TAR Campania, Sezione I Napoli - Sentenza 03/08/2006 n. 7849
legge 109/94 Articoli 1, 10, 20 - Codici 1.1, 10.3, 20.1

Il cd. protocollo di legalità va qualificato sotto il profilo formale come un accordo fra pubbliche amministrazioni, concluso ai sensi dell'art. 15 della legge n. 241/1990, per disciplinare e sviluppare la collaborazione in attività di interesse comune, nella specie riguardanti l'attuazione di una corretta ed efficace politica di prevenzione antimafia nel delicato settore degli appalti pubblici, mediante la predisposizione di modalità e strumenti appropriati a contrastare l'inquinamento della criminalità organizzata. In tale quadro la stazione appaltante può inserire nei propri bandi di gara, ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge, la potestà per l'ente di escludere i concorrenti per i quali il Prefetto abbia fornito informazioni antimafia ai sensi dell'art. 1-setpties del Decreto Legge n. 629/1982. Tale disposizione prevede che "l'Alto commissario (per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa: ora il Prefetto) può comunicare alle autorità competenti ... elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge, dei requisiti soggettivi richiesti per il rilascio, il rinnovo, la sospensione o la revoca delle licenze, autorizzazioni, concessioni e degli altri titoli menzionati". E' evidente che sia la norma di legge sia il protocollo di legalità non sottraggono le potestà demandate alle stazioni appaltanti per le valutazioni di rispettiva competenza, né contemplano effetti automaticamente ed obbligatoriamente preclusivi per l'informativa supplementare cd. atipica (contrariamente a quanto è previsto per le interdittive antimafia e per le informative sui tentativi di infiltrazioni mafiose, secondo quanto previsto dall'art. 4 del D.Lgs. n. 490/1994 e dall'art. 10 del D.P.R. n. 252/1998). Nondimeno è altrettanto evidente che il sistema normativo non offre alle stazioni appaltanti strumenti e capacità per apprezzare la correttezza e la rilevanza "antimafia" degli elementi e delle indicazioni fornite dalla Prefettura, alla quale spettano le funzioni connesse alla classificazione, analisi, elaborazione e valutazione delle notizie e dei dati specificamente attinenti ai fenomeni di tipo mafioso. Ne consegue che l'effettivo ambito della discrezionalità riservata alle stazioni appaltanti ne esce sostanzialmente depotenziato, almeno per quanto riguarda i contenuti delle suddette informative, mentre restano di competenza dell'ente unicamente le determinazioni strettamente conseguenti da assumere in ordine alla sorte ed alla prosecuzione della gara per l'affidamento dell'appalto. In definitiva, la motivazione sulle controindicazioni di prevenzione rispetto alla criminalità organizzata è normalmente contenuta "per relationem" nella informativa prefettizia.