

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N.4533/08 REG.DEC.

N. 2228 REG.RIC.

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

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 2228/2007, proposto dalla Provincia di Reggio Calabria, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Barresi, con domicilio eletto in Roma, Via Edoardo Jenner, 122 presso l'avv. Giuseppe Leotta;

contro

la CO.FOR S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Colaci e Giuseppe Barone, con domicilio eletto in Roma, Via Lovanio, 1, presso l'avv.ssa Maria Giuseppina Lo Iudice;

la Sammarco Giuseppe Costruzioni Gen. Srl in p. e q Cgruppo ATI, non costituitasi;

l'ATI TECNOSTRADE di F. Siriani, non costituitasi;

l'ATI - Perrone geom. Giuseppe, non costituitasi;

l'ATI - ICOP S.r.l., non costituitasi;

e nei confronti del

Ministero Interno – Prefettura Ufficio Territoriale Governo Reggio Calabria, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio in Roma, via dei Portoghesi 12 presso l'Avvocatura Generale dello Stato;

per la riforma

della sentenza del TAR Calabria - Reggio Calabria n. 88/2007,

SC

resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto interventi su autostrada - stipulazione contratto;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Min. Interno – Prefettura Ufficio Terr. Governo Reggio Calabria e della CO.FOR S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 22 Aprile 2008 , relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati Barresi, Colaci, Barone e M. Giannuzzi per l'Avvocatura Generale dello Stato;

Visto il dispositivo di decisione n.383 /2008;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza gravata, il TAR Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, dopo aver richiamato la sentenza dello stesso TAR relativa al ric. n.566/2006 (n. 69/2007), ha accolto il ricorso proposto dalla Co.For s.r.l. avverso i seguenti atti:

-determinazione del dirigente del Settore Viabilità della Provincia di Reggio Calabria n. 29 del 23 dicembre 2005, con cui si è statuito di revocare l'aggiudicazione definitiva dell'appalto relativo all'intervento n. 11 "Collegamento fra lo svincolo autostradale di Rosari e la S.G.C. Jonio Tirreno, ovvero tra lo

- svincolo S. Fili, lo svincolo autostradale di Rosarno e la SS 18;
- nota della Prefettura di Reggio Calabria in data 14 dicembre 2005, prot. N. 45279/05/W/Area 1, con cui è stata trasmessa un' informativa antimafia negativa ai sensi dell'art. 10, secondo comma, del d.p.r. n. 252/1998;
  - provvedimento della Prefettura di Reggio Calabria prot. n. 17052/2005W, Area I, del 6 giugno 2005, con cui è stata istituita una commissione d'accesso ai sensi dell'art. 10, settimo comma, lett. c), del d.p.r. n. 252/1998 per verificare l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa con riguardo alla società CO.FOR. s.r.l.;
  - relazione contenente le risultanze del lavoro svolto dalla predetta Commissione d'accesso;
  - nota del Dirigente della Provincia di Reggio Calabria, prot. n. 63843 in data 8 novembre 2005, con cui è stata chiesta alla Prefettura l' informativa antimafia relativa all'appalto in trattazione;
  - nota della Prefettura di Reggio Calabria n. 37741/05/W/Area 1 del 22 gennaio 2005;
  - nota del dirigente del Settore Affari Generali della Provincia di Reggio Calabria n. 68894 del 29 novembre 2005;
  - nota del dirigente del Settore Affari Generali della Provincia di Reggio Calabria n. 72552 del 15 dicembre 2005;
  - nota del dirigente del Settore Viabilità della Provincia di Reggio Calabria n. 508 del 4 gennaio 2006;
  - nota del dirigente del Settore Viabilità della Provincia di

Reggio Calabria n. 5239 del 23 gennaio 2006;

2. In particolare, il TAR, considerato che l'appalto in questione risulta essere "sotto soglia", ha ritenuto di accogliere la censura con la quale la società ricorrente ha lamentato l'intervenuta violazione dell'art. 10 del D. P.R. n. 252/1998, in quanto le informative antimafia potrebbero essere acquisite solo in relazione a lavori che superino l'importo stabilito in sede comunitaria, con assorbimento delle ulteriori censure.

3. Avverso detta sentenza ha proposto impugnazione la Provincia di Reggio Calabria con un primo atto di appello intitolato "domanda inibitoria", depositato in copia il 15 marzo 2007, essendo l'originale in corso di notifica, con il quale si fa presente che una volta intervenuta l'aggiudicazione della gara, il Dirigente della competente struttura ha ritenuto, sulla base di notizie di stampa, di richiedere le relative informazioni alla Prefettura-Ufficio territoriale del Governo di Reggio Calabria in relazione alla normativa che introduce il divieto di contrarre con società permeate o permeabili da elementi contigui o vicini alla criminalità organizzata. Ha quindi dedotto l'erroneità della sentenza del TAR per aver affermato l'illegittimità della richiesta da parte della Stazione appaltante di informativa di cui all'art. 10 D.P.R. n.252/1998, per il fatto che trattasi di appalto al di sotto della soglia comunitaria, mentre si sarebbe dovuto valutare la legittimità della scelta discrezionale di richiedere l'informativa prefettizia; ha concluso per la richiesta di sospensiva

dell'esecuzione della sentenza del TAR, con riserva di proporre motivi di appello ai sensi dell'art. 23 bis L. n.1034/1971.

In data 28.3.2007 è stato depositato il menzionato atto di appello in originale (domanda inibitoria) nonché un secondo atto di appello in originale denominato "motivi di appello", entrambi con la prova delle notifiche effettuate. Con i motivi di appello è stato dedotto in particolare che l'acquisizione dell'informativa prevista dal'rt. 10 D. P.R. n. 252/1998 non è legata esclusivamente al valore degli appalti di rilevanza comunitaria ma anche, indipendentemente dal valore dell'opera, al divieto posto dal legislatore alla P. A. di contrarre con i soggetti destinatari di informativa negativa, a parte che nella specie il valore dell' appalto deve tener conto del risultato complessivo dei lavori preventivati dalla Regione Calabria ed affidati nell'ambito di accordo quadro alla Provincia di Reggio Calabria.

4.Costituitasi in giudizio, la ricorrente originaria ha eccepito l'inammissibilità dell'appello sotto due profili, da un lato in quanto la sentenza del TAR non sarebbe stata censurata nella parte in cui aveva affermato che negli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria non deve essere richiesta l'informativa antimafia; dall'altro lato in quanto non sarebbe consentito integrare i motivi di appello, né nella specie era stata proposta l'impugnativa del dispositivo (peraltro non intervenuto), con possibilità di riserva dei motivi di appello e comunque neppure i motivi di appello contesterebbero la reale motivazione della

sentenza del TAR.

Con ordinanza n.2311/2007, la Sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

Con memoria conclusiva, la ricorrente originaria ha insistito per l'inammissibilità e/o per il rigetto dell'appello, richiamando, senza riprodurle, anche le censure di 1° grado ritenute assorbite dal TAR.

5.Si è costituito in giudizio anche il Ministero dell'interno, che con il consenso delle parti ha depositato memoria il giorno prima dell'udienza, con la richiesta di rigetto dell'appello.

All'udienza del 22 aprile 2008, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5.Va preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'atto contenente i motivi di appello, proposto dopo che la Provincia di Reggio Calabria aveva depositato "ricorso in appello contenente domanda di inibitoria della sentenza del TAR".

E' vero che nella specie non è stato adottato il dispositivo di sentenza, pur trattandosi della procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici ed in quanto tale soggetto alla disciplina di cui all' art. 23 bis, comma 7, L. 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive modificazioni, che consente l'appello "*nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione del dispositivo*" per "*ottenere la sospensione dell'esecuzione della sentenza*" del TAR, "*con riserva di motivi entro trenta giorni dalla notificazione ed entro novanta giorni dalla comunicazione dalla*

*pubblicazione della sentenza*”. Ciò però non esclude il potere della parte di chiedere misure cautelari provvisorie relative alla sentenza del TAR, come previsto dall’art. 21, commi nono e quindicesimo, L. n.1034/1971 e successive modificazioni, che estende al giudizio davanti al Consiglio di Stato la facoltà del ricorrente di richiedere, anche con separata istanza notificata alle controparti, le misure urgenti provvisorie al Presidente del TAR o della Sezione cui il ricorso è assegnato .

Per cui può essere interpretato come richiesta di misure cautelari urgenti provvisorie il primo atto di appello della Provincia, depositato il 15 marzo 2007, anche se irregolarmente non indirizzato al Presidente della Sezione, essendovi un chiaro ed espresso riferimento all’esigenza di sospendere l’esecuzione della sentenza del TAR.

In ogni caso il primo atto di appello non potrebbe essere considerato impugnazione parziale, con conseguente acquiescenza alle parti della sentenza non impugnate, ai sensi dell’art. 329 c.p.c., atteso che per aversi acquiescenza parziale è necessario che dal contesto dell’atto di impugnazione si deduca in modo non equivoco la volontà dell’appellante di sottoporre solo in parte la decisione all’esame d’appello ed inoltre l’acquiescenza può verificarsi solo con riferimento ai capi della sentenza completamente autonomi, in quanto concernenti questioni del tutto indipendenti da quelle investite dal motivo di gravame, perchè fondate su autonomi presupposti di fatto e di diritto, tali

da consentire che ciascun capo conservi l'efficacia precettiva anche se gli altri vengano meno (Cfr. Cass. sez. 1°, 7 gennaio 2008 n. 33 e precedenti ivi indicati). Ma nel caso in esame non solo nell'atto con domanda inibitoria è espressa esplicita volontà della Provincia di proporre ulteriori motivi di impugnazione, ma la sentenza del TAR affronta un unico capo (legittimità o meno della richiesta di informativa antimafia), con assorbimento delle ulteriori censure.

Per cui, l'atto di appello contenente i motivi di impugnazione, di cui peraltro non si contesta la tempestività, deve essere ritenuto ammissibile.

6. L'atto di appello contenente i motivi di impugnazione è fondato.

6.1. Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente originaria, in tale appello è espressamente contestata la sentenza del TAR per aver ritenuto precluso alla Provincia di Reggio Calabria di richiedere le informative antimafia, trattandosi di importo di lavori inferiore alla soglia comunitaria.

Invero, la Provincia ha dedotto in particolare che l'acquisizione dell'informativa prevista dall'art. 10 D. P.R. n.252/1998 non è legata esclusivamente al valore degli appalti di rilevanza comunitaria ma anche, indipendentemente dal valore dell'opera, al divieto posto dal legislatore alla P. A. di contrarre con i soggetti destinatari di informativa negativa.

6.2. Detta doglianza merita adesione.



Al riguardo il Collegio non ha motivi per discostarsi dalla recente decisione Sez. VI del 29 gennaio 2008 n.240 che si è pronunciata su un caso identico.

Invero la questione riguarda la possibilità della stazione appaltante di richiedere, per tutte le imprese ammesse alla gara, alla Prefettura la informativa antimafia ex art. 10 D.P.R. n. 252/1998, nel caso di gara d'appalto di lavori di importo a base d'asta di euro 4.551.733, 73, inferiore alla soglia comunitaria (fissata in euro 5.278.000,00 dall'art. . 28, comma 1, lett. c) del D. Lgs. n. 163/2006)

Secondo il primo giudice, il carattere “eccezionale e derogatorio” della disciplina dettata dall'art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, che rappresenta *“una difesa avanzata dello Stato a fronte dei fenomeni di infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici”*, esclude, ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, che di tale normativa possa essere fatta *“una interpretazione analogica o estensiva rimessa a scelte ulteriormente discrezionali della P.A.”*, sicché illegittimamente la stazione appaltante ha nella specie richiesto la menzionata informativa antimafia, ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, essendo al riguardo sufficiente, quale requisito di partecipazione alla gara in questione di importo sotto soglia, la presentazione del certificato camerale antimafia.

Al riguardo si osserva che l' art. 10, comma 1, del D.P.R. n. 252/1998, prescrive che *“le pubbliche amministrazioni, enti*

*pubblici e altri soggetti di cui all'articolo 1, devono acquisire le informazioni di cui al comma 2 del presente articolo, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti..., il cui valore sia ....a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati”.*

Secondo il primo giudice, questa previsione, anche se letta unitamente a quella di cui all'art. 1, lett. e) del D.P.R. n. 252/1998, conferma che le informative antimafia devono essere richieste solo per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

La conclusione del TAR non è condivisibile, in quanto essa muove dall'erroneo presupposto che nella specie sia stata operata una interpretazione “analogica o estensiva” del disposto di cui all'art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, quasi che la stazione appaltante abbia variato l'ambito di efficacia della informativa acquisita, quale determinato dal menzionato art. 10, comma 2, del D.P.R. n. 252/1998.

La stazione appaltante ha invece esercitato una facoltà discrezionale, acquisendo una informativa antimafia, che la disciplina vigente impone che debba essere obbligatoriamente richiesta alla Prefettura nelle ipotesi di gare di appalto di importo al di sopra della soglia comunitaria.

L'ambito di efficacia della informativa antimafia è estraneo al

presente giudizio, essendo questo specificato dal predetto comma 2 dell'art. 10 del D.P.R. n. 252/1998, nel senso che la stazione appaltante che abbia ricevuto una informativa antimafia interdittiva, quale che sia la modalità di richiesta utilizzata (obbligatoria o "volontaria"), è tenuta a non stipulare contratti o subcontratti con l'impresa interessata, indipendentemente dal loro valore.

La scelta della stazione appaltante di avvalersi della possibilità di richiedere l'informativa, non è preclusa dal disposto di cui al citato art. 10 D.P.R. n. 252/1998, che non pone un divieto assoluto di richiedere informazioni, ma viceversa impone l'obbligo assoluto di "acquisire le informazioni" qualora l'importo della gara di appalto superi la soglia comunitaria.

Vi è un salto logico nell'interpretazione che di questo art. 10 D.P.R. n. 252/1998 ha dato il primo giudice: si inferisce un divieto assoluto di acquisizione di informazioni, da un obbligo assoluto di richiedere tali informazioni in determinate situazioni.

La stazione appaltante giammai potrebbe derogare a tale previsione, omettendo di richiedere le informazioni per gli appalti sopra soglia. Ma, ciò non preclude in alcun modo che essa possa, nell'esercizio della discrezionalità che la norma "in positivo" consente, determinarsi ad acquisire informazioni, sebbene alla stregua del disposto normativo non fosse tenuta.

Diversa è la situazione, nell'ipotesi di appalti di importo sotto il valore di £.300 milioni – cifra da tradurre in euro - (art. 1

lett. e) del D.P.R. n. 252/1998), nelle quali è espressamente previsto che le informative non sono “comunque” richieste.

L’indicazione espressa che per gli appalti di importo inferiore a £.300 milioni non sia richiesta “la documentazione di cui al comma 1”, e quella di cui all’art. 10, comma 1, lettera a), che viceversa impone l’obbligo di richiedere le informazioni per gli appalti sopra soglia, confermano che sono solo due i valori esplicitamente previsti che la stazione appaltante deve tenere presente in modo assoluto, vuoi per non richiedere la documentazione, vuoi per richiederla.

Al di là di questi due valori (da £.300 milioni alla soglia comunitaria), la normativa non dà alcuna specifica indicazione (se debba valere il solo certificato camerale antimafia ovvero se sia ammessa, in aggiunta a questo, la possibilità di richiedere informazioni), per cui, in questa zona non regolamentata, non può escludersi l’esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, nel senso che la stessa è legittimata a richiedere le informazioni antimafia, e che, una volta formulata la richiesta, il Prefetto sia tenuto dare un seguito a tale richiesta.

In questo senso, va riformata la sentenza impugnata che ha pronunciato l’annullamento degli atti impugnati , per il solo fatto che la Stazione appaltante ha ritenuto di dover ugualmente richiedere le informazioni antimafia, dovendosi riconoscere, in capo alla stessa, la possibilità di acquisire tali informazioni pur per contratti sotto soglia comunitaria, ma di importo superiore a

£. 300 milioni.

6.3. Non possono essere esaminate infine le ulteriori censure sollevate dalla ricorrente originaria ed assorbite dal TAR, in quanto richiamate genericamente nella memoria conclusiva della parte appellata, ma senza indicarle specificamente.

Come è noto, l'esame dei motivi assorbiti in primo grado è consentito al giudice di appello solo se interviene un'apposita iniziativa della parte interessata che li richiami espressamente (Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2002, n.379 e sez. V 10 gennaio 2005, n. 29). Invero, l'onere di riproposizione dei motivi rimasti assorbiti dalla sentenza impugnata esige per il suo rituale assolvimento, che la parte appellata indichi specificamente le censure che intende devolvere alla cognizione del giudice di secondo grado, all'evidente fine di consentire a quest'ultimo una compiuta conoscenza delle relative questioni ed alle controparti di contraddire consapevolmente sulle stesse. Per cui, un indeterminato rinvio agli atti di primo grado, senza alcuna ulteriore precisazione del loro contenuto, si rivela inidoneo ad introdurre nel giudizio d'appello i motivi in tal modo dedotti, trattandosi di formula di stile insufficiente a soddisfare l'onere di "espressa" riproposizione sancito dall'art. 346 c.pc. (Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2003 , n. 5322; sez. VI, 29 marzo 2007, n.147).

7. Per quanto sopra esposto, l'appello deve essere accolto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di

entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ,  
accoglie l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma  
della sentenza del T.A.R., respinge il ricorso originario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 22 Aprile  
2008 con l'intervento dei Signori:

Pres. Raffaele Iannotta

Cons. Cesare Lamberti

Cons. Claudio Marchitello

Cons. Caro Lucrezio Monticelli

Cons. Aniello Cerreto Est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Aniello Cerreto

F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

F.to Antonietta Fancello

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

19/09/2008

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

**P. Il Direttore della Sezione**

**f.to Livia Patroni Griffi**