Pubblicato il 13/01/2020

N. 00028/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00762/2017 REG.RIC.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

-sul ricorso numero di registro generale 762 del 2017, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore,* rappresentata e difesa dagli avvocati Pasquale Rinaldi e Giuseppe Nicola Bocola, domiciliata presso la Segreteria del T.A.R. Puglia in Bari, piazza Massari, 6;

contro

U.T.G. - Prefettura di Foggia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui Uffici in Bari, via Melo, 97, è domiciliato *ex lege*;

per l'annullamento

previa concessione di misura cautelare

dei seguenti atti: 1) il provvedimento del Prefetto di Foggia, con cui è stata emessa -OMISSIS- n.-OMISSIS-, comunicata con nota prot. -OMISSIS-e pervenuta il -OMISSIS-, nei confronti della ditta -OMISSIS-, sita in -OMISSIS-presso la-OMISSIS-, in -OMISSIS-(-OMISSIS-); 2) ogni atto al predetto comunque connesso,

presupposto o conseguenziale, ancorché non conosciuto, ivi inclusi la detta nota di -OMISSIS- n.-OMISSIS-; le -OMISSIS- del Comando Provinciale Carabinieri di Foggia n. -OMISSIS-e n. -OMISSIS-; le -OMISSIS- della Guardia di Finanza di Foggia n. -OMISSIS-e n. -OMISSIS-; la -OMISSIS-n.-OMISSIS-e n. -OMISSIS- della -OMISSIS-di Bari; la valutazione negativa espressa dal Gruppo Interforze, nelle riunioni del -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-e -OMISSIS-in merito alla impermeabilità dei sigg. -OMISSIS-e -OMISSIS-, quali soci della società ricorrente, rispetto a condizionamenti di -OMISSIS-; atti o verbali, non conosciuti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'U.T.G. - Prefettura di Foggia;
Visti gli artt. 19, paragrafo 3, lettera b), del Trattato sull'Unione Europea e 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea;
Viste le Raccomandazioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, pubblicate in G.U.U.E. C/380/1 dell'8 novembre 2019;
Visto l'art. 79, co. 1, cod. proc. amm.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 27 novembre 2019, il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori, come da verbale di udienza;

Premesso che:
- la -OMISSIS-ha chiesto a questo T.A.R. l'annullamento -OMISSIS- rilasciata dalla Prefettura di Foggia – Ufficio Territoriale del Governo in -OMISSIS-, e pervenuta-OMISSIS-;
- la domanda di annullamento giurisdizionale riguarda anche le -OMISSIS- redatte da organi di pubblica sicurezza nei confronti della società ricorrente;

- il provvedimento è stato comunicato alla società ricorrente in base all'art. 92, comma 2 bis, del Decreto Legislativo n. 6 settembre 2011, n. 159, "*in quanto gli elementi oggettivi raccolti nel corso dell'istruttoria, avviata, ai sensi dell'art. 91 Codice -OMISSIS-, su istanza del -OMISSIS-, suffragano il -OMISSIS-della presenza di possibili situazioni di -OMISSIS-, tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'attività imprenditoriale svolta dalla società*";

- il -OMISSIS-, una volta acquisita ufficiale conoscenza del provvedimento, ha avviato nei confronti della -OMISSIS-, che svolge impresa edile, il procedimento di revoca della concessione di un terreno utilizzato dalla società per lo svolgimento dell'attività primaria di estrazione, lavorazione e relativa commercializzazione di sabbia, pietre, marmi e materiali di risulta da cava a cielo aperto.

Considerato che:

- la società ritiene che il provvedimento sia illegittimo per:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 91, comma 5, in relazione all'art. 84, comma 4, lett. a, D.Lgs. 159/2011; eccesso di potere per illogicità e travisamento dei fatti; difetto dei presupposti di istruttoria, motivazione apparente;

2) eccesso di potere per irragionevolezza;

- la tesi difensiva si basa sul fatto che l'Autorità Prefettizia, per adottare il provvedimento impugnato ha dato peso a risalenti rapporti di frequentazione intrattenuti dai soci della ditta ricorrente con -OMISSIS-e a -OMISSIS-dei medesimi soci, i quali non sono, tuttavia, mai culminati in decisioni giudiziarie di -OMISSIS-;

- sempre secondo la difesa della società, un quadro di questa natura non può essere considerato significativo della presenza di possibili situazioni di -OMISSIS-, ai sensi dell'art. 91 del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, tanto più che non è emerso, nel tempo, alcun condizionamento, nelle decisioni cruciali per la vita della società, ad opera di esponenti della -OMISSIS-;

- il Ministero dell'Interno e la Prefettura di Foggia si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso del quale hanno chiesto il respingimento sulla base di una articolata relazione della Prefettura di Foggia – Ufficio Territoriale del Governo del 20 luglio 2017;
- il T.A.R. rileva, sulla base degli atti di causa, che il provvedimento impugnato è stato adottato senza alcun contraddittorio tra la P.A. e i soci della società ricorrente, quindi in assenza di una fase partecipativa del procedimento amministrativo;
- questo stesso giudice amministrativo reputa necessario e rilevante, ai fini della presente decisione, rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione, qui di seguito analiticamente sviluppata, atteso che l'accertata pretermissione del contraddittorio ha impedito alla società ricorrente di addurre, nell'ambito del procedimento amministrativo elementi atti a orientare in senso favorevole la pubblica Amministrazione decidente.
Ritenuto, in termini generali, che:
- l'ordinamento giuridico nazionale contempla la -OMISSIS-, intesa nella duplice tipologia della "*-OMISSIS-*" e della "*-OMISSIS-*", quale uno dei principali strumenti amministrativi, previsti dal c.d. Codice -OMISSIS-, di cui al D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, allo scopo di prevenire -OMISSIS-nel settore dei contratti pubblici;
- la -OMISSIS- viene emanata al termine di un procedimento amministrativo nel corso del quale il Prefetto territorialmente competente procede all'accertamento della affidabilità dell'impresa su richiesta delle pubbliche Amministrazioni, degli enti pubblici, dei concessionari di lavori o di servizi pubblici di cui all'art. 83 del Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159;
- l'ordinamento giuridico interno reputa, infatti, necessario che l'impresa che viene in contatto con la pubblica Amministrazione risulti libera da qualunque -OMISSIS- e che, pertanto, essa sia capace di resistere ad ogni tentativo di -OMISSIS-, al fine di

scongiurare il rischio di una diffusione capillare di condotte di grave inquinamento del tessuto sociale ed economico del Paese;

- la *ratio* dell'istituto va rintracciata nella salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica Amministrazione.

Ritenuto, ancora che:

- dall'esame della normativa nazionale di riferimento, contemplata dal Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159 si desume che l'-OMISSIS- -OMISSIS- può essere, nella sostanza, di due tipi e cioè: 1) -OMISSIS- -OMISSIS-; 2) -OMISSIS- -OMISSIS-; la prima implica un giudizio favorevole del Prefetto sull'impresa, vale a dire un giudizio di non soggezione della stessa all'-OMISSIS-, la seconda invece implica un giudizio sfavorevole che può essere basato anche su semplici indizi, presunzioni o inferenze argomentative;

- in particolare, la -OMISSIS--OMISSIS- -OMISSIS-, alla luce delle caratteristiche sopra enunciate, ha natura di misura preventiva a carattere amministrativo, in quanto è finalizzata ad anticipare la soglia della difesa sociale, in modo da garantire una forma di tutela avanzata contro le attività della -OMISSIS-, anche sotto specie di tentativo di condizionamento o -OMISSIS- di -OMISSIS- nei confronti di operatori economici;

- la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto occasione di precisare, più volte, che "*-OMISSIS-*" (cfr: Consiglio di Stato - Ad. Plen. 06/04/2018, n.3; Consiglio di Stato, sez. III, 13 agosto 2018, n. 4938; Consiglio di Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1553);

- il Collegio ritiene, tuttavia, di non condividere l'assunto della natura cautelare del provvedimento di cui si discute, poiché non si tratta di misura provvisoria e strumentale, adottata in vista di un provvedimento che definisca, con caratteristiche di stabilità e inoppugnabilità, il rapporto giuridico controverso, bensì di atto

conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili, se si considera che alla citata-OMISSIS- -OMISSIS- segue il ritiro di un titolo pubblico o il recesso o la risoluzione contrattuale, nonché la sostanziale messa al bando dell'impresa e dell'imprenditore che, da quel momento e per sempre, non possono rientrare nel circuito economico dei rapporti con la P.A. dal quale sono stati estromessi;

- per le ragioni che si sono appena descritte, l'-OMISSIS- -OMISSIS- non fa parte dei provvedimenti interinali e cautelari in relazione ai quali il legislatore nazionale consente di escludere, in via generale, l'applicazione della partecipazione al procedimento amministrativo (vedasi art. 7 legge 7 agosto 1990, n. 241);

- la stessa partecipazione al procedimento amministrativo, garantita attraverso l'ascolto delle ragioni del destinatario del provvedimento -OMISSIS- non ha controindicazioni perché il soggetto nei cui riguardi opera la misura non ha alcuna possibilità di mettere in atto strategie elusive o condotte ostruzionistiche con l'intento di sottrarsi al provvedimento conclusivo;

- l'-OMISSIS- -OMISSIS-, in base a quanto previsto dall'art. 92, comma 2, del D.Lgs. 159 del 2011 è rilasciata quando dalla consultazione della *banca dati nazionale unica* emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di -OMISSIS- di cui all'articolo 84, comma 4, e fermo restando quanto previsto dall'art. 91, comma 6, del D.Lgs. n. 159/2011;

- a seguito del rilascio di una -OMISSIS-, le Amministrazioni non possono stipulare, approvare o autorizzare contratti o subcontratti né, tantomeno, rilasciare concessioni o erogazioni e, laddove gli elementi relativi alla sussistenza di tentativi di -OMISSIS- siano accertati successivamente alla stipula del contratto, alla concessione dei lavori o all'autorizzazione del subcontratto, si procede alla revoca o

al recesso, come accaduto nella fattispecie qui sottoposta al vaglio del Giudice amministrativo;

- il procedimento amministrativo che culmina nel rilascio della -OMISSIS- -OMISSIS-, pur in presenza di considerevoli effetti negativi nella sfera giuridica del destinatario, non prevede alcuna forma di contraddittorio con il destinatario medesimo, se non nella ipotesi disciplinata dall'art. 93 del Decreto legislativo n. 159/2011, in cui "*Il prefetto emette, entro quindici giorni dall'acquisizione della relazione del gruppo interforze, l'-OMISSIS--OMISSIS-, previa eventuale audizione dell'interessato secondo le modalità individuate dal successivo comma 7*";

- anche nel caso ora esaminato, si tratta di audizione con finalità istruttoria la quale consente un contraddittorio meramente eventuale, non di garanzia effettiva di partecipazione al procedimento, atteso che l'eventualità che il contraddittorio si instauri è discrezionalmente valutata dall'Autorità prefettizia che procede, in base alle proprie esigenze istruttorie;

- la garanzia partecipativa assume speciale rilievo e importanza nel procedimento in esame in relazione ad almeno tre circostanze:

1) le valutazioni del Prefetto possono fondarsi su una serie di elementi fattuali, taluni dei quali tipizzati dal legislatore (*ex* art. 84, comma 4, D.Lgs. n. 159 del 2011; si pensi ai cosiddetti delitti - spia), mentre altri elementi fattuali, cosiddetti "a condotta libera", sono lasciati al *prudente e motivato apprezzamento discrezionale* dell'Autorità amministrativa, che *può* desumere il tentativo di -OMISSIS-, ai sensi dell'art. 91, comma 6, D.Lgs. n. 159 del 2011, da provvedimenti di condanna non definitiva per reati strumentali all'attività delle -OMISSIS- ovvero anche solo da elementi da cui risulti che l'attività di impresa «*possa, anche in modo indiretto, agevolare le -OMISSIS-o esserne in qualche modo condizionata*» (cfr.: Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758);

2) tale ultima ipotesi di "*condizionamento indiretto*" dell'impresa da parte della -OMISSIS-comprende un numero di casi davvero molto significativo e appare di

difficile distinzione rispetto a quella dei casi di imprese che subiscono le -OMISSIS-, essendone le vittime;

3) il Giudice amministrativo chiamato a valutare la gravità del -OMISSIS-posto a base della valutazione prefettizia, in ordine al pericolo di -OMISSIS-, possiede un sindacato giurisdizionale estrinseco sull'esercizio del potere prefettizio, la qual cosa comporta un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consentendo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, ma non possiede un vero e proprio sindacato *ab intrinseco* che vada oltre l'apprezzamento della ragionevolezza e della proporzionalità della prognosi inferenziale che l'Autorità amministrativa trae da quei fatti (cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105; Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758);

- ne discende che il contraddittorio tra il Prefetto e l'impresa nella fase procedimentale assume un'importanza davvero rilevante ai fini della tutela della posizione giuridica dell'impresa la quale potrebbe offrire al Prefetto prove e argomenti convincenti per ottenere un'-OMISSIS- liberatoria, pur in presenza di elementi o indizi sfavorevoli, mentre è più difficile che il Giudice amministrativo sostituisca il proprio convincimento a quello dell'Autorità, una volta che quest'ultima abbia adottato -OMISSIS-;

Ritenuto di evidenziare, ai fini della presente decisione di pronuncia pregiudiziale richiesta alla CGUE, che:

- l'art. 6, par. 1 del Trattato sull'Unione Europea, stabilisce che "*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati*";

- in quanto tale, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea è fonte di diritto primario dell'Unione Europea, al pari dei Trattati istitutivi;

- le fonti di diritto primario dell'Unione Europea, allorquando presentino i caratteri della sufficiente precisione e del carattere incondizionato possono avere efficacia diretta all'interno degli ordinamenti nazionali in modo da creare a favore dei singoli posizioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili dinnanzi ai giudici nazionali;
- l'art. 41 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 prevede espressamente il diritto del cittadino europeo a una buona amministrazione;
- a sua volta, il diritto ad una buona amministrazione comprende in particolare... a) *il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio* (sempre art. 41 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea);
- il diritto dell'Unione riconosce, pertanto, la sussistenza di un principio del contraddittorio di carattere endoprocedimentale, da far valere al di fuori del diritto di difesa nel processo giurisdizionale e da intendere nel senso che " *ogni qualvolta l'Amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo, i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'Amministrazione intende fondare la sua decisione (...)*;
- il principio del contraddittorio endoprocedimentale è enunciato in maniera precisa, in quanto sono chiariti con sufficienza gli elementi che ne fanno parte e in maniera incondizionata, trattandosi di principio capace di autoaffermarsi nei rapporti del cittadino con l'Amministrazione;
- il principio del contraddittorio, quale espressione fondamentale di civiltà giuridica europea, appartiene, oltretutto, al catalogo dei principi generali del Diritto dell'Unione in base all'art. 6, par. 3 del Trattato sull'Unione Europea, a mente del quale "*i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti*

dell'uomo e delle libertà fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali";

Tutto ciò premesso, considerato e ritenuto,

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, sezione III, chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di chiarire pregiudizialmente, ai fini della decisione della presente controversia, se gli artt. 91, 92 e 93 del Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui non prevedono il contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto nei cui riguardi l'Amministrazione si propone di rilasciare una-OMISSIS-, siano compatibili con il principio del contraddittorio, così come ricostruito e riconosciuto quale principio di diritto dell'Unione;

Sospende la decisione della presente controversia fino alla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, (Sezione Terza), rinvia alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la richiesta di pronuncia pregiudiziale di cui in motivazione;

Sospende il giudizio fino alla decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Manda alla Segreteria di trasmettere l'originale firmato della domanda di pronuncia pregiudiziale (e degli altri documenti correlati) a mezzo dell'applicazione -OMISSIS- e una versione modificabile della stessa domanda di pronuncia pregiudiziale (e degli altri documenti correlati alla domanda): -*OMISSIS*-.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2019, con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere, Estensore

Giacinta Serlenga, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Carlo Dibello	**Orazio Ciliberti**

IL SEGRETARIO