

Al. 1

COPIA 4

COMUNE DI GIARDINI NAXOS
12 MAG. 2017
Protocollo N. <u>11365</u>

On.le Consiglio di Giustizia Amministrativa

Ricorso in Appello

La **NET GROUP Società a responsabilità limitata**, con sede in Catania via F. Ciccagliene 40, Partita Iva 03863520874, in persona del legale rappresentante *pro-tempore* Professore Antonino Greco, rappresentata e difesa, giusta procura in calce allegata al presente atto, dall'Avvocato Ignazio Scuderi (Codice fiscale SCDGNZ62P26C351T, fax 095/503263, ignazio.scuderi@pec.ordineavvocaticatania.it), ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avvocato Maria Beatrice Miceli in Palermo, Via Nunzio Morello, numero 40, giusta procura in calce, che dichiara di voler ricevere tutte le comunicazioni relative al presente processo al fax ed alla pec indicati ai sensi dell'articolo 136 del codice del processo amministrativo

Sett. 3^o 4^o
Conf. d'Esp

Dichiara

- al **Comune di Giardini Naxos**, in proprio e nella qualità di autorità proponente della Conferenza de servizi per il rilascio della concessione demaniale marittima per la realizzazione e gestione del porto turistico nel Comune di Giardini Naxos, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;
- alla **Conferenza dei Servizi** per l'accordo di programma ed il rilascio della concessione demaniale marittima per la realizzazione e gestione del porto turistico nel Comune di Giardini Naxos, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;
- alla **Capitaneria di Porto di Messina**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;
- all'**Assessorato Regionale del Territorio e dell'Ambiente**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;
- alla **TECNIS Società per azioni**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;

- alla **TECNIS Società per azioni**, in persona dell'Amministratore giudiziario;
- alla **Presidenza della Regione Siciliana**, in persona del Presidente *pro-tempore*. =

di proporre ricorso in appello

avverso la sentenza del 14 febbraio 2017 numero 322, emessa dal TAR Catania, non notificata, con la quale sono stati dichiarati inammissibili il ricorso e i motivi aggiunti con cui la società NET GROUP censurava il silenzio mantenuto, a seguito di due diffide, dal Comune di Giardini Naxos, in qualità di autorità proponente nella procedura comparativa tesa all'individuazione del soggetto concessionario per la realizzazione e gestione del porto turistico nel Comune di Giardini Naxos ed all'approvazione del relativo progetto definitivo in accordo di programma, per l'obbligo di provvedere, mediante l'adozione di atti a fronte sia dell'informativa antimafia che del sequestro giudiziario che hanno colpito la TECNIS S.p.a., individuata già quale potenziale concessionaria; ciò, anche ai sensi del terzo comma dell'articolo 31 del c.p.a secondo cui "*...Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione...*" (essendo indubbia la natura vincolata dell'attività richiesta). =

Il ricorso viene proposto per i seguenti motivi, cui si premette

In fatto

1.- La NET GROUP Società a responsabilità limitata è titolare del progetto ex Programma di Riqualficazione Urbana e Sviluppo Sostenibile del Territorio (PRUSST) finalizzato alla realizzazione e gestione del porto turistico nel Comune di Giardini Naxos, come approvato all'esito della conferenza dei servizi tenutasi il 3 marzo 2004, nonché unica concorrente con la TECNIS Società per azioni nell'ambito della successiva procedura comparativa in conferenza dei servizi per il rilascio della concessione demaniale marittima sul medesimo progetto conclusasi il 29 luglio 2011 con la scelta di quest'ultima. =

2.- Solo per cronaca, l'intero procedimento è risultato quantomeno alterato per profili sottoposti al giudice penale (che qui non rilevano).

Basti pensare che la TECNIS è incorsa in numerose carenze e violazioni procedurali e che il progetto per ben due volte è stato "non approvato" (ed il Comune continua a tentare di difenderlo assumendosi così la responsabilità per il ritardo nella costruzione di un'opera da considerare strategica e di estrema importanza).

Il progetto peraltro, veniva preferito a quello prodotto dalla odierna appellante nonostante fosse ancora *in fieri* poiché prima di essere reso definitivo e quel che più conta "esecutivo", non era corredato di tutti i permessi di natura ambientalistica imposti dalla legge o da altre valide fonti (tutt'ora assenti).

L'amministrazione ad oggi non ha rilasciato alcuna concessione demaniale né potrebbe procedere in tal senso a favore di TECNIS.

3.- La Prefettura di Catania invero, con provvedimento dell'11 novembre 2015, nel corso del procedimento, ha disposto nei confronti di TECNIS un'informativa prefettizia antimafia, per la rilevata sussistenza di situazioni relative a tentativi di infiltrazione mafiosa ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2011 numero 159 (Codice delle Leggi antimafia).=

Il combinato disposto degli articoli 67, 83, 84 e 94 del decreto legislativo 159/2011 prevede, in ipotesi d'informativa negativa, il divieto in capo alle amministrazioni di rilasciare o comunque consentire le concessioni demaniali e, qualora la concessione sia stata rilasciata, di disporre l'immediata revoca (e nella specie, non essendosi concluso il procedimento, impone l'obbligo di escludere la concorrente).=

Il Prefetto ha peraltro ritenuto applicabile la disciplina dettata dall'articolo 32 del D.l. 90/2014 e ha nominato quale commissario per la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa il Professore Saverio Ruperto.

4.- La NET GROUP, così riscontrata l'inattività del Comune di Giardini Naxos rispetto a

tale grave sopravvenienza, con nota inviata via PEC il 5 gennaio 2016, ha diffidato quest'ultimo a provvedere, trattandosi peraltro di attività chiaramente vincolata, proseguendo il procedimento tenendo conto della sopravvenuta mancanza dei presupposti di legge e ordine pubblico per il rilascio della concessione alla TECNIS.=

La diffida è rimasta priva di qualsiasi riscontro.=

5.- La NET GROUP pertanto ha presentato un ricorso avverso il silenzio con la quale ha chiesto che il Giudice Amministrativo ordinasse di provvedere, col riconoscimento dell'illegittimità del comportamento inerte tenuto dal Comune di Giardini Naxos a seguito dell'informativa prefettizia antimafia disposta nei confronti della TECNIS s.p.a. e delle altre società appartenenti allo stesso gruppo o ad essa collegate (ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2011 numero 159 - Codice delle Leggi antimafia).=

La ricorrente quindi ha censurato il comportamento del suddetto Comune che, ignorando i rilievi sollevati dal Prefetto circa la sussistenza di situazioni relative a tentativi di infiltrazione mafiosa, non ha tenuto conto nella prosecuzione del procedimento, della sopravvenuta mancanza dei presupposti di legge e ordine pubblico in capo alla TECNIS.

La stessa appellante, rilevato il carattere vincolato dell'attività, ha chiesto l'applicazione; del terzo comma dell'articolo 31 del c.p.a secondo cui *"...Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione..."*.=

6.- Nel corso del giudizio, il Tribunale di Catania infatti, con un provvedimento del 23 febbraio 2016, ha disposto peraltro il sequestro delle partecipazioni della Tecnis s.p.a. (le cui azioni sono suddivise, al 50%, tra le società Cogip Holding srl e Artemis SpA) e ha confermato come amministratore giudiziario il già nominato commissario Saverio Ruperto.

7.- Conosciuta la notizia del sequestro e riscontrata l'inattività del Comune di Giardini Naxos rispetto all'ancora più grave situazione, la società ricorrente ha provveduto immediatamente a notificare, con nota inviata via PEC il 5 maggio 2016, un'ulteriore diffida.=

Anche quest'ultima diffida, così come la precedente, è rimasta priva di qualsiasi riscontro.=

8.- In conseguenza, la ricorrente ha proposto motivi aggiunti al fine di censurare il persistente e grave comportamento inerte tenuto dal Comune di Giardini Naxos, che a fronte di attività chiaramente vincolate, continuava (e continua) a preservare il procedimento che ha condotto all'individuazione di TECNIS quale potenziale concessionario del porto turistico, nonostante l'informativa antimafia ed il successivo il sequestro delle partecipazioni sociali, **entrambi precedenti alla nomina prima del Commissario e poi dell'Amministratore** .=

Al riguardo è paradossale considerare che la difesa del Comune in Camera di Consiglio, terrorizzata per la possibile configurazione di ipotesi di reati, ha sostenuto che il Signor Sindaco non fosse a conoscenza dell'interdittiva.=

E ciò, nonostante: la interdittiva fosse nota a tutti; erano stati notificati ben due atti di diffida; ed infine, inspiegabilmente il Comune, anzichè "**provvedere**", si sia costituito in giudizio, mesi prima della stessa Camera di Consiglio!

A ciò si aggiungano le numerose dichiarazioni rese a mezzo stampa, dello stesso Sindaco (che dunque, era ben a conoscenza dell'interdittiva ed ha deliberatamente omesso di provvedere).=

9.- Il TAR Catania, con la sentenza del 14 febbraio 2017 numero 322, qui impugnata, ha dichiarato il ricorso e motivi aggiunti presentati dalla NET GROUP inammissibili.=

In particolare il Tribunale, incorrendo in un evidente "*abbaglio dei sensi*" e travisando completamente l'oggetto della istanza della NET e del successivo ricorso avverso il

silenzio, ha richiamato il principio, assolutamente estraneo al giudizio, secondo cui “...è costante nell’affermare che non è ravvisabile alcun obbligo per l’Amministrazione di pronunciarsi su un’istanza volta ad ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile ab extra l’attivazione del procedimento di riesame della legittimità di atti amministrativi mediante l’istituto del silenzio - rifiuto e lo strumento di tutela giurisdizionale offerto, costituendo l’esercizio del potere di autotutela facoltà ampiamente discrezionale dell’Amministrazione ...”.=

La descrizione dei fatti già evidenzia l’errore del Tribunale, che impone il presente appello, affidato ai seguenti motivi

In diritto

I. Violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 2 della legge 241/90 – Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 31 e 117 c.p.a. – Violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 41 del decreto legislativo 159/2011 – Violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 32 del d.l. 90/2014.

a.- Il TAR Catania, con la sentenza impugnata, è incorso in un *abbaglio dei sensi*.=

Tanto il ricorso quanto i motivi aggiunti invero, non erano diretti ad ottenere una pronuncia che obbligasse l’amministrazione ad agire in autotutela, e dunque ad annullare atti già esistenti ben datati; quanto piuttosto **a prendere atto ed a reagire alle vicende giudiziarie sopravvenute che hanno colpito una delle due concorrenti**, assumendo provvedimenti vincolati con valenza futura.=

La NET GROUP ha infatti domandato al Comune di esercitare il suo potere/dovere di provvedere rispetto ad un fatto sopravvenuto.=

La società si è limitata a censurare il fatto che il Comune di Giardini Naxos è rimasto del tutto silente rispetto al terremoto giudiziario che ha investito la società TECNIS s.p.a. e le società ad esse collegate e che ha portato dapprima il Prefetto a ritirare la certificazione antimafia per presunti condizionamenti mafiosi (e, successivamente, il Tribunale di

Catania a sequestrare le quote e le azioni del gruppo catanese).=

Il Comune infatti, nonostante il clamore della vicenda e le diverse diffide inviate da questa difesa, ha ritenuto di non adottare alcun provvedimento rispetto all'interdittiva antimafia.=

In sostanza, con il ricorso per il silenzio e i motivi aggiunti si puntava esclusivamente a far "accorgere" (visto che il difensore del Comune ha sostenuto che ben dopo due anni e due diffide il Sindaco non era a conoscenza dell'interdittiva nei confronti della TECNIS), all'amministrazione che uno dei due partecipanti alla procedura, nel corso di essa, aveva perso i requisiti.=

Al contrario, **la NET non ha mai chiesto che l'Amministrazione esercitasse poteri di annullamento in autotutela rispetto ad atti già adottati, per vizi preesistenti all'interdittiva.**=

L'errore del Tribunale è proprio a livello scolastico e manualistico.

L'annullamento in autotutela consiste nel "*ritiro con efficacia retroattiva di un atto inficiato da un vizio di legittimità*" (tra i vari Manuali, VIRGA, Diritto Amministrativo, Atti e Ricorsi, Tomo 2).

Nella specie, la NET non ha mai dedotto un vizio originario dell'atto (ad esempio, di ammissione della TECNIS).=

L'istanza della NET era dunque, solo un semplice ricorso per ottenere la declaratoria dell'obbligo a provvedere sul fatto sopravvenuto e dunque chiaramente ammissibile.=

b.- Nel merito, l'analisi del ricorso avrebbe condotto al suo accoglimento, con l'obbligo dell'Ente di provvedere rispetto al fatto sopravvenuto, ai sensi dell'articolo 2 della Legge 241/90 e nonché del Codice Antimafia (trattandosi peraltro di attività vincolata, con non avrebbe nemmeno richiesto l'istanza del privato).

L'amministrazione peraltro, non aveva margini di apprezzamento discrezionale.=

Il Comune infatti avrebbe dovuto semplicemente, avuta conoscenza dell'informativa antimafia e del sequestro che hanno colpito una delle concorrenti, confrontare tali

accadimenti con quanto già prefigurato rigidamente dalla legge, svolgendo solo una semplice verifica tra quanto ipotizzato dalla legge e quanto presente nella realtà, sicché il *modus procedendi* è quasi meccanico ed ha un esito certo.

Dunque la pubblica Amministrazione ha l'obbligo di intervenire con un atto dovuto nell'"*an*" e vincolato nel suo contenuto, senza che su di esso possa essere effettuata alcuna comparazione tra interessi pubblici e interessi privati.

Si ricorda come il giudizio sul silenzio è diretto ad accertare se il comportamento silenzioso tenuto violi l'obbligo dell'amministrazione di adottare un provvedimento.

Fermo restando che si trattava di attività vincolata, la NET GROUP peraltro, quale concorrente, non può essere paragonata ad un semplice privato che ha proposto un'istanza con una funzione di mera denuncia o sollecitazione in virtù della sua posizione qualificata in seno alla procedura e alla posizione vincolata dell'amministrazione.

L'intento della parte, a questo punto, non era quello di limitare la discrezionalità dell'amministrazione, poiché inesistente, ma che venisse applicato il terzo comma dell'articolo 31 del c.p.a secondo cui "*...Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione...*".=

c.- Sull'impossibilità della TECNIS di proseguire nel procedimento concorrenziale e tantomeno, essere destinatario di concessione e stipula della relativa convenzione.=

La conferenza dei servizi preferiva il progetto della Tecnis già nel 2011, periodo pienamente investito dalle vicende giudiziarie.

La procedura di scelta del potenziale concessionario dunque, **risale ad un momento antecedente sia alla nomina del commissario che a quella dell'amministratore giudiziario.**

L'intervento dello Stato nel mercato, per mezzo del commissario e/o amministratore

giudiziario, non può essere tale da sanare retroattivamente procedure competitive ancora ad oggi non concluse con la definizione di un procedimento ed il rilascio della convenzione-contratto e in cui l'illecita infiltrazione mafiosa può aver influito sulla scelta del partecipante.

A conferma, il legislatore con la recente disciplina dettata dall'articolo 32 del Decreto legge 90/2014, nel prevedere delle misure dirette ad incidere sui poteri di amministrazione e gestione dell'impresa coinvolta in situazioni di anomalia sintomatiche di condotte illecite o criminali, si è posto come obiettivo “ *...la tutela del completamento dell'esecuzione contrattuale o la sua prosecuzione come un mezzo per soddisfare interessi pubblici di rango più elevato quali ad esempio ... la salvaguardia dei livelli occupazionali...* ”.

L'interesse pubblico dunque, sorge e si inserisce in uno stadio in cui il rapporto è già in fase di esecuzione e il personale del cantiere è stato già assunto proprio al fine della realizzazione dell'opera.

Diversamente, tali interessi pubblici elevati contrasterebbero con principi di livello comunitario quale quello della concorrenza e della trasparenza.

L'intervento statale in procedure di gara non concluse invero, qualora fosse rivolto a “*sanare*” eventuali situazioni antecedenti alle misure protezionistiche frustrerebbe ogni principio di concorrenza e si risolverebbe in un inutile sacrificio per le altre società partecipanti alla procedura.

Nella specie peraltro, ferme restando le superiori assorbenti considerazioni, trattandosi di rilascio di concessione demaniale per la gestione di un porto turistico, d'un canto è previsto un ingente impegno finanziario, dall'altro – non essendo stata rilasciata alcuna concessione – non esistono lavoratori da tutelare.=

In tal senso si espressa la recente direttiva comunitaria 24/2014 che, al punto 100, detta un principio generale secondo cui “*... È opportuno evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici ad operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione*

criminale...”.=

L'amministrazione quindi avrebbe dovuto prendere atto dell'interdittiva ed adottare i conseguenziali provvedimenti.=

Né assume rilevanza la circostanza che successivamente sia stato nominato un Commissario.=

La giurisprudenza amministrativa, si è pronunciata al riguardo più volte (sin dalla decisione di Codesto Eccellentissimo Consiglio numero 118/2000, ripresa da ultimo dalla decisione del Consiglio di Stato 363372016), precisando che “..*in ogni caso di estromissione dalla società dell'amministratore sulla cui persona si incentra il giudizio di permeabilità mafiosa e di nomina di un nuovo amministratore a tutela di interessi generali (come nel caso della irrogazione della misura cautelare del sequestro dei beni aziendali e di nomina di un amministratore giudiziario, ovvero nel caso, ricorrente nella fattispecie, di fallimento del socio-amministratore e di nomina del nuovo amministratore da parte della curatela fallimentare), quella nomina non può di per sé azzerare la situazione di possibile condizionamento ed i pericoli di infiltrazioni malavitose, depurando così ex tunc la gestione aziendale e gli amministratori da quei condizionamenti (Cons. St., III, 5 gennaio 2012, n. 12), in quanto l'estraneità della nuova gestione dell'impresa da eventuali interferenze mafiose non vale certo ad elidere la presunzione – iuris et de iure – che l'illecita infiltrazione mafiosa possa aver influito con effetto inquinante sull'ésito di procedure di gara, quale quella a conclusione della quale è nato nel caso all'esame il vincolo della cui risoluzione pure qui si discute, attivate sotto la precedente gestione dell'impresa, colpita dalla misura preventiva amministrativa di cui si tratta ...” (Consiglio di Stato, n. 96/2013).*

Ed ancora che “.. continuando a mutuare le parole di C.G.A., n. 188/2000 – **il discrimen tra le due ipotesi deve essere ancorato ad un dato certo ed obiettivo, quale è il momento a cui risale l'inizio della procedura di scelta del contraente operata**

dall'Amministrazione. Ove tale momento risalga ad epoca successiva al sequestro dei beni e alla nomina dell'amministratore giudiziario, non v'è dubbio che quest'ultimo possa, con le debite autorizzazioni del Tribunale, partecipare alle gare pubbliche e stipulare i conseguenti contratti in caso di aggiudicazione altresì eseguendo i lavori o prestando i servizi ivi previsti, nel quadro di quella funzione dinamica, e non già meramente conservativa, che la legge riconosce all'amministrazione giudiziaria dell'impresa, onde consentirle di incrementare la propria redditività rimanendo così sul mercato. “Per contro, sussiste la condizione soggettiva ostativa alla stipulazione del contratto, anche da parte dell'amministratore giudiziario, qualora – come nella specie – la procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla scelta del contraente privato sia stata attivata dall'Ente appaltante prima del sequestro dei beni e della nomina dello stesso amministratore, dovendo in tal caso presumersi” – iuris et de iure – “che l'illecita infiltrazione mafiosa” possa avere “influito con effetto inquinante sull'esito della procedura di gara, né potendo la successiva gestione del contratto in regime di amministrazione giudiziaria consentire il recupero, a posteriori, di quelle garanzie di trasparenza e legalità nell'accesso alle commesse pubbliche che la normativa antimafia mira specificamente a tutelare (CGA 118/2000) ...” (così CGA 22 giugno 2006 n. 302 che richiama e conferma CGA 118/2000).

Similmente peraltro, si è pronunciata anche la giurisprudenza amministrativa più recente, ed in particolare il **Consiglio di Stato**, il quale con la decisione resa dalla sua **Sez. V, il 12 agosto 2016 n. 3633**, ha ritenuto che “... l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche suscettibili di condizionamento mafioso, di cui all'art. 34 del D.L.vo n. 159 del 2011 costituisce una misura di prevenzione a carattere patrimoniale priva di efficacia retroattiva e quindi inidonea ad incidere sugli effetti dei provvedimenti amministrativi in precedenza adottati ... Tale misura, pertanto, non comporta il venir meno ex tunc né degli effetti preclusivi derivanti dall'interdittiva antimafia disposta in

precedenza con un decreto prefettizio, né dell'efficacia del provvedimento di esclusione dalla gara adottato sulla base della detta interdittiva ...”.

Il Consiglio di Stato così ha ribadito il principio secondo cui l'interdittiva antimafia, ai sensi dell'articolo 94, comma 1, del D.Lgs. n. 159/2011, costituisce una causa ostativa alla partecipazione alle procedure selettive che impone l'estromissione dalla gara delle imprese che ne risultino destinatarie.

Si tratta proprio, di una ipotesi di carenza di interesse alla partecipazione.=

Al riguardo invero, è stato deciso che “..Correttamente, invero, il giudice di primo grado ha ritenuto – su eccezione proposta dal controinteressato, sebbene non formalizzata in un appello incidentale ritualmente notificato come sarebbe stato necessario se vi fosse stato un ampliamento del thema decidendum – di dover rilevare il sopravvenuto difetto di interesse in presenza della causa di esclusione dalle gare e dalla stipulazione dei relativi contratti di cui all'art. 75, comma 1, lett. b), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554...”, conformandosi con l'impugnata statuizione all'orientamento di questo Consiglio, già espresso con decisione 22 marzo 2000, n. 118, integralmente condiviso e confermato dall'odierna decisione.

Deve premettersi – circa la rilevabilità del difetto di interesse al ricorso di primo grado la sopravvenienza della causa di esclusione ex art. 75, comma 1, lett. b), cit. – che, anche nel caso sottoposto all'esame di C.G.A. 118/2000, la questione era stata sollevata in primo grado senza la proposizione di un ricorso incidentale: si evince infatti dalla lettura della narrativa in fatto della cit. 118/2000 che, in quel caso, “il Tribunale, accogliendo una eccezione pregiudiziale sollevata dalla controinteressata ... ha dichiarato il ricorso improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse”.

L'amministrazione comunale invece, a fronte di attività chiaramente vincolate, continua a non pronunciarsi sulle istanze, ritardando con danni devastanti la conclusione del procedimento (con l'evidente quanto vano fine di preservare all'individuazione di

TECNIS quale potenziale concessionario).

II. Sulle vicende successive.=

A. Innanzitutto si rileva che l'interdittiva antimafia continua ad esplicare un effetto ostativo al rilascio della concessione a favore di TECNIS.

Nessun rilievo assume invero rispetto a tale circostanza né la nomina del Professore Ruperto quale commissario ai sensi dell'articolo 32 del D.L. 90/2014 e, successivamente, quale amministratore giudiziario né tanto meno il sequestro delle quote societarie né tanto meno le successive vicende.

La revoca dell'informativa antimafia a carico della controinteressata è avvenuta solamente il 16 marzo 2016.

La nomina dell'amministratore giudiziario e l'allontanamento dei vecchi amministratori, dovrebbe evitare i condizionamenti mafiosi; prima di tale nomina al contrario, come concordemente affermato dalla giurisprudenza, si deve presumere la persistenza di tali condizionamenti.=

La revoca dell'interdittiva antimafia, come è noto, in realtà è solo un fatto meramente tecnico ed è finalizzata a consentire al commissario/amministratore di svolgere i limitati compiti che sono stati previsti dal decreto di nomina da Prefetto, seguendo le indicazioni dell'ANAC.

L'ANAC infatti, con la nota del 27 novembre 2015, ha precisato che *"...possano essere ricompresi nella gestione commissariale tutti i contratti pubblici di appalto o concessione di lavori già stipulati, ad esclusione quindi degli affidamenti per i quali i lavori risultano ultimati (sebbene manchi ancora la fase del collaudo) e degli appalti ancora in fase di gara, per i quali si è proceduto alla aggiudicazione (provvisoria o definitiva), ma manca la sottoscrizione del contratto..."*.

A conferma è pacifico che *"..Nessuna rilevanza sui fatti di causa può, poi, riconoscersi ai decreti del Tribunale penale di Roma del 27/7/2015 e del 30/7/2015.*

L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche suscettibili di condizionamento mafioso, di cui all'art. 34 del D.L. n. 159 del 2011, disposta nel caso di specie dal detto Tribunale con i menzionati decreti, costituisce una misura di prevenzione a carattere patrimoniale priva di efficacia retroattiva e quindi inidonea ad incidere sugli effetti dei provvedimenti amministrativi in precedenza adottati, come ha recentemente riconosciuto un orientamento giurisprudenziale dal quale il Collegio non intende discostarsi (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 28/4/2016, n. 1630).

Nello specifico, pertanto, la suddetta misura di prevenzione non ha comportato il venir meno ex tunc né degli effetti preclusivi derivanti dall'interdittiva antimafia disposta col decreto prefettizio del 22/6/2015, né dell'efficacia del provvedimento di esclusione dalla gara adottato in data 8/7/2015, sulla base della detta interdittiva" (così, Consiglio di Stato, V, 12 Agosto 2016 numero 3633).=

L'ANAC peraltro, con una nota precedente datata 18 novembre, ha affermato che il ricorso alla misura passa attraverso la nomina di "... commissari prefettizi incaricati espressamente di individuare, in primis, i contratti pubblici, di appalto e/o di concessione, in corso di esecuzione e, in seconda istanza, di selezionare, previa verifica con le relative stazioni appaltanti, i contratti in ordine ai quali si ritenga sussistente l'urgente necessità di assicurare la prosecuzione o il completamento dell'opera, al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali o di salvaguardare i livelli occupazionali...".

Non è dunque consentito l'affidamento di nuovi contratti la cui procedura si sia svolta sotto il regime dei vecchi amministratori (ritenuta "condizionata").

D'altronde lo stesso Prefetto con il decreto di nomina ha precisato che la disciplina prevista dal D.l. 90/2014 è limitata ad individuare "... un presidio efficace al fine di scongiurare che l'adozione di provvedimenti inibitori nei confronti delle imprese si riverberino sulla conclusione di opere già avviate ovvero sull'efficienza e la continuità di

servizi o forniture in atto ...”.

E' dunque chiaro che il Professore Ruperto è stato investito, con la nomina di commissario, dell'onere di gestire in via straordinaria e temporanea l'impresa limitatamente ai contratti in corso.

E altrettanto chiaro che il Professore Ruperto avrebbe dovuto individuare quei contratti in corso cosiddetti strategici – poiché non è previsto alcun meccanismo che tout court impone la prosecuzione – che necessariamente devono essere portati ad esecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali e di salvaguardare i livelli occupazionali.

Nel caso di specie, non si tratta di un contratto in corso, non essendo ancora stata rilasciata la relativa concessione né stipulata la convezione.

Inoltre non si può salvaguardare alcun interesse superiore e collettivo poiché non riguarda un servizio indifferibile né l'impresa aveva già assunto operai per la costruzione e gestione dell'opera.

B. Ma ciò che è dirimente è che la nomina del commissario, ed ancora dopo dell'amministratore giudiziario, è successiva all'interdittiva antimafia.

Al riguardo occorre una breve precisazione.

La circostanza che l'interdittiva antimafia sia stata revocata a seguito del sequestro non ne fa venir meno la rilevanza nella presente vicenda.

A prescindere dalla circostanza che, come detto, si tratta solo di una “revoca tecnica” relativa alla figura del nuovo amministratore e non certamente dei vecchi amministratori, non è dubbio che essa testimonia sempre la sussistenza di un condizionamento mafioso nel corso del procedimento.

Il sequestro poi è un provvedimento successivo che non modifica le ragioni dell'interdittiva (anzi le aggrava).

La questione peraltro non assume particolare rilevanza in quanto le precisazioni della

giurisprudenza amministrativa in ordine all'irrilevanza di un commissario o di un amministratore per il periodo precedente alla loro nomina sono identiche.

Si deve pertanto presumere "*iuris et de iure*" che nelle more dell'emissione dell'interdittiva e successiva nomina del commissario, nonché nomina dell'amministratore giudiziario, l'impresa abbia agito in regime di condizionamento mafioso e che ciò abbia influito con effetto inquinante anche sull'esito della procedura in esame.

La giurisprudenza sul punto è pacifica avendo individuato nel momento dell'avvio della procedura la linea di demarcazione a partire del quale l'impresa non deve aver subito condizionamenti esterni.

In tal senso, la giurisprudenza amministrativa, in maniera concorde e pacifica, ha statuito che "*... L'impresa in amministrazione giudiziaria, cioè, non è totalmente incapace di stipulare nuovi contratti con la pubblica amministrazione, né dunque di partecipare alle gare da questa bandite; ma tuttavia non le è concesso di acquisire quelle commesse pubbliche sulle quali possa avere influito, anche solo astrattamente, la situazione di pericolo di infiltrazione mafiosa che ebbe a suo tempo a giustificare l'irrogazione della misura cautelare del sequestro dei beni aziendali e la nomina dell'amministratore giudiziario...*" (così, tra le tante, Cons.Stato, sez. V, 9 settembre 2013, n.4467 e sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4119). =

Peraltro,

C. Né si potrebbe pervenire a diverse conclusioni richiamando la modifica dell'articolo 38, comma 1 bis, del decreto legislativo 163/2006 (sostanzialmente riprodotto dall'articolo 80, comma 11, del decreto legislativo 50/2016 ed a tenore del quale "*... le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende e alle società sottoposte a sequestro o confisca ... ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento, o finanziario ...*").

E ciò in quanto ai sensi del comma 3 dell'articolo 4 del Decreto legge 70/2011, il citato comma 1-bis si applica alle sole procedure i cui bandi siano stati "... *pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto legge ...*".

Tale derogatoria disciplina risulta comunque inapplicabile "*ratione temporis*" alla fattispecie in esame in quanto il Comune di Giardini Naxos ha indetto la conferenza dei servizi, a norma dell'art. 5 del D.P.R. n. 509/1997 così come recepita in Sicilia, in data 13/11/2007 ed è in tale occasione che la TECNIS s.p.a. ha presentato una domanda in concorrenza alla stregua di quanto previsto dall'art. 4 di detto D.P.R. (Cfr. TAR Catania, sez. III, 253/2014).

In ogni caso, e tale circostanza appare dirimente, il citato articolo 38, comma 1-bis prevede una situazione d'inoperatività delle sole cause di esclusione "previste" dal medesimo articolo 38, e quindi, non può estendersi anche agli effetti delle informative antimafia (che in quel momento non erano disciplinate dall'articolo 38 del D.Lgs. 163/2006).

A conferma si cita anche una recente pronuncia del TAR Liguria secondo cui "*...l'impresa commerciale in amministrazione giudiziaria non è totalmente incapace di stipulare contratti con la p.a., ma non è abilitata ad acquisire commesse sulle quali possa avere influito, anche solo astrattamente, la situazione di pericolo di infiltrazione mafiosa che ebbe a suo tempo a giustificare l'irrogazione di una misura cautelare; pertanto, deve ritenersi sussistente la condizione soggettiva ostativa alla stipulazione del contratto, anche da parte dell'amministratore giudiziario, qualora la procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla scelta del contraente sia stata attivata dall'ente appaltante prima del sequestro dei beni e della nomina del predetto amministratore, dovendo in tal caso presumersi che l'illecita infiltrazione mafiosa abbia influito con effetto inquinante sull'esito della procedura, né potendo la successiva gestione del contratto in regime di amministrazione giudiziaria consentire il recupero delle garanzie di trasparenza e di*

legalità nell'accesso alle commesse pubbliche che la normativa antimafia mira specificamente a tutelare (CGA 22 giugno 2006 n. 302).

La successiva sentenza TAR Palermo sez. I 22 gennaio 2015 n. 176 ha poi avuto modo di confermare la validità di tale orientamento anche e specificamente alla luce dell'art. 38, comma 1 – bis d.lgs. 163/06.

In sostanza se è vero che le cause di esclusione pregresse alla nomina dell'amministratore giudiziario non hanno efficacia escludente dalla partecipazione alle gare ciò vale esclusivamente per la gare bandite successivamente alla nomina dell'amministratore giudiziario stesso, provvedimento che dovrebbe recidere i legami della società con l'ambiente malavitoso, dovendosi, invece, per le gare bandite precedentemente (e pertanto nel periodo di tempo in cui ancora gli amministratori sostituiti erano nel pieno delle loro prerogative), ritenersi con una presunzione iuris et de iure che l'illecita infiltrazione criminale possa avere influito con effetto inquinante sull'esito della procedura di gara, non potendo la successiva nomina dell'amministratore giudiziario sanare ex post il vulnus alle esigenze di concorrenza, trasparenza, qualità e legalità che le cause di esclusione sono finalizzate a tutelare..." (TAR Liguria, n. 978/2016).

A ciò consegue che l'amministrazione non deve compiere alcuna ulteriore istruttoria né deve espressamente motivare il provvedimento di annullamento degli atti di gara ovvero di scelta del progetto disposto dalla TECNIS, essendo sufficiente il richiamo al contenuto dell'informativa prefettizia (giurisprudenza consolidata, cfr. ex multis: Tar Catania 253/2014, Cons.Stato, sez. V, 9 settembre 2013, n.4467 e sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4119). Tale questione, è stata peraltro di recente affrontata dal Consiglio di Stato che, in conformità con la costante giurisprudenza, ha affermato "...che, in presenza di un'informativa prefettizia antimafia che accerti il pericolo di condizionamento dell'impresa da parte della criminalità organizzata, non residua in capo all'organismo

committente alcuna possibilità di sindacato nel merito dei presupposti che hanno indotto il Prefetto alla sua adozione, atteso che si tratta di provvedimento volto alla cura degli interessi di rilievo pubblico – attinenti all’ordine e alla sicurezza pubblica nel settore dei trasferimenti e di impiego di risorse economiche dello Stato, degli enti pubblici e degli altri soggetti contemplati dalla normativa in materia – il cui apprezzamento è riservato in via esclusiva all’Autorità di pubblica sicurezza e non può essere messo in discussione da parte dei soggetti che alla misura di interdittiva devono prestare osservanza.

Ogni successiva statuizione della stazione appaltante, quindi, si configura dovuta e vincolata a fronte del giudizio di disvalore dell’impresa con la quale è stato stipulato il contratto e il provvedimento di revoca o recesso da essa adottato non deve essere corredato da alcuna specifica motivazione .. (Cons. St., sez. III, 12.3.2015, n. 1292)...”
(Consiglio di Stato, sez. III, 28.09.2015 n. 4539).=

III. Sulla subordinata questione di legittimità costituzionale.=

Le superiori considerazioni hanno carattere dirimente.

Ci sia tuttavia consentita una breve precisazione sull’esigenza di applicare la normativa in questione in senso costituzionalmente orientato, presentando essa già profili di dubbia costituzionalità.

Come detto, l’articolo 32 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge II agosto 2014, n. 114, ha disciplinato le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese coinvolte in procedimenti penali per fatti corruttivi ovvero destinatarie di informazioni antimafia interdittive.

L’ANAC ha espressamente affermato che gli strumenti previsti a sostegno dell’impresa devono essere utilizzati nel pieno rispetto della legge e secondo i limiti in essa previsti per evitare di contravvenire al principio di ragionevolezza.

Ma quel che più preoccupa questa difesa è che tale normativa, anche se ispirata ad esigenze di pubblica utilità, finisca per travolgere principi costituzionali e comunitari

almeno di pari valore.

In primo luogo, viene alterato – se non anche soppresso – il principio della tutela della concorrenza e della par condicio.

La tutela della concorrenza è un principio di derivazione comunitaria e la statuizione delle sue regole è di competenza esclusiva dell'Unione Europea (articolo 3 del TFUE); il suddetto principio entra a far parte integrante del nostro ordinamento tramite gli articoli 11 e 117 della Costituzione.

L'intervento dello Stato nel mercato e nell'economia ed in particolare nel settore degli appalti, volto dunque ad alterare le regole di mercato, viene severamente limitato e punito a livello comunitario (si pensi ad esempio al settore degli aiuti di Stato).

Nella disciplina dettata dal D.l. 90/2014, l'ingerenza statale permette ad un'impresa sottoposta a misure antimafia di eseguire l'opera mentre dovrebbe essere eseguita dalla seconda che, nonostante virtuosa, viene invece bypassata.

L'intromissione dello Stato diverrebbe ancora più grave se effettuata all'interno di procedure di gara non concluse (dove dunque non vi è un'aggiudicazione definitiva e/o stipula di un contratto), frustrando il principio di concorrenza e risolvendosi in un inutile sacrificio delle altre imprese partecipanti alla gara.

La normativa viola gravemente anche l'articolo 3 della Costituzione.

Non si comprende infatti perché l'impresa di grandi dimensioni sottoposta all'amministrazione giudiziaria debba continuare a lavorare, ottenendo indebiti vantaggi dallo Stato, e quella di piccola dimensione debba essere destinata a morire.

Non si vede neanche perché gli operai di una piccola impresa virtuosa valgano di meno di quella di una grande impresa mafiosa.

La questione della tutela dell'occupazione è peraltro fittizia.

E' noto infatti che le imprese, in grandissima parte, lavorano "per commessa" sicché fare eseguire i lavori all'impresa virtuosa soddisferebbe comunque le esigenze occupazionali.

Infine, la normativa in questione, come noto, dovrebbe essere volta alla speditezza della realizzazione dell'opera.

Sta invece accadendo che, le vicende che coinvolgono le imprese sottoposte a interdittiva o/e sequestro, conducano ad una modifica dei rapporti contrattuali sotto il profilo del termine dei lavori.

Sembrerebbe cioè, che il condizionamento mafioso, costituisca causa di "forza maggiore", conducendo al prolungamento dei lavori e alla disapplicazione delle penali.

In sostanza, l'interdittiva e il sequestro sono disciplinate con l'applicazione di un regime di favore intollerabile.

La disciplina dettata dall'articolo 32 del d.l. 90/2014 è chiaramente contraria ai principi dettati dall'articolo 3 della Costituzione e a fondamentali principi comunitari, recepiti tramite gli articoli 11 e 117 della Costituzione, e pertanto chiede che Codesto Tribunale, ove lo ritenga necessario, valuti di proporre la questione di legittimità costituzionale.

IV. Sulla domanda di risarcimento danni

L'illegittima condotta omissiva tenuta dalla pubblica amministrazione – a prescindere dalla colpa (Cfr. Consiglio di Stato n. 482/2012 e CGUE, 30 settembre 2010, C- 314-09) – comporta l'ammissibilità della pretesa del risarcimento da ritardo di cui all'articolo 2-*bis* della legge 241/90 e dell'articolo 30, comma 4, del c.p.a..

La fondatezza della pretesa risarcitoria dell'appellante, oltre per quanto già detto sopra, sull'elemento soggettivo, è dimostrata anche dalla sussistenza dei presupposti di carattere oggettivo quali appunto l'esistenza del danno ad oggi quantificato, in via equitativa, nella maggiore o minore somma ammontante ad € 379.187, il nesso causale tra l'inerzia dell'amministrazione comunale e il danno causato ed, ovviamente, l'ingiustizia del danno. Per la quantificazione del danno sono utilizzati in via analogica la media degli utili, risultanti dai bilanci, della società che gestisce il porto di Riposto, che per dimensioni ed ubicazione può essere assimilato al porto di Naxos.

L'utile medio annuale per gli anni di riferimento è pari a circa € 370.000.

A ciò deve essere aggiunto il costo della polizza fideiussoria costantemente rinnovata dall'anno 2008 ad oggi e pari ad € 9.157,00.

Non può sorgere alcun dubbio circa la sussistenza del nesso di casualità tra la condotta tenuta dall'amministrazione, assolutamente *contra ius* e non giustificabile dall'ordinamento, e il dubbio subito dall'impresa.

In coerenza,

Si chiede

l'accoglimento dell'appello e, dunque:

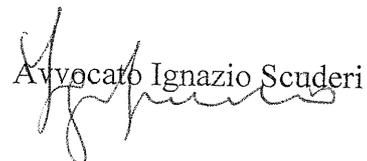
- l'annullamento della sentenza emessa dal TAR Catania il 14 febbraio 2017 con il numero 322 con la statuizione dell'obbligo degli Enti intimati a provvedere mediante l'adozione di atti a fronte sia dell'informativa antimafia che del sequestro giudiziario che hanno colpito la TECNIS S.p.a., anche ai sensi del terzo comma dell'articolo 31, con la eventuale nomina di un Commissario *ad acta* per l'ipotesi di perdurare del silenzio;
- la condanna delle amministrazioni intimete al risarcimento del danno da ritardo ex articolo 2-bis della legge 241/1990 e dell'articolo 30, comma 4, del c.p.a. per la maggiore o minore somma pari ad € 379.187,00.

Si invita, ad ogni modo, l'Ecc.mo Consiglio a disporre la consulenza tecnica d'ufficio al fine di accertare le somme richieste a titolo di risarcimento del danno.

Con vittoria di spese e compensi difensivi, nonché in ogni caso col rimborso della somma versata a titolo di contributo unificato, come previsto dall'articolo 13 comma 6-bis del D.P.R. 115/2002.=

Si dichiara che il contributo unificato è pari ad Euro 450,00.=

Catania, 8 maggio 2017

Avvocato Ignazio Scuderi


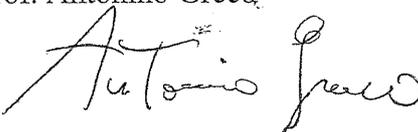
PROCURA ALLE LITI

La società **NET GROUP Società a responsabilità limitata**, con sede in Catania via F. Ciccagliene 40, Partita Iva 03863520874, in persona del legale rappresentante *pro-tempore* Professore Antonino Greco, nomina l'Avvocato Ignazio Scuderi (C.F. SCDGNZ62P26C351T) del Foro di Catania come suo procuratore e difensore al fine di proporre l'allegato ricorso in Appello dinnanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa contro il Comune di Giardini ed altri, conferendo al suddetto procuratore e difensore ogni più ampia facoltà di legge, ivi espressamente compresa quella di proporre motivi aggiunti e nominare sostituti processuali; elegge domicilio presso lo studio dell'Avvocato Maria Beatrice Miceli in Palermo, Via Nunzio Morello, numero 40,

Per le finalità funzionali all'esercizio dei diritti e all'adempimento degli obblighi scaturenti dal presente mandato, esprimo consenso al trattamento dei dati personali comuni e sensibili ed autorizzo il trattamento dei medesimi ai sensi e per gli effetti del decreto legislativo numero 196/2003 da me conosciuto.

Catania 8 maggio 2017

Prof. Antonino Greco


Vede la firma
Ignazio Scuderi

Relata di notifica.=

Io sottoscritto Avvocato Ignazio Scuderi, ai sensi della legge numero 53 del 1994, ed in virtù dell'autorizzazione del Consiglio dell'Ordine di Catania rilasciata l'8 luglio 2008, ho notificato per conto dell'impresa NET GROUP Società a responsabilità limitata, il superiore ricorso in Appello proposto innanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativo, facendone consegna di copia conforme all'originale, a mezzo del servizio postale con raccomandata con avviso di ricevimento, spedita dall'Ufficio Postale di Catania numero 8, in data corrispondente a quella del timbro postale, ai seguenti soggetti:

- 1) previa iscrizione al numero 645 del registro cronologico, al Comune di Giardini Naxos, in proprio e nella qualità di autorità proponente della conferenza dei servizi per l'individuazione del soggetto concessionario del porto turistico di Giardini Naxos, in persona del legale rappresentante pro-tempore, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura dello Stato di Palermo, in Palermo, Via Alcide De Gasperi 81, ed ivi a mezzo del servizio postale con plico raccomandato numero 76762316011-8

Avvocato Ignazio Scuderi

- 2) previa iscrizione al numero 646 del registro cronologico, al Comune di Giardini Naxos, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, presso il procuratore costituito Avvocato Antonio Catalioto, nel domicilio eletto in Catania, Via Gabriele D'Annunzio 39/a, presso lo studio dell'Avvocato Giuseppe Mingiardi, ed ivi a mezzo del servizio postale con plico raccomandato numero 76762316012-9

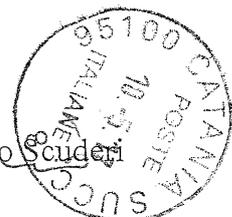
Avvocato Ignazio Scuderi

3) previa iscrizione al numero 647... del registro cronologico, alla TECNIS Società per azioni, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, e per essa al procuratore costituito Avvocato Massimo Blandi, nel domicilio eletto in Catania in Via O. Scammacca n. 23/c, presso lo studio dell'Avvocato Salvatore Cittadino, ed ivi a mezzo del servizio postale con plico raccomandato numero 76762316013-0

Avvocato Ignazio Scuderi

4) previa iscrizione al numero 648... del registro cronologico, alla Conferenza dei Servizi per il rilascio della concessione demaniale marittima per la realizzazione e gestione del porto turistico nel Comune di Giardini Naxos, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, presso la sede in Giardini Naxos (ME) Piazza Abate Cacciola, 98035, ed ivi a mezzo del servizio postale con plico raccomandato numero 76762316014-1

Avvocato Ignazio Scuderi



5) previa iscrizione al numero 649... del registro cronologico, alla Conferenza dei Servizi per il rilascio della concessione demaniale marittima per la realizzazione e gestione del porto turistico nel Comune di Giardini Naxos, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura dello Stato di Palermo, in Palermo, Via Alcide De Gasperi 81, ed ivi a mezzo del servizio postale con plico raccomandato numero 76762316015-2

Avvocato Ignazio Scuderi

- 6) previa iscrizione al numero 650 del registro cronologico, alla Capitaneria di Porto di Messina, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, domiciliata *ex lege* presso l'Avvocatura dello Stato di Palermo, in Palermo, Via Alcide De Gasperi 81, ed ivi a mezzo del servizio postale con plico raccomandato numero 76762316016-3

Avvocato Ignazio Scuderi

- 7) previa iscrizione al numero 651 del registro cronologico, all'Assessorato Regionale del Territorio e dell'Ambiente, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura dello Stato di Palermo, in Palermo, Via Alcide De Gasperi 81, ed ivi a mezzo del servizio postale con plico raccomandato numero 76762316017-4

Avvocato Ignazio Scuderi

- 8) previa iscrizione al numero 652 del registro cronologico, alla Presidenza della Regione Siciliana, in persona del Presidente *pro-tempore*, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura dello Stato di Palermo, in Palermo, Via Alcide De Gasperi 81, ed ivi a mezzo del servizio postale con plico raccomandato numero 76762316018-5

Avvocato Ignazio Scuderi