



**Justowin**  
Formazione giuridica  
per concorsi ed esami

**I controlli prefettizi sugli appalti pubblici:**

**gli effetti tra revoca e recesso**

*di Simonetta Giuliani*

## **I controlli prefettizi sugli appalti pubblici**

1. *Evoluzione della disciplina antimafia.....pag. 14*
2. *La documentazione antimafia prima del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159.....pag. 22*
3. *Segue: dopo il Codice Antimafia.....pag. 29*
4. *Segue: dopo il decreto “correttivo” (d.lgs. 218/2012).....pag. 36*
5. *Le informative antimafia nel sindacato giurisdizionale.....pag. 40*

## **L’interdittiva antimafia: effetti**

1. *L’aggiudicazione e la stipula del contratto: tra interessi legittimi e diritti soggettivi.....pag. 51*
2. *Revoca e annullamento dell’aggiudicazione e recesso dal contratto.....pag. 55*
3. *Segue: l’annullamento dell’aggiudicazione.....pag. 65*
4. *Segue: il recesso dal contratto.....pag. 68*
5. *Revoca e recesso: profili giurisdizionali.....pag. 76*
6. *L’informativa antimafia interdittiva: effetti sull’aggiudicazione e sul contratto.....pag. 79*

## **I controlli prefettizi sugli appalti pubblici**

*1. Evoluzione della disciplina antimafia; 2. La documentazione antimafia prima del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159; 3. Segue: dopo il Codice Antimafia; 4. Segue: dopo il decreto “correttivo” (d.lgs. 218/2012); 5. Le informative antimafia nel sindacato giurisdizionale.*

### ***1. Evoluzione della disciplina antimafia***

Delineato per grandi linee il quadro procedimentale che porta alla stipula del contratto di appalto pubblico, caratterizzato da varie fasi di controllo e approvazione, c'è un altro incombente che grava sulla stazione appaltante: l'art. 83 del d.lgs. n. 159/2011 c.d. Codice Antimafia<sup>1</sup> prescrive che le pubbliche amministrazioni, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici il cui valore complessivo supera i 150.000 euro, devono acquisire la documentazione antimafia.

Con l'espressione “documentazione antimafia” si fa riferimento a quello strumento amministrativo volto a prevenire l'ingerenza della criminalità organizzata nel settore della contrattazione pubblica<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Decreto Legislativo 6 settembre 2011 n. 159 (in Suppl. Ordinario n. 214 alla Gazz. Uff., 28 settembre, n. 226) “*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*” (CODICE ANTIMAFIA).

<sup>2</sup> Cfr. AA.VV. *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno* (a cura di M.T. SEMPREVIVA), Dike giuridica, 2013.

La documentazione antimafia si iscrive, in particolare, nell'alveo delle misure di contrasto alla criminalità organizzata, a fianco delle misure di prevenzione e delle sanzioni penali, e si configura come strumento finalizzato alla verifica preventiva, rispetto alla stipulazione di determinati contratti o al rilascio di determinati provvedimenti ampliativi da parte della pubblica amministrazione, dell'esistenza o meno, a carico dei soggetti interessati, di cause ostative connesse a procedimenti o provvedimenti definitivi di applicazione di misure di prevenzione o di condanna per determinati delitti ovvero della sussistenza o meno, nei confronti delle società o imprese interessate, di elementi relativi a "tentativi di infiltrazione mafiosa"<sup>3</sup>.

L'interesse pubblico a contrastare il diffondersi del fenomeno della criminalità organizzata deriva dal fatto che il binomio mafia-appalti rappresenta la sintesi verbale di una modalità di inquinamento dell'economia pubblica e privata da parte della criminalità organizzata, un tipo di aggressione particolarmente insidiosa alle regole del libero mercato e della libera iniziativa economica privata.

Uno dei fini della attività di associazione di tipo mafioso è, infatti, quello di presidiare il mercato degli affidamenti pubblici,

---

<sup>3</sup> Sulla documentazione antimafia si segnalano: A. CISTERNA, M.V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, *Commento al Codice antimafia*, Maggioli editore, ottobre 2011; M.E. Malagnino (a cura di), *Il Codice Antimafia. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, Giappichelli, Torino, 2011; A. BALSAMO, C. MALTESE, *Il Codice antimafia*, Officina del Diritto Giuffrè, Milano, ottobre 2011. Per quanto riguarda la disciplina antecedente, si rinvia, nell'ampia letteratura in materia, a U. CIMMINO, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Palermo, 1995; G. ZGAGLIARDICH, E. MENGOTTI, *La nuova certificazione antimafia*, Milano, 1998; F. GRIMALDI, *Il sistema delle certificazioni antimafia nella pubblica amministrazione*, Roma, 1997.

soprattutto in determinati contesti territoriali, consentendo ad imprese affiliate di acquisire in modo diretto, in qualità di contraente dei committenti, affidamenti di lavori, di servizi o di forniture, utilizzando, così, la contrattazione pubblica come sede privilegiata di sviluppo dei propri interessi economici<sup>4</sup>.

La disciplina che ha regolato la materia di contrasto alla mafia è contenuta, in via principale, nella legge 31 maggio 1965, n. 575, recante “Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniera”, a cui sono seguiti successivi interventi normativi finalizzati a rispondere, con ancora maggior vigore, alle varie fenomenologie di aggressione della criminalità organizzata.

Da allora, la disciplina è stata più volte modificata. In particolare, e citando gli interventi più significativi, con il d.lgs. 8 agosto 1994, n.

---

4 Nella relazione sull'attività delle forze di polizia, sullo stato dell'ordine e della sicurezza pubblica e sulla criminalità organizzata, pubblicata dal Ministero dell'Interno il 28 maggio 2009, si legge che «*in materia di appalti le indagini hanno dimostrato come la penetrazione malavitosa riguardi maggiormente i sub-contratti piuttosto che i contratti principali, non fosse altro perché la Pubblica amministrazione, nelle gare di appalto, deve invitare tutti i soggetti qualificati, senza possibilità di scelta. I condizionamenti intervengono prevalentemente “a valle” del contratto principale, confermando così la capacità della criminalità organizzata di assicurare il capillare controllo del territorio attraverso l'esercizio di specifiche attività economiche, commerciali e imprenditoriali e, in secondo luogo, utilizzando attività economiche non particolarmente complesse ai fini del riciclaggio del denaro sporco. Non a caso le attività economiche strutturalmente radicate sul territorio e potenzialmente idonee a intercettare qualsiasi intervento pubblico nelle specifiche zone di influenza di ogni singola organizzazione criminale sembrano concernere l'esercizio di attività di cava; i noli a caldo; le forniture di calcestruzzo; la fornitura di bitume; lo smaltimento di rifiuti; i movimenti di terra verso terzi; le discariche. Di converso vi è una parte dell'economia legale che si giova di attività di impresa, controllate o finanziate dalla criminalità organizzata, non solo attraverso i flussi di capitale provenienti da tale fonte ma anche per le implicazioni socio-ambientali che ne derivano, quali la creazione di posti di lavoro in zone depresse sotto il profilo occupazionale o come la possibilità di accedere al credito per quei soggetti che non riescono ad ottenerlo attraverso il sistema bancario».*

490<sup>5</sup> l'istituto della certificazione antimafia viene sostituito con il sistema delle cosiddette *cautele antimafia* che si struttura su tre tipologie di atti: la comunicazione, l'autodichiarazione e l'informazione, rapportandole, quanto al loro ambito applicativo, per tipologie di contratto e per fasce di valore degli appalti (una fascia esente dall'obbligo di certificazione, una fascia intermedia per la quale era richiesto il rilascio della "comunicazione antimafia" ed una fascia superiore per la quale era previsto il rilascio delle "informazioni prefettizie", volte ad evidenziare non soltanto l'esistenza delle cause ostative oggetto della mera "comunicazione", ma anche la sussistenza di "tentativi di infiltrazione mafiosa").

Il sistema delle cautele antimafia viene successivamente innovato con la delegificazione operata dalla legge 15 marzo 1997, n. 127, che prevede un apposito regolamento di semplificazione, (poi introdotto con D.P.R. 252/98), e successivamente dal decreto legge 25/03/1997, n. 67 (convertito con legge 23/05/1997, n. 135) che introduce la certificazione delle Camere di Commercio con valore equipollente alla comunicazione prefettizia.

Il D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252<sup>6</sup>, contenente il regolamento di semplificazione previsto dalla legge 127/1997, ha, poi, provveduto

---

5 Decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490 (in Gazz. Uff., 10 agosto, n. 186) "*Disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia, nonché disposizioni concernenti i poteri del prefetto in materia di contrasto alla criminalità organizzata*", abrogato a norma dell'articolo 120, comma 2, lettera b), del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, come modificato dall'articolo 9, comma 1, lettera b), del d.lgs. 15 novembre 2012 n. 218, con la decorrenza prevista dall'articolo 119, comma 1, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

6 Decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252 (in Gazz. Uff., 30 luglio, n. 176) "*Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti*

ad una ulteriore semplificazione dei procedimenti per il rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia, oltre a prevedere la revisione dell'importo delle fasce, l'individuazione degli elementi dai quali desumere l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, la previsione della possibilità, per l'amministrazione di procedere, pur in assenza di informazioni prefettizie, alla stipula del contratto o all'adozione dell'atto, salva la facoltà dell'amministrazione di recesso o di revoca.

L'esigenza di ricondurre ad unità il quadro normativo così frammentato<sup>7</sup> è stata avvertita come particolarmente irrinunciabile dal legislatore nel 2010 che, con la legge del 13 agosto 2010, n. 136 recante il c.d. "Piano straordinario contro le mafie", ha conferito al Governo due ampie deleghe che sono state esercitate con l'adozione del decreto legge del 6 settembre 2011, n. 159 recante il c.d. Codice antimafia.

La legge risponde sia alla finalità di riorganizzare, razionalizzare ed integrare l'intera disciplina in materia di normativa antimafia, sia a quella di prevedere nuovi strumenti di controllo degli appalti pubblici e di lotta alle infiltrazioni mafiose.

---

*relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia", abrogato a norma dell'articolo 120, comma 2, lettera b), del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, come modificato dall'articolo 9, comma 1, lettera b), del DLgs. 15 novembre 2012 n. 218, con la decorrenza prevista dall'articolo 119, comma 1, del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159.*

<sup>7</sup> Legge del 31 maggio 1965, n. 575 (in particolare art. 10-*sexies*), modificata sul punto dalla Legge del 19 marzo 1990, n. 55, dal D.L. n. 152 del 1991 e dal D.L. n. 306 del 1992; decreto- legge del 6 settembre 1982, n. 629 (in particolare art. 1-*septies*), convertito, con modificazioni, dalla legge n. del 12 ottobre 1982, n. 726, successivamente integrato dalla L. n. 486 del 1988; legge delega n. del 17 gennaio 1994, n. 47 e relativo Decreto legislativo n. dell'8 agosto 1994 n. 490, (in particolare art. 4), come modificato dal D.L. n. 26 del 1995 e dal D.L. n. 67 del 1997; D.P.R. del 3 giugno 1998, n. 252 (in particolare artt. 3 e 10) e D.P.R. del 2 agosto 2010, n. 150.

Il Codice ha incorporato, in un più ampio contesto, la precedente disciplina, apportandovi alcune modifiche nel segno di un'informatizzazione, di uno snellimento della procedura e della semplificazione, con l'obiettivo di raggiungere un migliore equilibrio tra efficacia delle misure di contrasto alla criminalità organizzata e semplificazione degli adempimenti.

In particolare, innova la materia, nell'ottica della semplificazione, sotto due aspetti.

Da un lato, si è optato per soli due atti amministrativi: la *comunicazione antimafia* e l'*informazione antimafia*, a cui continua ad accostarsi l'autocertificazione per le medesime ipotesi contemplate nell'assetto precedente. Scompaiono i certificati camerali, surrogati dalla possibilità per le stesse camere di commercio di consultare la banca dati unica.

La seconda novità coincide con l'istituzione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia presso il Ministero dell'interno, collegata telematicamente con il Centro Elaborazione Dati (C.E.D.)<sup>8</sup>, vera chiave di volta di questa innovativa impostazione delle verifiche antimafia.

Tale scelta verticistica ed unitaria consente anche agli enti pubblici e ai soggetti indicati nell'art. 97 del Codice di accedere direttamente alla raccolta dati, attribuendo loro un potere di consultazione, sebbene il soggetto competente al rilascio della

---

<sup>8</sup> Di cui all'articolo 8 della legge 1 aprile 1981, n. 121 (Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza).



documentazione continui ad essere il prefetto della provincia ove i richiedenti risiedono o hanno sede.

La banca dati nazionale viene, inoltre, messa in rete con altre banche dati, al fine di inglobare anche informazioni provenienti dall'estero, utili a consentire la parità di trattamento tra tutti i partecipanti alla gara, a prescindere dalla loro provenienza. Il sistema, così strutturato, consente di ottenere evidenti benefici in termini di semplificazione e di risparmio di risorse per tutti i soggetti coinvolti: prefettura, stazioni appaltanti ed imprese, con conseguente maggiore celerità del procedimento di aggiudicazione di contratti.<sup>9</sup>

Inoltre il Codice amplia la platea dei destinatari degli accertamenti antimafia, includendo tra questi anche il direttore tecnico, nonché l'elenco delle situazioni dalle quali si desume il tentativo di infiltrazione mafiosa, prevedendo, altresì, una norma di chiusura che, tenendo conto dell'edizione giurisprudenziale formatasi in materia, conferisce al prefetto il potere di desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa anche da elementi idonei a fondare un giudizio prognostico circa la sussistenza del condizionamento mafioso, anche indiretto, dell'attività di impresa.

In attuazione delle deleghe di cui agli artt. 1, comma 5, e 2, comma 4, della legge n. 136/2010, è stato, infine, emanato il d.lgs. 15 novembre 2012 n. 218, che ha introdotto una serie di disposizioni integrative e correttive al Codice Antimafia, con particolare riferimento alla modifica dei soggetti sottoposti alle verifiche

---

<sup>9</sup> Cfr. AA.VV. *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno* (a cura di M.T. SEMPREVIVA), Dike giuridica, 2013.

antimafia, all'ampliamento delle situazioni "indizianti" da cui si desume il tentativo di infiltrazione mafiosa e all'introduzione di una specifica disciplina per il caso in cui il soggetto sottoposto alla verifica antimafia non sia ancora censito nella Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia.

La novità più rilevante, tuttavia, concerne l'anticipazione al 13 febbraio 2013 dell'entrata in vigore delle disposizioni del Libro II, relativo alla documentazione antimafia, che - diversamente da quanto disposto dal Codice - viene sganciata dall'effettiva attivazione della Banca dati.

L'articolo 119, comma 1 del Codice antimafia, infatti, aveva rinviato l'entrata in vigore delle suddette disposizioni una volta *"decorsi 24 mesi dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del regolamento ovvero, quando più di uno, dell'ultimo dei regolamenti"* riguardanti le modalità di funzionamento della suddetta banca.

Il decreto legislativo in esame, invece, prevede l'entrata in vigore della riforma due mesi dopo la pubblicazione in Gazzetta del primo decreto legislativo correttivo - avvenuta il 13 dicembre 2012 - e, quindi, il 13 febbraio 2013.

Inoltre, con la modifica apportata all'art. 91, comma 6 del Codice, il decreto legislativo amplia il catalogo delle fattispecie sintomatiche inserendo tra queste la violazione degli obblighi della tracciabilità dei flussi finanziari - imposti dalla legge 13 agosto 2010, n. 136 con riferimento all'esecuzione degli appalti pubblici - commessa con la condizione della reiterazione disciplinata dall'articolo *8-bis* della

legge 24 novembre 1981, n. 689, e i provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali, unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata.

## ***2. La documentazione antimafia prima del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159***

La ricostruzione della disciplina della documentazione antimafia ha sottoposto, nel corso degli anni, gli operatori del diritto ed i privati interessati ad uno sforzo ermeneutico non indifferente, a causa dei frequenti interventi normativi e della conseguente frammentazione del quadro di regolazione delle due tipologie della documentazione antimafia rappresentata dalla c.d. “comunicazione” e dalle cc.dd. “informazioni”<sup>10</sup>.

Con la *comunicazione antimafia*<sup>11</sup> viene data contezza della sussistenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto scaturenti, ex art. 10 Ldella legge n. 575/1965, da condanne definitive, o comunque confermate in grado di appello, per taluno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*, c.p.p., ovvero da provvedimenti definitivi applicativi di una misura di prevenzione, personale o patrimoniale.

---

10 Cfr. AA.VV. *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno* (a cura di M.T. SEMPREVIVA), Dike giuridica, 2013.

11 Art. 3 del d.lgs. n. 252/1998, articolo abrogato con la decorrenza prevista dall'articolo 119, comma 1, del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

Più complesso è il sistema delle informazioni antimafia.

L'*informazione*, ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. n. 252/1998 (ora abrogato), deve essere acquisita prima di stipulare, approvare, autorizzare i contratti e subcontratti ovvero prima di rilasciare o consentire le concessioni o le erogazioni indicati nell'art. 10 della legge n. 575/65 di valore pari o superiore a quello normativamente previsto<sup>12</sup>. In questo caso, alla certificazione dell'inesistenza delle sopra citate situazioni di "interdizione", si accompagna l'attestazione, discendente da un esame complesso e connotato da discrezionalità, dell'assenza di "tentativi di infiltrazione mafiosa" nelle imprese interessate.

La distinzione tra queste due forme di "cautele antimafia" è basata, dunque, essenzialmente sull'oggetto del contratto e sull'entità dell'importo.

Pertanto, mentre, nel caso della *comunicazione*, si tratta di attività amministrativa di carattere vincolato (dovendosi procedere alla mera verifica della corrispondenza del fatto alla norma), nel caso

---

12 Vengono qui in rilievo: a) i contratti in materia di lavori e opere pubbliche, servizi pubblici e forniture pubbliche di valore pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie; b) le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti o agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali di valore superiore a 154.937,07 euro; c) l'autorizzazione di subcontratti, concessioni o cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche di valore superiore a 154.937,07 euro. Si sottolinea, a questo proposito, come fossero soggetti all'obbligo di acquisizione delle informazioni antimafia anche i contratti dei cc.dd. "settori esclusi", allorché il loro valore superasse la "soglia comunitaria" stabilita per il corrispondente tipo di prestazioni e come fosse previsto il divieto di frazionamento artificioso dei contratti, concessioni ed erogazioni, volto ad eludere l'obbligo di acquisizione dell'informazione prefettizia.

dell'*informativa* l'indagine amministrativa sul soggetto economico reca con sé elementi di valutazione discrezionale<sup>13</sup>.

In particolare, le informazioni prefettizie antimafia, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, sono misure cautelari e preventive – costituenti espressione di una “logica di anticipazione della soglia della difesa sociale ai fini di una tutela avanzata nel campo del contrasto alla criminalità organizzata” – funzionali “alla peculiare esigenza di mantenere un atteggiamento intransigente contro rischi di infiltrazione mafiosa, condizionanti le scelte delle imprese chiamate a stipulare contratti con la p.a., determinando l'esclusione dell'imprenditore, sospettato di detti legami, dal mercato dei pubblici appalti e, più in generale, dalla stipula di tutti quei contratti e dalla fruizione di tutti quei benefici che presuppongono la partecipazione di un soggetto pubblico e l'utilizzo di risorse della collettività”<sup>14</sup>.

Le informative antimafia sono state ricondotte a tre tipi o categorie: quelle *ricognitive* di cause di per sé interdittive di cui all'articolo 4, comma 4, del d.lgs. n. 490/1994, con le quali le Prefetture comunicano alle amministrazioni richiedenti le cause di divieto di rilascio di licenze, concessioni, iscrizioni, erogazioni, nonché le cause di esclusione dai contratti conseguenti a provvedimenti giudiziari; le *informative immediatamente interdittive* di cui all'articolo 10, comma 7 lett. c) del D.P.R. n. 252/1998, la cui efficacia interdittiva automatica deriva da una valutazione del

---

13 Cfr. AA.VV. *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno* (a cura di M.T. SEMPREVIVA), Dike giuridica, 2013.

14 Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 2336 del 17 aprile 2009; Id., n. 5880 del 18 agosto 2010.

Prefetto relativa alla sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa conseguente agli accertamenti da tale organo disposti; le *informative supplementari o atipiche*, di cui all'articolo 1 *septies* del decreto legge n. 629/1982, la cui efficacia interdittiva discende da una valutazione autonoma e discrezionale dell'Amministrazione destinataria di esse<sup>15</sup>.

La distinzione tra informativa *tipica* ed *atipica* viene in rilievo ai fini della valutazione degli effetti della stessa in quanto, mentre l'informazione *tipica* ha efficacia vincolante e carattere interdittivo di ulteriori rapporti negoziali con le amministrazioni appaltanti (una volta riscontrata la sussistenza di cause di divieto o di sospensione ovvero di tentativi di infiltrazione tendenti a condizionare le scelte della società o dell'impresa), quella *atipica* non ha efficacia vincolante e carattere interdittivo, rimettendo esclusivamente alla stazione appaltante la valutazione discrezionale circa l'opportunità di valutare l'avvio o il prosieguo dei rapporti contrattuali con la p.a.<sup>16</sup>.

In particolare, per le informazioni *supplementari o atipiche* vengono in evidenza elementi che, pur denotando pericoli di collegamenti tra l'impresa e la criminalità organizzata, non sono tali da integrare quei requisiti di gravità e specificità richiesti dall'art. 4, comma 4, del D.lgs. 490/94 per far conseguire un effetto "automatico" di divieto a contrarre.

---

15 Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 1948 del 3 maggio 2007; Id., n. 2441 del 28 aprile 2010.

16 Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 1948 del 3 maggio 2007; Id., sentenza n. 5780 del 25 novembre 2008; Id., sentenza n. 2441 del 28 aprile 2010; Id., sentenza n. 5880 del 18 agosto 2010.

Questi elementi vengono valutati discrezionalmente dall'amministrazione procedente tenendo presenti i principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa.

Con specifico riguardo, poi, alle informazioni prefettizie recanti evidenze al tentativo di infiltrazione mafiosa, occorre rammentare che il d.lgs. n. 490/1994 non forniva una definizione né indicava gli elementi di fatto e le situazioni da cui è possibile desumere tale tentativo.

A tale lacuna si è posto rimedio, dapprima, con alcune circolari<sup>17</sup>, e poi con il D.P.R. n. 252/1998<sup>18</sup> ed il D.P.R. n. 150/2010. Sono state, in tal modo, individuate, con un'indicazione di tipo metodologico, le fonti dalle quali trarre gli elementi di valutazione, ossia: a) i provvedimenti che dispongono l'applicazione di una misura cautelare o il giudizio o che recano una condanna, anche non definitiva, per taluni delitti (artt. 629, 644, 648-*bis*, 648-*ter* c.p., art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.); b) la proposta o il provvedimento di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale del sequestro e della confisca dei beni, il versamento del deposito cauzionale a garanzia delle prescrizioni imposte con la misura di prevenzione, o la sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni; c) gli accertamenti disposti dal Prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del d.l. n. 629/1982, ovvero richiesti ai Prefetti competenti, per quelli da effettuarsi fuori dalla Provincia; d) gli

---

17 Cfr. Circolare del Ministero dell'interno n. 559/LEG 240.514.3 del 14 dicembre 1994.

18 Cfr. art. 10, comma 7, del D.P.R. n. 252 del 1998.

accessi effettuati dal Gruppo Interforze nei cantieri destinati all'esecuzione di appalti pubblici<sup>19</sup>.

Il Prefetto è, dunque, chiamato a valutare – esercitando un potere discrezionale<sup>20</sup> – se, direttamente o indirettamente, i comportamenti e le scelte dell'imprenditore siano influenzati dalla criminalità organizzata di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.), che in tal modo si inserisce nel procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico o nell'erogazione di denaro pubblico o nell'attività dei contratti pubblici<sup>21</sup>.

---

19 Si segnala come – a partire dal decreto interministeriale 14 marzo 2003, adottato dal Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, in attuazione dell'art. 15, comma 5, del D.Lgs. n. 190/2002, poi trasfuso nell'art. 180 del c.d. "Codice dei contratti pubblici" (D.Lgs. n. 163/2006 e ss.mm.) – sia stata prestata particolare attenzione all'istituto dell'"accesso ai cantieri" dei Gruppi Interforze come strumento di controllo antimafia. L'istituto – connesso ai poteri ed alle facoltà prima riservati all'alto Commissario per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa, poi devoluti dal Legislatore al Ministero dell'interno, con possibilità di delega nei confronti dei Prefetti e del Direttore della D.I.A. e di altri organi ed uffici dell'amministrazione di pubblica sicurezza – è stato valorizzato, dapprima, in relazione agli insediamenti ed alle infrastrutture di carattere strategico e poi, con l'art. 2, comma 2, della L. n. 94/2009 (che ha novellato il D.Lgs. n. 490/1994 con l'inserimento dell'art. 5-bis), con riferimento all'esecuzione di ogni opera pubblica. Il D.P.R. n. 150/2010, adottato in attuazione del citato art. 5-bis, è, quindi, intervenuto per disciplinare gli esiti dell'accesso, prevedendo che il Prefetto possa adottare, in conseguenza delle risultanze e sulla base della relazione sottopostagli dal Gruppo Interforze, nel caso in cui emergano elementi attestanti la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, previa eventuale audizione dell'interessato (ove sorga l'esigenza di acquisizione di ulteriori elementi conoscitivi), un'informazione interdittiva a carico di qualsiasi soggetto dell'impresa che sia intervenuto "a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione dell'opera, anche con noli e forniture di beni e servizi, ivi compresi quelli di natura intellettuale, qualunque sia l'importo dei relativi contratti o dei subcontratti" (cfr. art. 1, comma 2, D.P.R. n. 150/2010); da qui la facoltà, o l'obbligo (in caso di esplicita menzione nel bando di gara, in attuazione di previsioni contenute in molti strumenti protocollari), per la Stazione appaltante di recedere in corso d'opera.

20 Cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 1916 del 2 maggio 2007; Id., sentenza n. 6555 del 7 novembre 2006.

21 Si pensi, ad esempio, alla presenza, nei centri decisionali dell'impresa, di soggetti inseriti stabilmente o comunque collegati o collusi con sodalizi o soggetti mafiosi o al controllo comunque esercitato sull'impresa da tali soggetti (Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 4737 del 2 agosto 2006; Id., sentenza n. 7615 del 30 dicembre 2005), o alle relazioni, d'affari e non, con essi intrattenute da soggetti in grado di determinare



In considerazione del margine di discrezionalità che caratterizza la valutazione degli elementi da cui desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa, la giurisprudenza amministrativa – esercitando il proprio sindacato sulla legittimità della valutazione prefettizia sotto il profilo della completezza dei dati acquisiti, della non travisata valutazione dei fatti e della logicità delle conclusioni – ha avuto modo di precisare come l’interpretazione delle disposizioni normative in materia debba essere improntata a cautela, in funzione del “delicato equilibrio tra gli opposti interessi che fanno capo, da un lato, alla presunzione di innocenza di cui all’art. 27 Cost. ed alla libertà d’impresa costituzionalmente garantita e, dall’altro, alla efficace repressione della criminalità organizzata”<sup>22</sup>.

A questa stregua è stata puntualizzata la differenza tra procedimento amministrativo e processo penale e tra la valutazione amministrativa prefettizia e quella giurisdizionale penale: in sede amministrativa, in particolare, è “sufficiente dimostrare la sussistenza di elementi dai quali sia deducibile il tentativo di ingerenza” della criminalità organizzata nella contrattazione pubblica. D’altro canto “pur [...] non essendo necessario un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l’appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso, non possono ritenersi sufficienti fattispecie

---

l’andamento dell’impresa (Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 4737 del 2 agosto 2006; Id., sentenza n. 7777 del 10 novembre 2009), tali da poter far ritenere che l’attività di quest’ultima possa essere eterodeterminata.

22 Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 1056 del 7 marzo 2007; Id., sentenza n. 1916 del 2 maggio 2007.

fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontri, essendo sempre richiesta l'indicazione di circostanze obiettivamente sintomatiche di connessioni o collegamenti con le dette associazioni malavitose, essendo, dunque, rilevante, come parametro valutativo, non quello della certezza, ma della qualificata probabilità<sup>23</sup>.

Secondo un'interpretazione più ampia, infine, è richiesto “un attendibile giudizio di possibilità secondo la nozione di pericolo, per la quale non occorre che sia provata l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, essendo invece sufficiente, secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale, ancorché ragionevole e circostanziato, la mera possibilità di interferenze malavitose rivelata da fatti idonei a configurarne il substrato, con un accertamento di grado inferiore e diverso da quello richiesto per l'individuazione di responsabilità penali<sup>24</sup>. Infatti, il “pericolo di collegamenti tra la società o l'impresa e la criminalità organizzata” deve, comunque, “valutarsi sulla base di un esame complessivo degli elementi raccolti, non essendo sufficiente la verifica di uno solo di essi<sup>25</sup>”.

### ***3. Segue: dopo il Codice Antimafia***

L'istituto delle *comunicazioni antimafia* risulta oggi essere stato rimodulato dal nuovo Codice antimafia.

---

23 Cfr. Cons. Stato., sez. VI, sentenza n. 2336 del 17 aprile 2009.

24 Cfr. Cons. Stato., sez. VI, sentenze n. 2223 e n. 2224 del 21 aprile 2010.

25 Cfr. Cons. Stato., sez. VI, sentenza n. 2224 del 21 aprile 2010.

Il crescente interesse dell'opinione pubblica e del mondo politico affinché negli appalti pubblici venga garantita una concorrenza sana e priva di inquinamenti da parte della criminalità organizzata, la disomogeneità delle norme che negli anni sono state emanate in materia di controlli antimafia, nonché l'esigenza di introdurre nuovi e più incisivi strumenti di contrasto alle infiltrazioni mafiose, hanno evidenziato l'assoluta necessità di una complessiva riforma della legislazione antimafia.

Il recente codice antimafia assume rilievo, infatti, nell'esame di uno degli istituti su cui ha maggiormente inciso la riforma e, con essa, la riorganizzazione del complesso sistema di misure antimafia<sup>26</sup>: la *documentazione antimafia*.

La funzione della documentazione antimafia è di far emergere i profili di condizionamento da parte delle organizzazioni criminali nello stadio preliminare della selezione del potenziale contraente della p.a.

I principali indici rivelatori sono rappresentati dalle cause impeditive ed ostative di cui all'art. 67 cod. antimafia (che ricalca l'art. 10 della legge n. 575/1965).

La semplificazione documentale, uno degli obiettivi del Codice, è affidata, oltre alla riduzione numerica delle tipologie certificative, anche alla scelta legislativa di segnare una linea di demarcazione tra comunicazione e informazione antimafia, dettandone una definizione nell'art. 84 e ss. del d.lgs. 159 del 2011, norme che,

---

26 Cfr. ALASTRA, *Le informative prefettizie antimafia: natura ed aspetti applicativi problematici*, nota a Cons. St. Sez. V, sent. n. 7407/2010, in *Le Nuove Frontiere del Diritto* n. 2012/1.

peraltro, sostanzialmente confermano l'impianto delineato dalla previgente normativa.

La comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 d.lgs. n. 159 del 2011.

L'informazione antimafia, invece, consta dell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché (fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 7) dell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel successivo comma 4.

Fermo restando il comune regime di esclusione (art. 83, comma 3), rimasto pressoché invariato rispetto all'identica elencazione del precedente art. 1, comma 2, del D.P.R. n. 252/1998 e valevole in sostanza nei rapporti tra soggetti pubblici, l'obbligo di acquisizione dell'informazione antimafia non è generale, come per la comunicazione. È, infatti, circoscritto entro precisi limiti di valore (art. 91, comma 1) ovvero, indipendentemente da questi, alle puntuali tipologie di attività suscettibili di infiltrazione mafiosa individuate con decreto del Ministro dell'interno ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988 (art. 91, comma 7).

Potrebbe, pertanto ipotizzarsi che nelle ipotesi di obbligatorietà dell'acquisizione della informazione antimafia diventi superfluo procurarsi anche la comunicazione, la cui funzione è già perseguita dalla maggiore completezza contenutistica della prima, dato che le

modalità procedurali occorrenti per il rilascio e l'ampiezza degli accertamenti richiesti al prefetto dagli artt. 88 e 92 risultano coincidenti<sup>27</sup>.

Permane la distinzione - nell'ambito dell'informazione antimafia - tra una categoria meramente ricognitiva di dati emergenti da provvedimenti giudiziari e una fattispecie che ricomprende al suo interno l'indispensabile valutazione di fatti e circostanze da parte del prefetto (acquisite nell'esercizio del potere ispettivo ovvero dall'omessa denuncia di reati gravi o ancora da intervenuti mutamenti nell'assetto societario e gestionale dell'impresa)<sup>28</sup>.

In merito all'ambito di applicazione soggettiva si segnalano le precisazioni effettuate con riguardo alle imprese individuali e alle società unipersonali, ove il superamento dello schermo della personalità giuridica avviene estendendo gli oneri informativi alle persone fisiche responsabili delle scelte gestionali e tecniche (viene, infatti, espressamente preso in considerazione anche il direttore tecnico). Per gli altri soggetti giuridici valgono le previsioni precedenti dell'art. 2 del D.P.R. n. 252/1998. L'estensione soggettiva tocca, infine, anche i familiari conviventi dei soggetti sopraindicati.

Per quanto attiene alle modalità di rilascio della documentazione antimafia, l'importanza del collegamento informatico emerge, sin da subito, nella fase preliminare, non solo perché modalità

---

27 Cfr. V. D'APRILE, *La normativa antimafia nei contratti pubblici*, in *Nuove Frontiere del Diritto*, n. 2012/1.

28 Cfr. S. RUSCICA, *Le informazioni prefettizie antimafia: natura e criticità*, 29 aprile 2010.

obbligatoria di inoltro della richiesta e ricezione delle informazioni, ma anche perché può assorbire l'intero *iter* procedimentale.

Infatti, il rilascio della comunicazione antimafia (ma lo stesso vale per l'informazione) è immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati quando non emergano fattori ostativi. In tal caso, la medesima documentazione attesta che è stata emessa utilizzando il collegamento alla banca dati (art. 88, comma 1).

Nei casi in cui all'esito della consultazione si rilevino cause impeditive, il prefetto attiva i propri poteri ispettivi per verificare la corrispondenza tra gli esiti telematici e la reale situazione del soggetto alla data in cui vengono compiuti gli accertamenti (art. 88, comma 2).

Allo stesso modo procede, nel caso di richiesta di informazione antimafia, qualora ravvisi tentativi di infiltrazione di cui all'art. 84, comma 4, ovvero riscontri l'esistenza di imprese la cui attività ricada nell'elenco ministeriale di cui all'art. 91, comma 7 (art. 92, comma 2).

L'esito positivo delle verifiche dà luogo all'adozione della comunicazione/informazione antimafia interdittiva, che, come già visto, è di ostacolo alla successiva stipulazione, approvazione, autorizzazione dei contratti o subcontratti ovvero al rilascio di provvedimenti ampliativi.

Il riscontro negativo, invece, determina il rilascio della comunicazione/informazione antimafia liberatoria, contenente l'attestazione che la stessa è stata emessa utilizzando il

collegamento alla banca dati.

La richiesta dell'informazione antimafia va, in ogni caso, effettuata attraverso la banca dati al momento dell'aggiudicazione del contratto ovvero trenta giorni della stipula del subcontratto (art. 91, comma 3).

La procedura deve essere definita nel termine di quarantacinque giorni, salvo particolari complessità d'indagine tali da consentire un differimento di trenta giorni. I medesimi tempi valgono per l'informazione antimafia, sebbene sia indubbia la maggiore onerosità degli accertamenti ivi richiesti.

In quest'ultimo caso, anzi, è previsto uno strumento di ulteriore accelerazione.

L'art. 92, comma 3, infatti, legittima la prosecuzione della procedura selettiva o del distinto procedimento *latu sensu* autorizzativo nel caso di decorso infruttuoso del termine per il rilascio delle informazioni, sotto condizione risolutiva, nel qual caso la stazione appaltante revoca le autorizzazioni e le concessioni o recede dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

I poteri ispettivi del prefetto permangono anche dopo la regolare stipulazione del contratto, la concessione dei lavori o l'autorizzazione del subcontratto, ben potendo dalle verifiche condotte, nel rispetto dei limiti e delle modalità di cui all'art. 93, scaturire condizionamenti negativi sull'attività di esecuzione da parte dell'impresa incaricata e, quindi, un'informazione interdittiva

*ex post*, tale da legittimare il ricorso alla revoca o al recesso da parte dell'ente pubblico.

Un limite al ripristino dello *status quo ante* deriva dalla previsione dell'art. 94, comma 3, il quale preclude il ricorso alla revoca e al recesso nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisca non sia sostituibile in tempi rapidi. Ciò vale anche nell'ipotesi più grave, laddove emergano elementi relativi a tentativi di infiltrazione.

Tale limite evoca le disposizioni di cui agli artt. 122 e 123 del codice dei contratti pubblici, ove esigenze imperative di interesse generale e valutazioni ponderate compiute nella concretezza della valutazione giudiziaria permettono di ipotizzare una deroga all'inefficacia contrattuale (che è il regime più conforme alle indicazioni europee).

Con una differenza di non poco conto: l'apprezzamento dell'interesse pubblico e dell'utilità dell'opera, nella normativa antimafia, non è affidato ad un organo giurisdizionale, bensì alle stesse stazioni appaltanti<sup>29</sup>.

Un ultimo accenno va compiuto all'efficacia temporale della documentazione antimafia.

Il d.lgs. 159 del 2011 differenzia la validità della comunicazione da quella dell'informazione. In ciò si coglie un fattore di distinguo

---

29 Cfr. V. D'APRILE, *La normativa antimafia nei contratti pubblici*, in *Nuove Frontiere del Diritto*, n. 2012/1.



rispetto all'onnicomprendivo termine semestrale del D.P.R. n. 252/1998.

Mentre il primo documento è utilizzabile dall'operatore per un periodo di sei mesi dal rilascio (e anche per altri procedimenti riguardanti i medesimi soggetti), l'informazione ha un margine di efficacia pari a dodici mesi dalla data di rilascio, qualora non siano intervenuti mutamenti nell'assetto societario e gestionale dell'impresa interessata (che vanno tempestivamente comunicati).

#### ***4. Segue: dopo il decreto “correttivo” (d.lgs. n. 218/2012)***

Le informazioni atipiche nel previgente regime trovavano il proprio fondamento nell'art. 10, comma 9, del D.P.R. n. 252/1998, che “importava” nel sistema della documentazione antimafia l'art. 1 *septies* del decreto legge n. 629/1982.

Per effetto di tale disposizione era possibile concludere il procedimento di rilascio delle informazioni antimafia con un provvedimento che, mentre attestava l'assenza di accertate ostatività, segnalava le evenienze dubbie riscontrate all'Amministrazione interessata, onde consentirle di valutare l'incidenza circa l'opportunità di instaurare o proseguire il rapporto contrattuale o amministrativo.

Con l'entrata in vigore del Codice antimafia questa opzione, come si è visto in precedenza, viene meno, per cui il procedimento dovrà necessariamente concludersi con l'emissione di un'informazione antimafia di tenore liberatorio ovvero interdittivo.

Permane, però, nell'ordinamento l'art. 1 *septies* del decreto legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, che il decreto legislativo "correttivo" ha sottratto all'abrogazione cui era destinata nell'originaria stesura dell'art. 120 del Codice<sup>30</sup>.

Tale disposizione consente al prefetto, in virtù della delega conferita con D.M. del 1° gennaio 1993, di comunicare alle Amministrazioni competenti eventuali situazioni suscettibili di rilievo ai fini del mantenimento dei requisiti morali richiesti per il rilascio di concessioni, autorizzazioni o altri analoghi provvedimenti di natura ampliativa.

Quanto alle modalità di rilascio della documentazione antimafia, il Codice, come visto, prefigura un sistema imperniato sulla Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia capace, in assenza di controindicazioni, di restituire in tempo reale all'Amministrazione richiedente il provvedimento richiesto, previsione che ha portato ad eliminare la possibilità di acquisire la comunicazione antimafia nella forma dei certificati camerati, muniti dell'apposita dicitura.

A tal proposito, l'art. 99, comma 2 *bis*, del Codice, integrato dal decreto "correttivo", precisa che, fino all'attivazione di questo nuovo sistema informativo, la documentazione antimafia è rilasciata unicamente dalle Prefetture attraverso il CED Interforze ex art. 8 della legge 1 aprile 1981, n. 121, nonché gli altri

---

30 Cfr. V. D'APRILE, *La normativa antimafia nei contratti pubblici*, in Nuove Frontiere del Diritto, n. 2012/1.

collegamenti telematici, attivati sotto il vigore del previgente D.P.R. n. 251/1998 con le Camere di Commercio (cd. sistema SICEANT).

Ciò implica che, fino all'attivazione della nuova piattaforma informatica, le Amministrazioni richiedenti dovranno richiedere la documentazione antimafia direttamente alle Prefetture competenti ai sensi degli artt. 87, commi 1 e 2, e 90, commi 1 e 2, del Codice.

Ai fini del rilascio delle informazioni antimafia andrà anche verificato se da queste attività di consultazione emergano situazioni che, secondo un prudente apprezzamento, appaiono suscettibili, anche a seguito di ulteriori accertamenti, di assumere un carattere sintomatico di possibili tentativi di infiltrazione mafiosa.

Laddove non emerga la sussistenza delle situazioni suddette, il prefetto rilascerà, senza alcun altro adempimento, la documentazione antimafia richiesta, secondo i tempi del procedimento stabiliti dagli artt. 88 e 92 del Codice, cui fa rinvio l'art. 99, comma 2 *bis*, del Codice stesso (45 giorni decorrenti dalla richiesta).

Diversamente, dovrà farsi luogo alla fase di accertamento prevista dagli artt. 88, comma 2, per le comunicazioni antimafia, e 92, comma 2, per le informazioni antimafia (ulteriori 30 giorni, previa comunicazione della particolare complessità degli accertamenti all'amministrazione interessata).

In proposito, la novità introdotta dal decreto "correttivo" prescrive la necessità di svolgere sempre questa fase di accertamento nei confronti di soggetti "non censiti", cioè dei soggetti che non

risultano essere mai stati sottoposti ad un preventivo *screening* antimafia, giusta anche le risultanze esistenti agli atti d'archivio delle Prefetture.

Pur se, a partire da questa fase ancora di transizione, la documentazione antimafia viene ad essere rilasciata sulla base delle risultanze in atti (informatici o cartacei), questo non esonera dall'avviare iniziative volte a tenere costantemente aggiornate tali risultanze. Difatti, l'art. 92, comma 4, del Codice, nel prevedere la possibilità di adottare provvedimenti interdittivi sulla base di elementi acquisiti successivamente al rilascio della documentazione antimafia liberatoria, sembra prefigurare proprio un sistema nel quale l'accertamento antimafia assume un carattere dinamico, non necessariamente vincolato all'attivazione del procedimento amministrativo<sup>31</sup>.

Si annota, infine, che, anche sotto il vigore del Codice, appare valida la ricostruzione della giurisprudenza amministrativa, secondo la quale il termine per il rilascio delle informazioni antimafia deve considerarsi come ordinario. Questo perchè lo stesso Codice mantiene ferma la disposizione per effetto della quale, decorsi quarantacinque giorni dalla presentazione della richiesta del provvedimento (quindici nei casi di urgenza), le Amministrazioni interessate sono tenute a procedere alla stipula del contratto o alla concessione del provvedimento richiesto (art. 92, comma 3, del Codice).

Quanto al termine di validità della documentazione antimafia (sei

---

31 Circolare del Ministero dell'Interno n. 11001/119/20(6) del 8 febbraio 2013.

mesi per la comunicazione antimafia, e dodici mesi, salvo che non intervengano modificazioni dell'assetto societario e gestionale dell'impresa, per l'informazione antimafia), per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 3 del decreto correttivo, questo inizia a decorrere, ora, dalla data dell'acquisizione, e non più da quella del rilascio (nuovo art. 86, commi 1 e 2 Codice Antimafia).

Infine, si ritiene utile svolgere qualche considerazione con riferimento a quali effetti riconnettere alle informazioni *atipiche* in relazione alle quali le stazioni appaltanti non abbiano assunto alcuna determinazione in vista della loro soppressione a seguito dell'entrata in vigore del Codice.

L'obbligo di valutare discrezionalmente le circostanze segnalate con le informazioni *atipiche* dispiegava ovviamente i propri effetti fino alla data di entrata in vigore del Codice; oggi, dopo l'entrata in vigore del Codice, le informazioni *atipiche* potranno avere solo l'efficacia di attestare l'assenza delle situazioni automaticamente ostative di cui all'art. 67 del Codice e di accertati tentativi di infiltrazione mafiosa e, come tali, saranno utilizzabili nell'ambito del procedimento amministrativo per cui sono state richieste<sup>32</sup>.

### ***5. Le informative antimafia nel sindacato giurisdizionale***

La lettura della disposizione prevista dal comma 4 dell'art. 84 del Codice Antimafia evidenzia, rispetto all'originaria disciplina normativa, aggiunte ed integrazioni volte, in tutta evidenza, al rafforzamento della finalità di contrasto alla criminalità organizzata

---

32 Circolare del Ministero dell'Interno n. 11001/119/20(6) del 8 febbraio 2013.

dell'istituto, per cui possono ritenersi tuttora validi i principi che nel tempo la giurisprudenza ha elaborato in materia.

Va premesso che la valutazione riservata al Prefetto è espressione di ampia discrezionalità, e pertanto può essere assoggettata al sindacato del giudice amministrativo solo sotto il profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati<sup>33</sup>.

Il controllo in sede giurisdizionale può attestarsi, quindi, nei limiti della assenza di eventuali vizi della funzione che possano essere sintomo di un non corretto esercizio del potere quanto alla completezza dei dati acquisiti, alla non travisata valutazione dei fatti ed alla logicità delle conclusioni<sup>34</sup>.

L'informativa prefettizia antimafia *tipica* costituisce una misura preventiva volta a colpire l'azione della criminalità organizzata impedendole di avere rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione<sup>35</sup>, configurandosi come tipica misura cautelare di polizia, preventiva ed interdittiva, che si aggiunge alle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale<sup>36</sup>.

Come tale, essa, prescinde dall'accertamento di singole responsabilità penali nei confronti di soggetti che, nell'esercizio di attività imprenditoriali, hanno rapporti con la pubblica amministrazione e si fonda sugli accertamenti compiuti dai diversi organi di polizia valutati, per la loro rilevanza, dal prefetto

---

33 cfr. Cons. Stato, III; 14 settembre 2011, n. 5130; 19 gennaio 2012, n. 254.

34 cfr. Cons. Stato, V, 1 ottobre 2010, n. 7260.

35 cfr. Cons. Stato, III; 14 settembre 2011, n. 5130; III, 19 gennaio 2011, n. 254

36 cfr. Tar Campania, Napoli, I, 3 maggio 2012, n. 2016.

territorialmente competente<sup>37</sup>.

Ai fini della sua legittima adozione, dunque, non occorre la prova di fatti di reato, né la prova della effettiva infiltrazione mafiosa nell'impresa, né la prova del reale condizionamento delle scelte dell'impresa da parte di associazioni o soggetti mafiosi<sup>38</sup>. Essendo il potere esercitato espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata, la misura interdittiva non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sulla esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazioni malavitose e, quindi, nel condizionamento in atto dell'attività di impresa.

Quanto ai parametri di legittimità del provvedimento, si afferma, pertanto, che non occorre che sia provata l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, essendo, invece, sufficiente, secondo un giudizio prognostico, latamente discrezionale, la mera possibilità di interferenza della criminalità organizzata<sup>39</sup>, richiedendosi la concomitanza di un quadro di oggettiva rilevanza dal quale desumere elementi che, secondo un giudizio probabilistico, o anche secondo comune esperienza, possano far presumere non una attuale ingerenza delle organizzazioni mafiose negli affari, ma una

---

37 cfr. Cons. Stato, III, n. 5130/2011 e n. 254/2012 cit.; Tar Piemonte, I, 2 aprile 2012, n. 373.

38 TAR Campania, n. 2016/2012, cit.; Tar Lazio, I, 6 dicembre 2010, n. 35388.

39 cfr. Cons. Stato, III, 6 settembre 2011, n. 5019; Tar Campania, I, 17 giugno 2011, n. 3242.

effettiva possibilità che tale ingerenza sussista o possa sussistere<sup>40</sup>. Si ritiene, invero, sufficiente il “tentativo di infiltrazione” avente lo scopo di condizionare le scelte dell’impresa, anche se tale scopo non si è in concreto realizzato<sup>41</sup>.

La misura interdittiva, di conseguenza, può essere legittimamente sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza della criminalità organizzata nella attività imprenditoriale<sup>42</sup>, costituendo presupposto sufficiente la rilevazione di elementi indizianti idonei a configurare nell’attualità l’oggettiva e qualificata probabilità del tentativo di infiltrazione mafiosa per il condizionamento dell’attività di impresa pur senza attingere il grado di prova proprio dell’accertamento penale<sup>43</sup>; non è, invero, ritenuto necessario un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per provare l’appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso, potendo l’interdittiva fondarsi su fatti e vicende aventi un valore sintomatico e indiziaro e con l’ausilio di indagini che possono risalire anche ad eventi verificatisi a distanza di tempo<sup>44</sup>.

Ferma, dunque, la sufficienza di meri elementi sintomatici ed indiziari a sorreggere la legittimità della interdittiva antimafia, va rilevato che la giurisprudenza ne ha ulteriormente precisato (e così

---

40 cfr. Tar Calabria, Reggio Calabria, I, 1 febbraio 2012, n. 91.

41 Cfr. Cons. Stato, IV, 30 maggio 2005, n. 2796 e 13 ottobre 2003, n. 6187.

42 cfr. Cons. Stato, III, n. 254/2012 e n. 5019/2011, cit.

43 Cfr. Cons. Stato, VI, 27 luglio 2011, n. 4468.

44 Cfr. Cons. Stato, III, n. 254/2012, cit.



delimitato) l'ambito di rilevanza, dovendosi comunque ragionevolmente contemperare la finalità di tutela preventiva dell'istituto con esigenze di tutela del principio di legalità, di certezza del diritto e dei valori costituzionalmente rilevanti (libertà di iniziativa economica privata) da esso incisi.

Si è, di conseguenza, affermato che non possono ritenersi sufficienti il solo sospetto o mere congetture prive di alcun riscontro fattuale ma che occorre, invece, l'individuazione e l'esternazione di idonei e specifici elementi di fatto, obiettivamente sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o possibili collegamenti con le organizzazioni malavitose che sconsigliano l'instaurazione di un rapporto dell'impresa con la pubblica amministrazione<sup>45</sup>. Invero, la necessaria coerenza costituzionale di tale forma avanzata di tutela impone di non prescindere da un riscontro oggettivo dell'intuizione prognostica, risultando doverosa la oggettiva individuazione di un coerente, ancorché non perfezionato, quadro indiziario, idoneo a supportare il paventato pericolo di inquinamento mafioso<sup>46</sup>.

Gli elementi raccolti, poi, non vanno considerati separatamente o atomisticamente, dovendosi piuttosto stabilire se sia configurabile un quadro indiziario complessivo dal quale possa ritenersi attendibile l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata<sup>47</sup> e nel quale ogni elemento acquista valenza

---

45 cfr. Cons. Stato, III, n. 5130/2011, Tar Campania, I, n. 2016/2012, Tar Piemonte, I, n. 373/2012, cit.

46 Cfr. Cons. Stato, III, 9 maggio 2012, n. 2678.

47 Cfr. Cons. Stato, III, n. 254/2012; n. 5995/2011; n. 5130/2011; n. 5019/2011.

nella sua connessione con gli altri<sup>48</sup>.

Il richiamo - operato dalla citata giurisprudenza - alla necessaria presenza di un quadro indiziario ed alla coerenza ed idoneità dello stesso, riveniente dalla necessità di riscontrare la compatibilità costituzionale dell'istituto in ragione della avanzata soglia di anticipazione di tutela del bene giuridico protetto in esso presente, ha indotto ad ulteriori precisazioni.

L'utilizzazione dello strumento indiziario richiede il rispetto dei parametri di validità dello stesso concordemente riconosciuti.

Il riferimento alla necessità di un "quadro" indiziario ed alla valutazione unitaria e non atomistica costituisce, pertanto, conferma della regola generale secondo cui gli indizi devono essere precisi e concordanti.

Dunque, non appare sufficiente un unico elemento di fatto dalla valenza non direttamente ed immediatamente probatoria, ma una pluralità di elementi che devono essere concordanti, cioè condurre, nella loro valenza induttiva, alla medesima conclusione, corroborandone la bontà, sia pure nella sua valenza possibilistica e probabilistica.

Va, peraltro, sottolineato che la legittimità di tale conclusione non è in assoluto e sempre esclusa dalla presenza di elementi di segno opposto ovvero di dubbia connotazione. E', però, in tutta evidenza necessario che questi ultimi siano isolati, di contenuto e valenza non rilevante, assolutamente minoritari, sia quantitativamente che qualitativamente, rispetto a quelli che inducono a conclusioni

---

48 Cfr. Tar Campania, Napoli, I, 17 giugno 2011, n. 3242

positive circa la presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa.

L'esistenza di fattori dissonanti obbliga, peraltro, l'amministrazione ad approfondimenti istruttori e, comunque, ad una ponderazione più attenta ed approfondita del residuo quadro indiziario a disposizione, al fine di confermarne ( con adeguata esternazione) la valenza verso la conclusione interdittiva attraverso un'analisi che tenga conto (e dia adeguatamente ragione) non solo della sua rilevanza positiva ma anche dei motivi per i quali esso non è vinto o posto incisivamente in discussione dall'elemento di segno contrario.

Riassumendo e sintetizzando le esposte considerazioni, va, dunque, affermato, ai fini della legittima adozione di una interdittiva antimafia, che:

- l'amministrazione deve compiere una istruttoria completa e non parziale, attraverso l'acquisizione e la valutazione di tutti gli elementi fattuali esistenti ed a disposizione, al fine di verificare l'esistenza di un quadro indiziario idoneo ed adeguato a supportare un giudizio di esistenza (certa o probabile) di tentativi di infiltrazione mafiosa;
- il richiamato requisito della completezza dell'istruttoria comporta che debba esservi esame della totalità dei dati fattuali a disposizione, che è necessaria la valutazione di tutti gli elementi esistenti nella attualità, che, ove vengono considerati fatti risalenti nel tempo, tale circostanza impone un doveroso approfondimento che ne giustifichi la utilizzazione attuale per la mancanza di rilevanti elementi di novità atti ad inficiarne la portata, che, ove emergano elementi nuovi, questi devono essere necessariamente

oggetto di valutazione;

- i dati fattuali costituenti il quadro indiziario devono essere plurimi e concordanti in relazione alla conclusione interdittiva;
- l'esistenza di elementi dissonanti o di segno contrario non esclude, di per sé sola, la legittimità della conclusione interdittiva, ma impone comunque una valutazione più approfondita dei dati a disposizione;
- in particolare, la presenza di elementi di segno contrario, non esclude l'esistenza di un quadro indiziario concordante tutte le volte in cui essi siano di scarsa rilevanza e risultino comunque vinti dal peso preponderante, quantitativo e qualitativo, degli altri a disposizione dell'amministrazione.

La necessaria esistenza di un quadro indiziario idoneo ed adeguato, quale presupposto per la legittima adozione di una interdittiva antimafia, porta ad un ulteriore approfondimento in ordine alle questioni relative alla risalenza temporale dei dati fattuali utilizzati, alla rilevanza delle sopravvenienze ed alla efficacia temporale delle interdittive antimafia.

Al riguardo, la giurisprudenza<sup>49</sup> ha avuto modo di affermare che l'attualità dei fatti e del rischio, che deriva dall'emersione di tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata in organismi imprenditoriali, va intesa nel senso che, se non vi sono fatti nuovi rispetto ad una precedente valutazione di presenza di tentativi siffatti, non è ragionevole, per ciò solo, concludere per il suo venir

---

49 Cfr. Cons. Stato, VI, 30 dicembre 2011, n. 7002; V, 28 febbraio 2006, n.851; V, 12 giugno 2007, n. 3126.

meno.

Non si deve, invero, dimenticare che la *ratio* delle disposizioni normative in materia riflette non già una funzione sanzionatoria, ma di prevenzione, finalizzata a costituire efficaci argini alla penetrazione criminale negli appalti pubblici. E' perciò ragionevole, e conforme a proporzionalità, considerare a questi fini che la situazione di rischio di infiltrazioni, che non è costituita ma solo manifestata da singoli e rilevati episodi, si può considerare davvero fugata non già per il mero e formale successivo trascorrere di un breve lasso di tempo dall'ultima verifica fatta, quanto per la necessità che siano sopravvenuti e accertati fatti positivi, idonei a dar conto di un nuovo e consolidato operare dei soggetti cui era stato collegato il pericolo, che persuasivamente e fattivamente dimostri un avvenuto discostamento dalla situazione prima rilevata.

E' stato, pure, sottolineato<sup>50</sup> che, se è vero che determinati accadimenti non possono, in linea di principio, rappresentare dei vincoli ostativi permanenti al reinserimento dell'impresa colpita da precedente interdittiva, è altresì vero che il mero trascorrere del tempo non può in quanto tale automaticamente fungere da fattore di riabilitazione.

Ciò può ritenersi di certo in situazioni in cui il periodo di tempo che si colloca tra l'evento indiziario e la sua rilevazione sia effettivamente tale da neutralizzarne la sintomaticità, come si verifica ad esempio in relazione ad eventi passati rispetto ai quali il nesso di causalità indiziante appare non più sussistente perché è

---

50 Cfr. Tar Campania, Napoli, I, 8 aprile 2010, n. 1835

mutato l'assetto societario o è venuta meno la pericolosità del gruppo criminale ritenuto contiguo all'impresa.

Invece, nella ipotesi in cui gli indizi addotti, sebbene non attuali *ratione temporis*, ma comunque non eccessivamente lontani, esprimano una non lieve compromissione rispetto ad ambienti o logiche malavitose, rispetto alle quali, nonostante il trascorrere del tempo, non sia fornita alcuna riprova di una successiva dissociazione, non vi è ragione di ritenere implausibile una valutazione di permanenza di una condizione di contiguità mafiosa.

Dai richiamati principi sono stati, poi, ricavati, importanti corollari:

- la previsione normativa<sup>51</sup> affermando la limitata utilizzabilità temporale della documentazione antimafia, intende riferirsi ai soli casi di documentazioni negative, vale a dire che attestino che non risultano infiltrazioni della criminalità organizzata, e non già anche ai casi di documentazioni positive, le quali conservano la loro capacità interdittiva anche oltre quel termine<sup>52</sup>;

- la valenza interdittiva nell'attualità di un precedente accertamento non è scalfito da sopravvenienze meramente formali, obiettivamente non comprovanti un reale e sostanziale discostamento da ambienti e logiche malavitose, quali il mero trasferimento di sede ovvero il trasferimento di quote ad un familiare<sup>53</sup>; sul punto va, in particolare rilevato che la sopravvenuta normativa, con evidente intento dissuasivo al loro ricorso, ha

---

51 Art. 2, comma 1, del DPR 3 giugno 1998, n. 252, oggi, art. 86, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 159/2011.

52 Cfr. Cons. Stato, VI, n. 7002/2011, cit.

53 cfr. Cons. Stato, VI, 20 maggio 2011, n. 2996.

trasformato tali elementi sopravvenuti da meri elementi irrilevanti *ad excludendum* in fattori positivi da cui ricavare la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Si veda l'art. 84, comma 4, lett. f, del d.lgs. n. 159/2011.

### PARTE III

#### **L'interdittiva antimafia: effetti**

*1. L'aggiudicazione e la stipula del contratto: tra interessi legittimi e diritti soggettivi; 2. Revoca e annullamento dell'aggiudicazione e recesso dal contratto; 3. Segue: l'annullamento dell'aggiudicazione; 4. Segue: Il recesso dal contratto; 5. Revoca e recesso: profili giurisdizionali; 6. L'informativa antimafia interdittiva: effetti sull'aggiudicazione e sul contratto.*

#### ***1. L'aggiudicazione e la stipula del contratto: tra interessi legittimi e diritti soggettivi***

Tornando alle fasi finali del procedimento ad evidenza pubblica, accennate nella prima parte, v'è da dire che i soggetti privati che vengono a contatto con la pubblica amministrazione, allorchè essa eserciti attività negoziale, fruiscono di una diversa tutela giurisdizionale a seconda della fase del procedimento in cui si verifica la lesione della loro sfera soggettiva<sup>55</sup>.

Difatti, nella fase preliminare, antecedente e prodromica al contratto, poichè il soggetto pubblico agisce esercitando poteri autoritativi, i privati sono titolari di un interesse legittimo al regolare svolgimento del procedimento amministrativo, azionabile

---

<sup>55</sup> Sul punto cfr. F. G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui “*al contrario della precedente disposizione [l'Autore si riferisce all'art. 16, c. 4, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440], che attribuiva all'aggiudicazione il valore di accettazione della proposta contrattuale contenuta nell'offerta reputata migliore, la nuova regola opera la separazione piena e netta tra procedimento di evidenza pubblica, che si conclude con l'aggiudicazione, e la conclusione del contratto, che avviene successivamente con la formale stipulazione. L'aggiudicazione non ha alcuna natura né alcun valore negoziale*”.



dinanzi al giudice amministrativo. Diversamente, una volta stipulato il contratto, il privato e la pubblica amministrazione sono posti su un piano di tendenziale parità, con la conseguenza che le posizioni soggettive di cui essi sono titolari sono qualificabili, rispettivamente, in termini di diritti soggettivi perfetti (all'adempimento, alla risoluzione, ecc.) e di obblighi giuridici, la cui tutela ricade, quindi, nella sfera di competenza del giudice ordinario<sup>56</sup>.

Pertanto l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto segnano, rispettivamente, il momento terminale del procedimento ad evidenza pubblica e quello iniziale del rapporto negoziale tra la pubblica amministrazione ed il contraente privato risultato miglior offerente.

Ciò si desume dallo stesso Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) che all'art. 11, comma 7 sancisce la non equipollenza dell'aggiudicazione definitiva all'accettazione dell'offerta, nonché la subordinazione dell'efficacia della prima alla verifica del possesso, da parte del miglior offerente, dei requisiti prescritti dal bando, lasciando intendere l'inidoneità dell'atto di aggiudicazione ad instaurare una relazione negoziale tra la stazione appaltante e il privato aggiudicatario, la quale sorgerebbe, invece, solamente per effetto della stipulazione. L'aggiudicazione, pertanto, avrebbe natura di atto amministrativo ampliativo della sfera soggettiva del

---

<sup>56</sup> Cfr. C. CILLA, *Contratti della P.A.: riparto di giurisdizione, rapporti tra normativa nazionale e regionale e revoca della aggiudicazione*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), 2012.

destinatario, il quale diverrebbe, per effetto della medesima, titolare di un interesse legittimo pretensivo alla stipulazione.

Su tale tradizionale criterio di riparto, sostanzialmente basato sulla *causa petendi*, si è innestato l'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, successivamente modificato dagli artt. 6 e 7 della legge n. 205/2000, che ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto della normativa interna di evidenza pubblica.

A seguito di tale modifica legislativa, numerose pronunce amministrative hanno posto in discussione la tradizionale zona di confine tra le due fasi sopramenzionate, spostandola a valle, in particolare ritenendo che il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva potesse pronunciarsi, oltre che sulla sequenza del procedimento di evidenza pubblica, anche in merito agli effetti dell'annullamento degli atti di gara e dell'aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato<sup>57</sup>.

A fronte della predetta tendenza all'attrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche delle situazioni di diritto intimamente connesse e consequenziali all'annullamento della procedura amministrativa, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ribadito che il tradizionale *discrimen* tra le due

---

57 Cfr., *ex multis*, Cons. St. sez. VI, 05 maggio 2003 n. 2332; Cons. St. sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992; Cons. St. sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666; Cons. St. sez. V, 28 maggio 2004, n. 3463.

giurisdizioni è rimasto immutato anche a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 205 del 2000, nonché dell'art. 244 del Codice dei contratti pubblici, che ne ha ribadito la formulazione, aggiungendovi solo l'estensione della cognizione del giudice amministrativo anche alle controversie risarcitorie<sup>58</sup>.

Privilegiando l'opzione c.d. privatistica, le Sezioni Unite hanno sostenuto, in più occasioni<sup>59</sup>, che gli articoli 6 e 7 della legge n. 205 del 2000, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, hanno avuto riguardo alla sola fase pubblicistica dell'appalto, lasciando invece impregiudicata la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla successiva fase dell'esecuzione del rapporto negoziale, che ha inizio con la stipula del contratto e ricomprende l'intera disciplina di cui all'art. 1321 e ss. c.c., concernente, quindi, non soltanto i requisiti (art. 1325 e ss. c.c.) e gli effetti (art. 1372 e ss. c.c.) del contratto, ma anche le patologie e le inefficacie negoziali, sia inerenti alla struttura del contratto, sia estranee e/o sopravvenute allo stesso.

Sicché, da una parte, è il provvedimento di aggiudicazione che, oltre ad individuare il contraente privato, costituisce "*il confine estremo della fase pubblicistica*"; dall'altra, è proprio la costituzione del rapporto giuridico di diritto comune, che ha inizio

---

58 Cfr. Cass. S.U. 11 gennaio 2011, n. 391.

59 Cfr. Cass., S. U., 28 dicembre 2007, n. 27169; Cass., S.U., 18 luglio 2008, n. 19805; Cass., S.U., 30 luglio 2008, n. 20596.

con l'incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto, a segnare l'altro spartiacque fra le due giurisdizioni<sup>60</sup>.

*In subiecta materia*, da ultimo, è intervenuto l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del nuovo codice del processo amministrativo<sup>61</sup> che, recependo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 53/2010 di attuazione della direttiva ricorsi n. 66/2007, ha esteso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche alla dichiarazione di efficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative.

## ***2. Revoca e annullamento dell'aggiudicazione e recesso dal contratto***

La questione dell'equivalenza o meno dell'aggiudicazione al contratto porta alla connessa questione della giurisdizione sussistente in materia di revoca dell'aggiudicazione definitiva.

Come è noto, l'aggiudicazione definitiva, in quanto provvedimento amministrativo, è soggetta ai normali poteri di ritiro da parte della p.a.: annullamento e revoca.

In particolare, il potere di revoca del provvedimento da parte della p.a., riconosciuto e disciplinato dall'art. 21 *quinquies* della legge. n.

---

60 Cfr., Cass., S. U., 28 dicembre 2007, n. 27169; Cass., S.U., 18 luglio 2008, n. 19805; Cass., S.U., 30 luglio 2008, n. 20596. In tal senso si è allineata anche la successiva giurisprudenza amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554; Consiglio Stato, sez. V, 7 gennaio 2009, n. 8; Consiglio di Stato, sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1264).

61 D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (in Suppl. ordinario n. 148 alla Gazz. Uff., 7 luglio, n. 156) "*Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*" (CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO).

241/1990<sup>62</sup>, si fonda sul principio generale dell'autotutela della pubblica amministrazione, nonché sul rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica, tutelati dall'art. 97 Cost.

Quanto alla natura del potere di revoca del provvedimento amministrativo, lo stesso può essere inteso come manifestazione di amministrazione attiva. La revoca, infatti, è un provvedimento di secondo grado con cui l'amministrazione decide di far cessare gli effetti di un provvedimento precedentemente adottato perché li ritiene non più idonei ad assicurare la cura dell'interesse pubblico in concreto perseguito.

Attraverso la revoca l'amministrazione modifica un rapporto sorto a seguito dell'emanazione di un provvedimento che, tuttavia, è

---

62 Art. 21 *quinquies* della legge 7 agosto 1990 n. 241: "1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. 1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati e' parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico". Il comma 1-bis è stato aggiunto dal comma 4 dell'art. 12 d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, soppresso dalla legge di conversione 2 aprile 2007, n. 40 e reintrodotta dall'art. 13, comma 8-duodevicesies inserito dalla stessa legge di conversione. Con l'art. 12, comma 1-bis, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, come modificato in sede di conversione dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, inoltre, è stato introdotto il comma 1-ter all'art. 21-quinquies, avente il medesimo tenore del comma 1-bis. Il comma 1-ter è stato successivamente abrogato dall'art. 62, comma 1, decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, nella legge 4 aprile 2012, n. 35.

considerato non più idoneo al perseguimento di quell'interesse pubblico<sup>63</sup>.

Per ciò che attiene all'esercizio del potere in parola, non viene in rilievo alcun termine, sia con riferimento alla revoca per sopravvenienza (ossia, per fatto sopravvenuto o per interesse sopravvenuto), sia con riguardo alla revoca per c.d. "*ius poenitendi*" (ossia per rivalutazione dell'interesse pubblico già valutato con il provvedimento di primo grado, senza che siano intervenuti mutamenti nella situazione di fatto o di diritto) e ciò al fine di soddisfare nel migliore dei modi l'interesse pubblico ad esso sotteso<sup>64</sup>.

Il provvedimento di revoca deve necessariamente avere ad oggetto un provvedimento, ad efficacia durevole o istantanea, che non abbia ancora esaurito i suoi effetti nel momento in cui l'Amministrazione decide di intervenire in autotutela, tanto che l'atto in parola determina, per espressa previsione di legge, l'inidoneità del provvedimento a produrre ulteriori effetti.

Tanto è confermato anche da recente giurisprudenza<sup>65</sup>, dove è stata ritenuta illegittima la revoca di un provvedimento di aggiudicazione che da tempo aveva esaurito i suoi effetti a seguito della stipula del

---

63 Cfr. M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in (a cura di S. CASSESE) *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006.

64 Sul punto cfr. S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella l. n. 15 del 2005, profili problematici*, in (a cura di G. CLEMENTE di SAN LUCA), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2006, secondo il quale "siffatta previsione avrebbe significato non soltanto incidere comunque sulla miglior cura dell'interesse pubblico, ma anche rompere l'unilateralità dell'istituto della revoca, come sempre avviene quando le discipline si diversificano".

65 Cfr. TAR Lazio, Sez. II ter, 6 marzo 2013 n. 2432.

contratto d'appalto, dovendo l'Amministrazione avvalersi invece del potere di recesso di cui all'art. 134 comma 1 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che costituisce lo strumento attribuito alla Stazione appaltante per sciogliersi volontariamente dal vincolo contrattuale.

E' da tenere presente, infatti, che il provvedimento di aggiudicazione della gara d'appalto, sebbene abbia efficacia durevole, spiega la propria efficacia sino alla stipulazione del contratto. Infatti è un provvedimento amministrativo privo di qualunque connotazione privatistica, sicché l'aggiudicazione definitiva ben può essere oggetto di revoca ma solo fino alla data di stipulazione del contratto o, più propriamente, sino all'avvio della sua esecuzione, che può farsi coincidere, in un appalto di lavori, con la consegna degli stessi da parte della Stazione appaltante<sup>66</sup>.

Di conseguenza, ove non sia stato ancora stipulato il contratto, la revoca dell'aggiudicazione, effettuata per sopravvenuti motivi di opportunità, non rientra nel generale potere contrattuale di recesso della p.a., con la conseguenza che, una volta stipulato il contratto, il potere autoritativo di revoca non può più essere esercitato.

Quanto agli effetti, l'articolo 21 *quinquies* della legge 241/90, nel precisare che "la revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti", consacra il principio dell'efficacia *ex nunc* del potere di revoca.

---

66 Va rilevato che il diritto di recesso previsto dall'art. 134 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 presuppone l'avvio del contratto e non opera se l'Amministrazione non ha mai provveduto alla consegna dei lavori né l'aggiudicataria ha mai chiesto tale consegna, R. PROIETTI, *Alternativa tra revoca dell'aggiudicazione e potere di recesso*, in Il Quotidiano Giuridico n 10/4/anno 2013.

Il comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies*, richiamando l'ipotesi in cui "la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali", ammette che il potere di revoca sia esercitato anche nei confronti di atti ad efficacia istantanea e che la revoca incida sui conseguenti rapporti negoziali, determinandone la cessazione dell'efficacia.

E' stato rilevato in dottrina, che il comma 1 *bis* cit. non sembra possa essere inteso quale norma attributiva del generale potere di revoca incidente su rapporti negoziali, limitandosi a porre una specifica disciplina sul calcolo dell'indennizzo. Ne consegue che, affinché la pubblica amministrazione possa svincolarsi da un rapporto negoziale esercitando la revoca, pare comunque sempre necessario che tale potere sia espressamente attribuito da una specifica norma di relazione<sup>67</sup>.

L'aspetto più problematico che riguarda il comma 1 *bis* è rappresentato proprio dalla questione circa la sua applicabilità con riferimento ai contratti ad evidenza pubblica, legittimando, dunque, la pubblica amministrazione a svincolarsi dal rapporto contrattuale, attraverso l'esercizio del potere di revoca e, dunque, a prescindere dai casi in cui è previsto il recesso, ai sensi dell'art. 21 *sexies* della legge n. 241/1990<sup>68</sup>.

In particolare, è stato sostenuto che il comma 1 *bis* dell'art. 21-*quinquies* rappresenterebbe il riconoscimento legislativo

---

67 Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.

68 Cfr. G. LA ROSA, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 04.



dell'ultrattività del potere di revoca, esercitabile anche successivamente alla stipulazione del contratto. In sostanza, la pubblica amministrazione nella fase di esecuzione del contratto potrebbe sciogliersi dal vincolo negoziale revocando con effetti caducanti il contratto che ha *medio tempore* stipulato<sup>69</sup>.

Questa impostazione ha trovato ingresso anche in parte della giurisprudenza ove è stato sostenuto che “il fatto che il provvedimento di annullamento o revoca incida (secondo il tradizionale collegamento fra provvedimento e contratto ricorrente nelle procedure ad evidenza pubblica) su un vincolo contrattuale eventualmente già formato non modifica la natura sostanziale del potere esercitato, che si sostanzia nel riesame del provvedimento di aggiudicazione e non nell'esercizio di un presunto diritto di recesso”<sup>70</sup>.

---

69 Cfr. E. BRUNO, G. FUOCO, *Manuale dell'autotutela decisoria nei procedimenti di evidenza pubblica. Guida all'annullamento e alla revoca degli atti di gara*, Rimini, 2008, i quali rilevano che “la previsione legislativa della revoca dei provvedimenti amministrativi, post-contratto, presente dal 2007, in modo inequivocabile, legittima l'autonomia della revoca rispetto al recesso”. Nella trattazione gli AA. richiamano alcune pronunce ove emerge l'impostazione seguita dalla giurisprudenza, dopo l'introduzione del comma 1-*bis*, che sarebbe volta ad ammettere l'esercizio della revoca con effetti caducanti rispetto al contratto stipulato. In particolare, viene richiamata (nt. 49) Tar Sicilia, Palermo, Sez. II, 9 luglio 2007, n. 1775, secondo cui “il comma 1-*bis* dell'art. 21-*quinquies* si spiega allora con la circostanza che la revoca, incidendo — come insegna la migliore dottrina — non sull'atto ma sugli effetti dell'atto, [...] allorché intervenga su provvedimento dal quale dipenda un rapporto negoziale, produce effetti assimilabili sul piano meramente fattuale a quelli di un recesso, pur sulla base di presupposti radicalmente diversi, essendo del tutto irrilevanti nella fattispecie del recesso i motivi d'interesse pubblico”. Inoltre, è richiamato Tar Puglia, Lecce, Sez. I, 17 aprile 2008, n. 1145, secondo cui “l'intera fattispecie deve essere ricostruita in termini pubblicistici di revoca del procedimento di autorizzazione alla stipulazione del contratto [...] l'effetto caducante (che può essere più agevolmente riportato all'istituto dell'inefficacia sopravvenuta) che deriva sul rapporto contrattuale dalla revoca dell'atto amministrativo presupposto che ha autorizzato la conclusione del contratto”.

70 Cons. Stato, Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554, in *Giurisdiz. amm.*, 2010, I. Sostengono l'esperibilità del potere di revoca anche successivamente alla stipulazione del contratto Tar Lazio, Roma, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372, in *Urb. app.*, 2009 (con

E' evidente come una tale impostazione finisca per creare il rischio di una indebita sovrapposizione con il disposto di cui all'art. 21 *sexies* della legge n. 241/1990 che consente alla pubblica amministrazione di recedere dal contratto solo laddove previsto dalla legge ovvero dal contratto stesso.

Il contrasto sarebbe chiaro, appunto, per i contratti a evidenza pubblica: se alla pubblica amministrazione fosse consentito di sciogliersi dal contratto per effetto della revoca del provvedimento di aggiudicazione (o, anche, della determina di contrattare), il disposto di cui all'art. 21 *sexies* verrebbe certamente eluso, ben

---

nota di A. VALLETTI, *La revoca degli atti di gara e la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante*) secondo cui “dalla previsione dell'art. 21-*quinquies*, per cui l'indennità è dovuta quando la revoca incida su rapporti negoziali, si deve ritenere che questa non sia dovuta quando il provvedimento di revoca si verifichi prima della stipula del contratto”; Tar Liguria, Genova, Sez. II, 28 maggio 2008, n. 1133, in *Foro amm.-Tar*, 2008, 1267; Tar Puglia, Lecce, Sez. I 21 febbraio 2008, n. 562, in *Guida al dir.*, 2008, 11, 90. La questione della revocabilità degli atti di gara con effetti caducanti sul contratto stipulato è segnalata, con accento critico, da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, il quale rileva che “la giurisprudenza ammette che quando sopravviene una mutazione radicale della situazione di pubblico interesse esistente al momento della conclusione del contratto, l'amministrazione può revocare o la deliberazione di contrattare (se questa è un provvedimento) o la approvazione del contratto; in tal modo il contratto perde efficacia con effetto dal momento della revoca”. *Contra* Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 2199, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 745, secondo cui “Il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva rientra nella fase pubblicistica del procedimento amministrativo quando tra le parti non è stato ancora stipulato un contratto di appalto, il quale si può considerare formalmente concluso qualora siano state rispettate le formalità tipiche dei contratti”; prima dell'entrata in vigore della disposizione in esame, cfr. Cass., Sez. I, 18 luglio 2006, n. 16454, in *www.deaprofessionale.it*, secondo cui “è sicuramente esatto il principio invocato dal ricorrente per il quale se la p.a. abbia stipulato, nell'esercizio dei propri poteri negoziali, un contratto con un privato, dallo stesso scaturiscono diritti soggettivi ed obblighi per le parti; sicché è irrilevante l'intenzione dall'amministrazione, comunque manifestata dopo il perfezionamento del contratto, di revocare la precedente deliberazione di contrattare; ed il relativo provvedimento, a differenza di quello di annullamento, non è riconducibile a poteri di supremazia, e non è qualificabile come provvedimento autoritativo, ma configura un atto negoziale di recesso, nell'ambito di un rapporto contrattuale nel quale l'amministrazione agisce come soggetto di diritto privato. Con la conseguenza che l'atto, che ha peraltro efficacia *ex nunc*, è idoneo ad incidere su posizioni di diritto soggettivo, nonché in particolare sui diritti e sulle obbligazioni scaturenti dal contratto: soprattutto quando lo stesso, come nella specie, è stato interamente eseguito (Cass. Sez. un. 4054/1993; 5833/1984; 327/1983)”.

potendo il soggetto pubblico conseguire gli effetti del recesso al di fuori delle ipotesi di cui alla disposizione in parola.

Le considerazioni che precedono, dunque, impongono di rintracciare con maggiore esattezza l'ambito di applicazione dell'art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis* rispetto all'attività amministrativa di evidenza pubblica.

A tal fine giova richiamare quanto già riferito in ordine all'orientamento tradizionale che riconosce, con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, l'esistenza di due fasi distinte: una amministrativa, disciplinata da norme di diritto pubblico, e l'altra privatistica, diretta alla formazione della volontà contrattuale, retta dall'applicazione delle norme di diritto civile, salvo deroghe<sup>71</sup>.

Quindi, mentre la fase della formazione e dell'integrazione dell'efficacia si colloca nell'area pubblicistica<sup>72</sup>, quella relativa all'esecuzione del contratto deve essere ricondotta al diritto comune.

In queste procedure, l'atto di aggiudicazione (ma ciò potrebbe valere per ogni atto della fase procedimentale) non rappresenta il presupposto del contratto<sup>73</sup>, ma esprime solamente le ragioni di pubblico interesse a esso sottese, con la conseguenza che il rapporto

---

71 Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit.. Impostazione che sembra confermata, tra l'altro, dall'art. 2, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, secondo cui "Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile".

72 Cfr. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Napoli, 1997.

73 Cfr. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999.

negoziale trova unicamente fondamento nella disciplina contrattuale<sup>74</sup>.

Tale ricostruzione, come già visto, è confermata dall'art. 11, comma 4, d.lgs n. 163/2006, secondo cui "l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta". Questa disposizione enuncia la regola secondo cui il provvedimento conclusivo della procedura ad evidenza pubblica (*i.e.* l'aggiudicazione) non è di per sé idoneo alla determinazione del rapporto negoziale, essendo all'uopo necessaria la stipulazione del relativo contratto<sup>75</sup>.

Nelle procedure a evidenza pubblica, dunque, la frattura tra il provvedimento e il contratto consente di rilevare come non sussista ragione per ritenere che gli effetti del primo perdurino nel secondo, attenendo a due fasi ontologicamente distinte<sup>76</sup>.

---

74 Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., il quale, proprio con riferimento alla revocabilità degli atti della procedura ad evidenza pubblica con effetti incidenti sul contratto sottolinea che *"la giurisprudenza ha applicato per analogia, le norme sulle revoche dei provvedimenti di concessione a cui accedono contratti — che hanno un ben preciso fondamento giuridico — ai provvedimenti delle procedure dei contratti ad evidenza pubblica; senonché l'analogia è dubbia, in quanto tali provvedimenti non hanno il ruolo di fungere da presupposto del contratto, ma solo quello di dare evidenza alle ragioni di interesse pubblico che lo hanno consigliato, per il resto il contratto essendo un contratto come tutti gli altri"*.

75 Sul punto cfr. F. G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui *"al contrario della precedente disposizione [l'Autore si riferisce all'art. 16, c. 4, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440], che attribuiva all'aggiudicazione il valore di accettazione della proposta contrattuale contenuta nell'offerta reputata migliore, la nuova regola opera la separazione piena e netta tra procedimento di evidenza pubblica, che si conclude con l'aggiudicazione, e la conclusione del contratto, che avviene successivamente con la formale stipulazione. L'aggiudicazione non ha alcuna natura né alcun valore negoziale"*.

76 Cfr. G. LA ROSA, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 04.

Ne consegue che se si ammettesse che la revoca possa determinare lo scioglimento del contratto, si finirebbe per ritenere che la revoca possa incidere direttamente sul rapporto contrattuale e ciò in patente contraddizione con quanto sancito dal comma 1 cit. che, invece, limita gli effetti della revoca unicamente al provvedimento.

Diversamente opinando, del resto, si creerebbe una illegittima disparità di trattamento, i cui effetti sarebbero portati alle estreme conseguenze se si pensa che con una tale impostazione i contratti stipulati a valle di una procedura viziata potrebbero restare efficaci, mentre l'inefficacia travolgerebbe certamente i contratti stipulati a seguito di una procedura la cui aggiudicazione definitiva sarebbe giudicata non più opportuna, pur se legittima. La disparità di trattamento sarebbe dunque determinata anche dalla diversa tutela che riceverebbe il legittimo affidamento nelle due diverse ipotesi.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, dunque, è possibile concludere nel senso che il comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990 non può essere interpretato nel senso di consentire alla pubblica amministrazione di revocare gli atti della procedura a evidenza pubblica con effetti caducanti nei confronti del contratto *medio tempore* stipulato.

Con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, dunque, l'unico spazio applicativo che sembra consentito riscontrare alla revoca è circoscritto al momento intercorrente fra l'acquisto di

efficacia da parte del provvedimento di aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto<sup>77</sup>.

### ***3. Segue: l'annullamento dell'aggiudicazione***

Un breve cenno va fatto in relazione alla differenza tra annullamento e revoca.

E' stato rilevato che la circostanza che annullamento e revoca siano tradizionalmente ricondotti tra i poteri di autotutela della pubblica amministrazione potrebbe indurre ad estendere alla revoca lo stesso regime forgiato per l'annullamento dell'aggiudicazione. Tuttavia, non è possibile accomunare i due istituti, caratterizzati da profonde differenze<sup>78</sup>.

---

77 Tale prospettazione, del resto, si manifesta compatibile anche con il testo del comma 10 dell'art. 11 d.lgs. n. 163/2006, come modificato dal dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 1, d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, secondo cui *“Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79”*.

78 La distinzione tra l'istituto della revoca e quello dell'annullamento d'ufficio, resa chiara dall'entrata in vigore degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/1990 che ne disciplinano i rispettivi contenuti, è stata per lungo tempo non nitidamente tracciata dal legislatore e dalla prassi che, anzi, hanno spesso utilizzato i due termini come sinonimi. Prima delle modifiche del 2005, invero, si sono delineati diversi orientamenti relativamente agli elementi di distinzione tra i due istituti. Tradizionalmente, la dottrina aveva, dunque, utilizzato diversi criteri discretivi. Secondo un primo orientamento, il criterio di discriminazione dovrebbe essere rintracciato nel soggetto cui viene riconosciuto il relativo potere. In particolare, mentre l'annullamento d'ufficio sarebbe disposto da parte di un'amministrazione diversa da quella che ha adottato il provvedimento da annullare, la revoca sarebbe riconosciuta in capo alla medesima autorità che ha adottato il provvedimento oggetto di revoca: in questo senso, U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1941, il quale ritiene che *“la revoca in stretto senso può procedere soltanto dall'autorità che ha emanato l'atto cui si riferisce; la revoca compiuta dall'autorità superiore o dagli organi di giurisdizione amministrativa porta infatti il nome di annullamento, se pura e semplice, o quello di riforma, se accompagnata dalla sostituzione totale o parziale del provvedimento”*. Una diversa teoria privilegia, invece, un criterio oggettivo, individuando la linea di confine tra i due istituti nella ragione per cui viene disposto il ritiro del provvedimento. In sostanza, mentre l'annullamento riguarda atti illegittimi, la revoca viene esercitata nei confronti di

In primo luogo, mentre la revoca viene disposta per ragioni di merito, con riferimento a provvedimenti legittimi ma non più opportuni, l'annullamento d'ufficio, previsto dall'art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990 n. 241, opera per vizi di legittimità ed ha ad oggetto unicamente provvedimenti che siano viziati per violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza relativa<sup>79</sup>.

In secondo luogo, mutano gli effetti. La revoca ha, infatti, efficacia *ex nunc*, ossia determina l'inidoneità del provvedimento revocato a produrre effetti per il futuro. L'annullamento ha invece efficacia *ex tunc*, privando il provvedimento degli effetti sin dal momento della sua adozione<sup>80</sup>.

---

provvedimenti inopportuni: così U. FORTI, *Diritto amministrativo*, II, Napoli, 1941; C. VITTA, *La revoca degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1930, IV. Secondo una teoria mediana tra le due sopra espresse, infine, l'annullamento si avrebbe nell'ipotesi di ritiro di un atto illegittimo, mentre la revoca consisterebbe nel ritiro del provvedimento ad opera della stessa autorità emanante sia per ragioni di merito che per motivi di legittimità: cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937.

79 Si consideri, tuttavia, che la dottrina ha sostenuto in passato che anche il potere di revoca troverebbe il suo fondamento nell'invalidità dell'atto amministrativo, riscontrabile pure a fronte di vizi di merito del medesimo, senza distinguere tra vizi di merito invalidanti e vizi di merito non invalidanti: in questo senso, cfr. F. BENVENUTI, *Autotutela* (voce), in *Enc. dir.*, IV, 1959; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983; G. PAGLIARI, *Contributo allo studio della cosiddetta invalidità successiva*, Padova, 1991.

80 Sul punto si v. però G. DIFIORE, *Il riesame del provvedimento*, in (a cura di G. CLEMENTE di SANLUCA), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2006, la quale ritiene che la circostanza che l'art. 21-*nonies* non prevede espressamente l'efficacia *ex tunc* del provvedimento di annullamento d'ufficio ha come effetto quello di rendere disponibile per l'amministrazione il *dies a quo*, con la conseguenza che spetterà a questa valutare in base alle circostanze da quando far decorrere gli effetti dell'annullamento. Inoltre, la differenza tra i due istituti per ciò che riguarda la rispettiva efficacia sembra essere stata fortemente ridimensionata dal comma 1-*bis* dell'art. 21-*quinquies*, con riferimento alla revoca dei provvedimenti incidenti su rapporti negoziali. Sul punto, infatti, la norma richiamata, ammettendo la revoca dei provvedimenti amministrativi aventi efficacia istantanea che incidano su rapporti negoziali, ammette che la revoca abbia efficacia *ex tunc*, retrodatando gli effetti della stessa al momento in cui il provvedimento revocando ha esaurito i propri effetti.

In terzo luogo, mentre ai sensi dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 la stazione appaltante in ogni momento può procedere all'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione definitiva per un vizio originario dell'atto (in tal modo incidendo, per la sua efficacia *ex tunc*, sul momento genetico del rapporto e, quindi, sui rapporti negoziali che a quell'atto sono legati da un nesso di presupposizione), lo stesso non può dirsi per l'esercizio del potere di revoca di cui all'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 in quanto la revoca, avendo efficacia *ex nunc*, incide sul momento funzionale del rapporto e non sul suo momento genetico e, quindi, presuppone che l'efficacia dell'atto oggetto di revoca continui a sussistere al momento della sua emanazione<sup>81</sup>.

Sotto altro profilo, può anche rilevarsi che, se la ragione per la quale l'Amministrazione decide di ritirare l'atto in autotutela è riconducibile al momento della sua emanazione, adotta un provvedimento di annullamento; se, invece, la ragione dell'autotutela è sopravvenuta all'emanazione dell'atto in prime cure adottato, la P.A. emana un provvedimento di revoca<sup>82</sup>.

Dunque, nelle ipotesi di contratti legati al provvedimento da un nesso di presupposizione, quale è il caso del provvedimento di aggiudicazione e del successivo contratto di appalto, quando il provvedimento presupposto ha esaurito i propri effetti con la stipulazione del contratto e l'avvio di esecuzione delle prestazioni, sarebbe ben possibile l'adozione, nell'esercizio del potere di

---

81 Cfr. TAR Lazio, Sez. II ter, 6 marzo 2013 n. 2432.

82 Cfr. R. PROIETTI, *Alternativa tra revoca dell'aggiudicazione e potere di recesso*, in Il Quotidiano Giuridico, n. 10/4/anno 2013.



autotutela, di un atto di annullamento, che, operando *ex tunc*, incide sul momento genetico del rapporto, ma non di revoca, la quale, operando *ex nunc*, incide sul momento funzionale<sup>83</sup>.

---

83 Cfr. R. PROIETTI, *Alternativa tra revoca dell'aggiudicazione e potere di recesso*, in Il Quotidiano Giuridico, n. 10/4/anno 2013.