento del 12.09.2022, aveva disposto la revoca del controllo giudiziario, escludendo la necessità di disporre misure più invasive, precisando di aver indirizzato alla Prefettura, in data 04.01.2023, istanza di aggiornamento delle informazioni ai sensi dell'art. 91, comma 5 d.lgs. n. 159/2011.

16. Aderendo ad analoga istanza presentata dalla società, il Collegio ha pertanto disposto un rinvio dell'udienza di trattazione del merito dell'appello.

17. Con memoria depositata agli atti del giudizio in data 7 febbraio 2024, la -OMISSIS- ha depositato copia del ricorso proposto avverso il silenzio serbato dalla Prefettura di Napoli su di una nuova istanza di aggiornamento delle informazioni antimafia, proposta dalla società ai sensi dell'art. 91, comma 5 d.lgs. n. 159/2011 in data 4.1.2023 e del relativo avviso di fissazione di udienza di udienza dinanzi al T.a.r. per la Campania, Napoli, per il giorno 17.4.2024.

18. Con memoria depositata agli atti del giudizio in data 21 febbraio 2024, la difesa erariale ha depositato copia del provvedimento emesso dalla Prefettura di Napoli prot. n.-OMISSIS-, che ha confermato dell'interdittiva antimafia emessa in data 4.12.2019 dalla medesima Prefettura.

19. All'udienza pubblica del 21 marzo 2024 l'appello è stato introitato per la decisione.

20. L'Appello è fondato, dovendosi, in riforma della decisione impugnata, dichiarare il ricorso di primo grado in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ed in parte infondato.

21. In via preliminare, va respinto l'eccezione di inammissibilità del gravame per difetto di interesse, formulata da -OMISSIS-.

Nonostante, infatti, la società -OMISSIS- si sia trasformata nella -OMISSIS-, avente una diversa compagine societaria e nonostante quest'ultima sia stata attinta, a sua volta, da specifici provvedimenti interdittivi (provvedimento della Prefettura di Napoli del 4.12.2019, confermato da provvedimento della medesima prefettura in data 16.02.2024), continua a sussistere l'interesse alla decisione sull'appello, in relazione alla continuità tra il vecchio ed il nuovo assetto aziendale ed ai connessi motivi di controindicazione, posti a fondamento anche dei provvedimenti successivamente emessi dalla Prefettura di Napoli, che sebbene non impugnati nel presente giudizio, sono oggetto di diversi contenziosi azionati dalla -OMISSIS-, pendenti anche dinanzi a questa Sezione.

Inoltre, l'originario divieto di iscrizione nella *white list* ha prodotto effetti per un rilevante lasso di tempo, determinando l'emanazione dei provvedimenti consequenziali assunti dal Comune di -OMISSIS- (determina n. -OMISSIS- di rescissione del contratto di appalto rep. n. -OMISSIS- relativo al servizio di spazzamento e trasporto dei rifiuti solidi urbani e determina n.-OMISSIS- di applicazione della penale ai sensi dell'art. 9 del contratto d'appalto), oggetto di impugnazione nel presente giudizio e legati da un rapporto di presupposizione con il provvedimento di diniego di iscrizione nella *white list*, che ne costituisce il presupposto.

22. Venendo al merito dell'appello, giova premettere che l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cd. *white list*) è disciplinata dagli stessi principi che regolano l'interdittiva antimafia, in quanto si tratta di misure volte alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione (Consiglio di Stato sez. III, 20/02/2019, n. 1182; 11/04/2019, n. 1917).

Ed infatti, il conseguimento dell'iscrizione nelle *white lists*, è subordinato dall'art. 1, comma 52 della legge n. 190/2012 alla preventiva verifica da parte della Prefettura della circostanza che gli operatori economici richiedenti siano in possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio dell'informazione antimafia liberatoria: assenza delle cause di decadenza, sospensione e di divieto elencate dall'art. 67 del D.Lgs. n. 159/2011 ed assenza di tentativi di infiltrazioni mafiose, desunte dal ventaglio di fattispecie elencate dall'art. 84 comma 4 e dall'art 91 comma 6 del medesimo D.Lgs. n. 159/2011.

23. In tema di interdittiva antimafia, l'orientamento della Sezione è consolidato nel ritenere:

a) quanto ai presupposti per l'emanazione dei provvedimenti interdittivi ed al conseguente sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo

- che l'informativa antimafia implica una valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa. Tale pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipico dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere "più probabile che non" il pericolo di infiltrazione mafiosa (tra le tante, 16 giugno 2023, n. 5964; 22 maggio 2023, n. 5024; 27 dicembre 2019, n. 8882; 5 settembre 2019, n. 6105; 20 febbraio 2019, n. 1182);

- che lo stesso legislatore - art. 84, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011 - ha riconosciuto quale elemento fondante l'informazione antimafia la sussistenza di "eventuali tentativi" di infiltrazione mafiosa "tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate". Eventuali tentativi di infiltrazione

mafiosa e tendenza di questi ad influenzare la gestione dell'impresa sono nozioni che delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzato, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o invero, ma anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori (sent. n. 758/2019);

- che il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame (ex multis, 18 settembre 2023 n. 8395);

b) in relazione ai rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e familiari che siano soggetti affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose

- che l'Amministrazione può dare loro rilievo laddove tale rapporto, per la sua natura, intensità o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del "più probabile che non", che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regia familiare (di diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto con il proprio congiunto. Nei contesti sociali, in cui attecchisce il fenomeno mafioso, all'interno della famiglia si può verificare una "influenza reciproca" di comportamenti e possono sorgere legami di cointeressenza, di solidarietà, di copertura o quanto meno di soggezione o di tolleranza; una tale influenza può

essere desunta non dalla considerazione (che sarebbe in sé errata e in contrasto con i principi costituzionali) che il parente di un mafioso sia anch'egli mafioso, ma per la doverosa considerazione, per converso, che la complessa organizzazione della mafia ha una struttura clanica, si fonda e si articola, a livello particellare, sul nucleo fondante della 'famiglia', sicché in una 'famiglia' mafiosa anche il soggetto, che non sia attinto da pregiudizio mafioso, può subire, nolente, l'influenza del 'capofamiglia' e dell'associazione. Hanno dunque rilevanza circostanze obiettive (a titolo meramente esemplificativo, ad es., la convivenza, la cointeressenza di interessi economici, il coinvolgimento nei medesimi fatti, che pur non abbiano dato luogo a condanne in sede penale) e rilevano le peculiari realtà locali, ben potendo l'Amministrazione evidenziare come sia stata accertata l'esistenza - su un'area più o meno estesa - del controllo di una 'famiglia' e del sostanziale coinvolgimento dei suoi componenti.

In altri termini, tale influenza può essere desunta dalla doverosa constatazione che l'organizzazione mafiosa tende a strutturarsi secondo un modello "clanico", che si fonda e si articola, a livello particellare, sul nucleo fondante della famiglia, sicché in una famiglia mafiosa anche il soggetto che non sia attinto da pregiudizio mafioso può subire, nolente, l'influenza, diretta o indiretta, del capofamiglia e dell'associazione (Cons. St., sez. III, 29 maggio 2023, n. 5227; 29 maggio 2023, n. 5227; 7 febbraio 2018, n. 820);

c) in relazione all'estensione della prognosi di permeabilità mafiosa ad imprese legate da rapporti commerciali o da vincoli associativi con quella controindicata - che uno degli indici del tentativo di infiltrazione mafiosa nell'attività d'impresa - di per sé sufficiente a giustificare l'emanazione di una interdittiva antimafia - è stato identificato nella instaurazione di rapporti commerciali o associativi tra un'impresa e una società già ritenuta esposta al rischio di influenza criminale (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 26 maggio 2016, n. 2232). La ratio di tale regola dev'essere, in

particolare, rinvenuta nella valenza sintomatica (del rischio di collusioni illecite con organizzazioni mafiose) attribuibile a cointeressenze economiche particolarmente pregnanti tra un'impresa certamente gravata da controindicazioni antimafia e un'altra che fa affari con essa. Perché possa presumersi il 'contagio' alla seconda impresa della 'mafiosità' della prima è, ovviamente, necessario che la natura, la consistenza e i contenuti delle modalità di collaborazione tra le due imprese siano idonei a rivelare il carattere illecito dei legami stretti tra i due operatori economici. Là dove, in particolare, l'analisi dei rapporti tra le due imprese manifesti una plausibile condivisione di finalità illecite e una verosimile convergenza verso l'assoggettamento agli interessi criminali di organizzazioni mafiose, desumibili, ad esempio, dalla stabilità, dalla persistenza e dalla intensità dei vincoli associativi o delle relazioni commerciali, può presumersi l'esistenza di un sodalizio criminoso tra i due operatori. Là dove, viceversa, l'esame dei contatti tra le società riveli il carattere del tutto episodico, inconsistente o remoto delle relazioni d'impresa, deve escludersi l'automatico trasferimento delle controindicazioni antimafia dalla prima alla seconda società. Mentre, infatti, nella prima ipotesi la continuità e la particolare qualificazione della collaborazione tra le imprese giustifica il convincimento, seppur in termini prognostici e probabilistici, che l'impresa 'mafiosa' trasmetta alla seconda il suo corredo di controindicazioni antimafia, potendosi presumere che la prima scelga come partner un soggetto già colluso o, comunque, permeabile agli interessi criminali a cui essa resta assoggettata (o che, addirittura, interpreta e persegue), nel secondo caso, al contrario, il carattere del tutto sporadico e scarsamente significativo dei contatti tra i due operatori impedisce di formulare la predetta valutazione (in presenza di ulteriori e diversi indici sintomatici).” (Consiglio di Stato sez. III, 22/06/2016, n.2774).

24. Tanto premesso, ritiene il Collegio che nel caso di specie la motivazione del provvedimento di diniego della Prefettura di Caserta si fondi su elementi

effettivamente idonei e sufficienti a sorreggere la prognosi di pericolo di infiltrazione mafiosa della società formulata dall'Amministrazione.

24.1 Per quanto concerne i legami familiari tra la vecchia e la nuova compagine societaria, deve premettersi che la -OMISSIS- è composta da -OMISSIS--OMISSIS-, -OMISSIS--OMISSIS-, mentre ne è amministratore -OMISSIS-. Questa società è succeduta alla “-OMISSIS- di -OMISSIS--OMISSIS-e C.”, della quale erano soci -OMISSIS--OMISSIS-e -OMISSIS--OMISSIS-, a carico dei quali sono stati riscontrati precedenti di polizia e cointeressenze con altri soggetti e società controindicate.

I predetti sono stati estromessi dalla società prima dell'emanazione del provvedimento impugnato, ma al loro posto sono subentrati altri familiari, con la conseguenza che, nei fatti, la compagine sociale ha subito un cambiamento nominativo, pur rimanendo la gestione dell'impresa nelle mani del medesimo complesso familiare.

Ed infatti:

- -OMISSIS--OMISSIS- è moglie convivente di -OMISSIS-;

- -OMISSIS--OMISSIS- è moglie convivente di -OMISSIS--OMISSIS-;

- -OMISSIS- è la madre di -OMISSIS--OMISSIS-.

-OMISSIS- è proprio la figura sulla quale si incentra la motivazione del diniego di iscrizione in *white list*, in quanto attinto da ordinanza cautelare per reati associativi, truffa, corruzione e turbata libertà degli incanti in ambito di rifiuti (insieme con -OMISSIS--OMISSIS-).

Questi, attinto prima da ordinanza di custodia cautelare in carcere e poi dalla misura degli arresti domiciliari in relazione al reato di cui all'art. 353 bis c.p., è stato poi rinviato a giudizio a nell'ambito del p.p. -OMISSIS-/ RGNR incardinato dalla Procura della Repubblica, presso il Tribunale di -OMISSIS- unitamente ad -OMISSIS--OMISSIS-.

Peraltro, è emerso dagli atti del giudizio che:

- -OMISSIS-, al quale è stata ceduta la -OMISSIS- in qualità di socio accomandatario e amministratore è il cognato della citata -OMISSIS--OMISSIS-e lo stesso risulta peraltro tra i soci fondatori di quella che originariamente era stata costituita (in data 13.11.2000), con la denominazione di “-OMISSIS- di -OMISSIS--OMISSIS-& C”;

- in data 31.12.2017, -OMISSIS--OMISSIS- ha ceduto la propria quota al coniuge, -OMISSIS-, mentre in data 17.9.2016, dopo che -OMISSIS--OMISSIS-e -OMISSIS--OMISSIS-erano stati estromessi (in quanto destinatari a far data dal 13.09.2016 di una O.C.C. del Nucleo di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza di Caserta) gli stessi venivano sostituiti dai nuovi amministratori, -OMISSIS- (marito di -OMISSIS--OMISSIS-), socio accomandatario, dal 17.09.2016, e -OMISSIS--OMISSIS-(moglie convivente di -OMISSIS-), socio accomandante;

--OMISSIS- è anche socio della “-OMISSIS-.”, il cui socio amministratore è -OMISSIS-e della “-OMISSIS--OMISSIS-”, in liquidazione, il cui socio è sempre -OMISSIS--OMISSIS-;

- sussistono comprovate cointeressenze economiche e rapporti commerciali tra la “-OMISSIS--OMISSIS-S.n.c. di -OMISSIS--OMISSIS-& C.” e la -OMISSIS- di -OMISSIS-;

- da ultimo, la sede secondaria della -OMISSIS- di-OMISSIS- è stata posta presso lo stesso indirizzo già sede della -OMISSIS- di -OMISSIS--OMISSIS-, nonché della -OMISSIS--OMISSIS-s.n.c. di -OMISSIS--OMISSIS-e C..

Alla luce di tali indizi fattuali, risultano infondate le eccezioni e le difese dell'appellata, in quanto, pur non essendosi la Prefettura di Caserta espressa sul nuovo assetto societario e sulla persona del nuovo amministratore-OMISSIS-, ciò che rileva è la continuità tra vecchia e nuova *governance* societaria, dimostrata dal passaggio dei ruoli e delle qualifiche tra soggetti avvinti da rapporti di parentela e

convivenza, che non dimostrano una discontinuità tra vecchia e nuova gestione, ma, al contrario, confermano la persistenza del medesimo centro decisionale ed i medesimi elementi di controindicazione.

25.2 Tra questi, la Prefettura ha correttamente valorizzato i rapporti tra la -OMISSIS- ed il suo socio accomandante -OMISSIS--OMISSIS-e -OMISSIS-, legale rappresentante della “-OMISSIS-s.r.l.”, colpita da interdittiva n.-OMISSIS- del 13/08/2015, confermata in sede giurisdizionale, che rilevano sotto il profilo delle cointeressenze economiche particolarmente pregnanti tra un'impresa certamente gravata da controindicazioni antimafia e un'altra che fa affari con essa.

La particolare pregnanza delle suddette cointeressenze economiche va individuata negli accordi intercorsi tra le due imprese al fine di coordinare la propria partecipazione alle procedure di aggiudicazione del servizio di igiene urbana del Comune di -OMISSIS-, ovvero di -OMISSIS-, il che dimostra un elevato livello di cooperazione nell'attività di impresa, gestita in maniera sinergica tra le due società.

Tali cointeressenze economiche ed univoche strategie aziendali non possono ritenersi ininfluenti a seguito della risoluzione del contratto di avvalimento, su cui ha insistito la difesa dell'appellata, che può esplicitare effetti *pro futuro*, ma non può eliminare la rilevanza dei legami tra la -OMISSIS- e la -OMISSIS-, quest'ultima sia nella precedente configurazione precedente all'allontanamento del-OMISSIS-e della -OMISSIS-, sia in quella successiva, che ne costituisce il proseguimento di fatto.

26. Per tali ragioni, non risulta condivisibile quanto affermato dal primo giudice, in relazione all'assenza di indagini, da parte della Prefettura, sulla nuova compagine sociale, conseguente all'allontanamento di -OMISSIS--OMISSIS-e -OMISSIS--OMISSIS-dall'impresa.

La circostanza del suddetto allontanamento, conseguente all'emissione dell'ordinanza di custodia cautelare a carico dei suddetti soci, è stata rappresentata

dalla difesa della ricorrente in sede di osservazioni fornite con nota del 26.10.2017, ma ritenuta ininfluenza dalla Prefettura, stante l'evidente continuità di gestione, essendo di -OMISSIS- (marito di -OMISSIS--OMISSIS-) e -OMISSIS--OMISSIS- (moglie di -OMISSIS-) subentrati nella società al posto dei precedenti amministratori dimissionari.

27. La comune regia familiare, nonché le comprovate interessenze economiche e gestionali con altra impresa attinta da interdittiva antimafia, hanno determinato l'Amministrazione a ritenere recessivi gli elementi riproposti dalla società anche nel presente grado di appello e consistenti, in particolare, nella circostanza che i fatti riguardanti gli ex soci della -OMISSIS- attenessero ad un procedimento penale non esitato in processo all'epoca della comunicazione del preavviso di rigetto da parte della Prefettura, ovvero che le misure cautelari personali inizialmente disposte a carico dei soci fossero venute meno o fossero state attenuate in sede di riesame, ovvero ancora che la società fosse stata gestita per sei mesi da un Commissario giudiziale che non aveva rilevato alcuna anomalia.

27.1 Quanto alle prime due circostanze, deve ribadirsi che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, ai sensi degli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011 l'informativa antimafia è un provvedimento a carattere preventivo, finalizzato ad attestare la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi gestionali della società od impresa interessata, con la duplice conseguenza che: a) i poteri inibitori attribuiti all'Autorità di Pubblica Sicurezza sono esercitabili già in uno stadio preliminare del procedimento penale, anche in presenza di condotte non penalmente rilevanti e persino nell'ipotesi in cui il procedimento penale si sia concluso con un'archiviazione o un'assoluzione (Consiglio di Stato sez. III, 08/07/2020, n.4372); b) la legittimità dell'informativa antimafia interdittiva, al pari di ogni altro provvedimento amministrativo, va scrutinata sulla base dello stato di

fatto e di diritto sussistente al momento della sua adozione, alla stregua del principio *tempus regit actum* e pertanto il sopraggiungere anche di una sentenza penale assolutoria che operi una ricostruzione difforme rispetto ad una precedente ordinanza di custodia cautelare, non può non essere qualificata come un fatto nuovo e successivo, a nulla rilevando in contrario la circostanza che abbia ad oggetto - in fasi e tempi diversi del medesimo procedimento penale - le stesse imputazioni (Consiglio di Stato sez. III, 12/09/2023, n.8269).

27.2 Per le stesse ragioni, non dirimente si appalesa la circostanza che la -OMISSIS- sia stata gestita per sei mesi (da marzo a settembre del 2017) da un Commissario giudiziale nominato dal Tribunale Penale di -OMISSIS-, il quale non avrebbe rilevato anomalie nella gestione della società, circostanza non idonea a privare di rilevanza gli elementi collaterali alla gestione contabile e funzionale dell'impresa, sui quali si è appuntato il diniego di iscrizione emanato dalla Prefettura.

27.3 Nemmeno le deduzioni relative alle statuizioni contenute nel decreto n.-OMISSIS- del Tribunale di -OMISSIS- – sez. Misure di Prevenzione appaiono dirimenti.

E' vero, infatti, che il giudice della prevenzione, nel negare l'ammissione della società al controllo giudiziario ex art. 34-bis comma 6 del D.Lgs. n. 159/2011, ha escluso che la -OMISSIS- (e prima di essa la -OMISSIS-) fosse impresa soggiacente alle consorterie criminose, tuttavia tale valutazione risulta effettuata con specifico riferimento ad eventuali rapporti o interessenze con il "clan dei casalesi", mentre il provvedimento impugnato concerne le vicende penali che hanno interessato -OMISSIS--OMISSIS-e -OMISSIS-, rinviati a giudizio per i reati ascritti, nonché i rapporti tra la -OMISSIS- e la -OMISSIS-s.r.l., gravata da interdittiva antimafia definitiva.

A ciò deve aggiungersi che il controllo giudiziario volontario ex art 34 bis comma 6 del D.Lgs. n. 159/2011 e il provvedimento interdittivo antimafia, ovvero il diniego di iscrizione in *white list* che si fonda sui medesimi presupposti, sono il frutto di distinte valutazioni di competenza del Tribunale per le misure di prevenzione, nel primo caso, e del Prefetto, nel secondo.

Mentre il Prefetto, infatti, formula un giudizio di pericolo di condizionamento mafioso basato sugli atti dell'istruttoria svolta dagli organi competenti, il Tribunale per le misure di Prevenzione, basandosi non esclusivamente su quel presupposto, effettua una valutazione estesa alla natura occasionale o meno del condizionamento ed una prognosi relativa alla possibilità dell'impresa di intraprendere un percorso di risanamento.

Nell'ottica di risanamento in cui si pone il controllo giudiziario, con particolare riguardo al controllo c.d. volontario di cui al comma 6 del medesimo art. 34-bis, la Corte di Cassazione ha evidenziato le peculiarità dell'accertamento del giudice penale, necessariamente successivo all'intervento prefettizio, che "sta però nel fatto che il fuoco della attenzione e quindi del risultato di analisi deve essere posto non solo su tale pre-requisito, quanto piuttosto, valorizzando le caratteristiche strutturali del presupposto verificato, sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni (nel caso della amministrazione, anche vere intromissioni) che il giudice delegato può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata".

In questa direzione si è ulteriormente precisato che la valutazione sull'esistenza di "un'infiltrazione connotata da occasionalità non sia finalizzata all'acquisizione di un dato statico - consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente: una mera fotografia del passato - bensì alla argomentata formulazione di un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata, connotata da

condizionamento e/o agevolazione di soggetti o associazioni criminali, mediante l'intera gamma degli strumenti previsti dall'art. 34-bis" (Cass. pen., VI, 14 gennaio 2021, n. 1590).

In buona sostanza, il provvedimento prefettizio costituisce uno dei presupposti per la formulazione della domanda e per successiva ammissione al controllo giudiziario, ma la mancata ammissione al suddetto beneficio da parte del Tribunale per la Prevenzione non implica, automaticamente, l'insussistenza dei presupposti su cui si fonda il provvedimento prefettizio, soprattutto quando, come nel caso di specie, quest'ultimo si fonda su plurime ragioni, alcune delle quali non considerate nel provvedimento del giudice ordinario della prevenzione.

All'autonomia tra i due giudizi, di prevenzione penale ed amministrativo, consegue che in essi i giudici potrebbero pervenire a conclusioni diverse, ciascuno seguendo le regole e gli *standard* probatori della propria giurisdizione, ma tale possibilità non deve essere declinata in termini di antagonismo, quasi a voler configurare il giudizio di prevenzione alla stregua di un'impugnazione parallela dell'attività prefettizia, come pure parrebbe evincersi dal più volte citato decreto n. -OMISSIS- del Tribunale penale di -OMISSIS-.

Ed infatti, com'è stato efficacemente rilevato dalla Corte di Appello di Napoli con il decreto n. 107 bis/2021, che ha riformato il decreto n. -OMISSIS- del Tribunale di -OMISSIS- ammettendo l'impresa al controllo giudiziario, la fondatezza dell'interdittiva secondo i criteri del diritto amministrativo non rileva ai fini dell'ammissione al controllo giudiziario, per il quale il giudice della prevenzione deve solo valutare se il grado di infiltrazione/agevolazione è talmente elevato da non poter efficacemente contrastato con il mero controllo, ammettendo senz'altro l'impresa al beneficio laddove la verifica sia negativa.

28. Inquadrato l'istituto da tale condivisibile angolo prospettico, evaporano sospetti di legittimità costituzionale dell'art. 34 bis del D.Lgs. n. 159/2011 per

contrasto con gli articoli 2, 3 e 41 Cost. paventati dalla difesa dell'appellata, nella parte in cui la norma non prevede alcun rimedio per le aziende che non vengono ammesse al controllo giudiziario, pur in assenza di una riscontrata permeabilità mafiosa.

Peraltro, la questione di costituzionalità, come prospettata nel presente giudizio, appare priva di rilevanza, avendo l'appellata conseguito il beneficio dell'ammissione al controllo giudiziario volontario, per effetto del citato provvedimento della Corte di appello di Napoli.

29. Non manifestamente fondata è poi anche l'altra questione di legittimità costituzionale prospettata dall'appellata, relativamente agli articoli 89 bis, 91 e 94 del D.Lgs. n. 159/2011 per contrasto con gli artt. 3, 24, 27, 41, 42 e 97 della Costituzione, laddove interpretati nel senso di consentire al Prefetto di interdire un'azienda sulla base di indizi labili, o, comunque, con ampio potere discrezionale.

A tal riguardo, è sufficiente richiamare il consolidato orientamento del Giudice delle Leggi in tema di Interdittiva antimafia (sentenze n. 24/2019, n. 195/2019 e n. 57/2020), che ha avvalorato i principi elaborati dalla giurisprudenza di questa Sezione, ricordando come la forza intimidatoria del vincolo associativo e la mole ingente di capitali provenienti da attività illecite sono inevitabilmente destinate a tradursi in atti e comportamenti che inquinano e falsano il libero e naturale sviluppo dell'attività economica nei settori infiltrati, con grave vulnus, non solo per la concorrenza, ma per la stessa libertà e dignità umana.

Le modalità, poi, di tale azione criminale non sono meno specifiche, perché esse manifestano una grande "adattabilità alle circostanze": variano, cioè, in relazione alle situazioni e alle problematiche locali, nonché alle modalità di penetrazione, e mutano in funzione delle stesse.

Ha aggiunto la Corte costituzionale che quello che si chiede alle autorità amministrative non è di colpire pratiche e comportamenti direttamente lesivi degli

interessi e dei valori prima ricordati, compito naturale dell'autorità giudiziaria, bensì di prevenire tali evenienze, con un costante monitoraggio del fenomeno, la conoscenza delle sue specifiche manifestazioni, la individuazione e valutazione dei relativi sintomi, la rapidità di intervento.

È in questa prospettiva anticipatoria della difesa della legalità che si colloca il provvedimento di informativa antimafia al quale, infatti, è riconosciuta dalla giurisprudenza natura "cautelare e preventiva" (Cons. St., A.P., 6 aprile 2018, n. 3), comportando un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali della infiltrazione mafiosa.

La Corte costituzionale ha quindi fatto riferimento alle situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale, individuate da questa Sezione. Tra queste: i provvedimenti "sfavorevoli" del giudice penale; le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa; la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d.lgs. n. 159 del 2011; i rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una "regia collettiva" dell'impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia "clanica"; i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa e nella sua gestione, incluse le situazioni in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un "volto di legalità" idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi "benefici"; l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità.

30. Per questi motivi il provvedimento di diniego di iscrizione emanato dalla Prefettura di Caserta deve ritenersi legittimo, dovendosi al riguardo riformare l'impugnata sentenza del T.a.r. per la Campania.

31. Venendo ai motivi di censura relativi alle discendenti determine comunali di recesso dal contratto di appalto rep. N. -OMISSIS- e di applicazione della penale, non esaminate dal primo giudice ma tempestivamente riproposte dall'appellata in questo grado di giudizio, non può essere esaminata l'eccezione di inammissibilità per difetto di giurisdizione sollevata dal Comune di -OMISSIS-, che non ha formulato analoga eccezione nel primo grado del giudizio, né in grado di appello entro i termini perentori previsti dall'art. 101 comma 2 c.p.a., incorrendo pertanto nella preclusione di cui all'art. 9 c.p.a..

Risulta invece fondata l'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse formulata dal medesimo Comune con la memoria del 7 giugno 2019, in ragione dell'avvenuta revoca in autotutela dell'intera gara d'appalto CIG -OMISSIS-conclusa con la stipula del contratto di appalto n. -OMISSIS-, disposta con determina dirigenziale n. 30 del 19.03.2019, che ha travolto l'intera procedura di gara e gli atti consequenziali impugnati nel presente giudizio, senza che l'appellata abbia preso posizione in relazione a tale sopravvenienza, che non risulta, agli atti del presente giudizio, oggetto di impugnativa giurisdizionale.

Al riguardo, deve ritenersi ancora attuale la decisione dell'Adunanza plenaria n. 14 del 2014, la quale ha chiarito che "Resta (...) impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità (...) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso (Cass. sezioni

unite, 8 agosto 2012, n. 14260; Cons. Stato: sez III, 23 maggio 2013, n. 2802; sez. V: 7 settembre 2011, n. 5032; 4 gennaio 2011, n. 11, 9 aprile 2010, n. 1998)". Al riguardo, la giurisprudenza successiva ha evidenziato che l'affermazione rimane valida, al di là del richiamo all'articolo 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, ora abrogato, rimarcando che "Un simile potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa anzitutto da parte della stessa Amministrazione procedente, deve quindi riconoscersi a questa anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237), con conseguente inefficacia di quest'ultimo, e trova ora un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa" (Cons. Stato, Sez. III, 22 marzo 2017, n. 1310).

32. Per queste ragioni, l'appello delle Amministrazioni ricorrenti deve essere accolto, con riforma della sentenza appellata, e, per l'effetto il ricorso di primo deve essere in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

33. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate, in ragione della peculiare natura delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, riformando la sentenza appellata, dichiara il ricorso introduttivo in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ed in parte lo respinge, nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellata, nonché tutti i soggetti, persone fisiche e giuridiche, nominativamente indicati nella presente decisione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Pescatore, Presidente FF

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Raffaello Scarpato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaello Scarpato

IL PRESIDENTE
Giovanni Pescatore

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.

