

Pubblicato il 18/09/2017

N. 04371/2017REG.PROV.COLL.
N. 09186/2016 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9186 del 2016, proposto dal Ministero dell'Interno, U.T.G. - Prefettura di Napoli, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso lo studio Sergio Como in Roma, via Giovanni Antonelli, 49;

nei confronti di

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Scalfati, Mario Percuoco, con domicilio eletto presso lo studio Alessandro Biamonte in Roma, via Pistoia, 6;

per la riforma

della sentenza breve del TAR Campania – Napoli, sezione -OMISSIS-, resa fra le parti, con la quale è stato accolto il ricorso principale per

l'annullamento del provvedimento -OMISSIS- della Prefettura di Caserta, recante informativa ostativa antimafia, del provvedimento -OMISSIS- della -OMISSIS- di recesso dal contratto rep. -OMISSIS- e del provvedimento -OMISSIS- della -OMISSIS- di esclusione della -OMISSIS- dalla procedura indetta per affidamento di lavori ricadenti nel territorio dell'Ambito territoriale ottimale -OMISSIS-;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della -OMISSIS- e della -OMISSIS-;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2017 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Luigi Maria D'Angiolella e l'Avvocato dello Stato Isabella Piracci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al Tar Campania, -OMISSIS- impugnava l'informativa antimafia n. -OMISSIS- emessa a suo carico dalla Prefettura di Caserta, nonché il conseguente provvedimento con cui la -OMISSIS- comunicava alla -OMISSIS- il recesso dal contratto di appalto *medio tempore* stipulato.

2. A seguito di istruttoria disposta dal Tar, la Prefettura di Caserta depositava documentazione istruttoria, nonché un ulteriore provvedimento con cui la -OMISSIS- aveva disposto l'esclusione di -OMISSIS- da una gara poi aggiudicata alla -OMISSIS-. Provvedimenti, questi ultimi, impugnati con motivi aggiunti dalla ricorrente.

3. Con la sentenza -OMISSIS-, in epigrafe indicata, il TAR accoglieva il ricorso in relazione all'informativa prefettizia, al recesso esercitato da -OMISSIS- dal contratto in essere, ed all'esclusione dalla sopra richiamata

procedura di gara, dichiarando – al contempo – improcedibile il ricorso per motivi aggiunti, limitatamente all’impugnazione proposta avverso l’aggiudicazione in favore della -OMISSIS-. (in relazione alla quale la ricorrente aveva *medio tempore* perso interesse, non essendosi classificata in posizione utile).

3.1. In particolare, il Tar ha ritenuto fondato il ricorso “*con specifico riferimento al difetto di istruttoria e alla carenza di motivazione, non avendo l’Autorità Prefettizia adeguatamente tenuto conto delle motivazioni dell’ordinanza del Tribunale del Riesame di Napoli con cui è stata annullata la predetta ordinanza di custodia cautelare in carcere emessa nei confronti di -OMISSIS-per carenza di fumus (in particolare, nel provvedimento si legge che il quadro indiziario non avrebbe chiarito adeguatamente le modalità della condotta attraverso cui si sarebbe realizzata la turbativa ed inoltre appare generico e indimostrato il riferimento alle collusioni con le altre imprese che avevano partecipato all’incanto e ai mezzi fraudolenti adoperati)*”.

4. Avverso detta sentenza l’Amministrazione ha proposto appello, notificandolo il giorno 25/11/2016. A supporto del gravame ha dedotto che la revoca dell’ordinanza cautelare non inciderebbe sul contesto di contiguità; vi sarebbero altri elementi, concomitanti e parimenti rilevanti, richiamati dal provvedimento prefettizio, quali i contenuti di alcune intercettazioni telefoniche, l’assunzione di due dipendenti imparentati con esponenti di spicco di clan camorristici; l’affidamento di un gran numero di appalti con procedura di somma urgenza in un periodo ed in un’area geografica in cui dominava il -OMISSIS-ed altri elementi di seguito meglio descritti.

5. Nel giudizio si è costituita -OMISSIS-. Ha eccepito innanzitutto la tardività del gravame per mancato rispetto del termine dimidiato. Nel merito ha chiesto il rigetto del gravame: l’ipotesi accusatoria sarebbe ormai venuta definitivamente meno con l’archiviazione. I due dipendenti (su 47) sarebbero stati immediatamente licenziati non appena saputo dei legami di

parentela; nessun elemento indiziante sarebbe ricavabile dal comportamento di -OMISSIS-, titolare dell'impresa dal 2007.

6. Nel giudizio si è anche costituita la -OMISSIS- ed ha invocato l'accoglimento del gravame, sottolineando, quanto agli atti di sua competenza, il carattere vincolato del recesso operato.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 20 luglio 2017.

8. Dev'essere preliminarmente scrutinata l'eccezione di tardività del gravame.

Non c'è dubbio che a mente dell'art. 32 comma 1 cpa *“è sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale”*, e che *“se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV”*.

Il libro IV del titolo V, fatto salvo dalla disposizione sopra riportata, nell'ambito del quale devono dunque individuarsi le eccezioni al principio di prevalenza del rito ordinario, contempla, tra gli altri, i giudizi concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture.

Nel caso di specie, il cumulo di domande, verificatosi a seguito della proposizione di motivi aggiunti in primo grado, ha riguardato l'informativa antimafia (soggetta a rito ordinario) e l'esclusione da una gara in conseguenza del tenore interdittivo dell'informativa.

Trattasi quindi di un caso in cui a prevalere è il rito speciale. L'appello avverso la sentenza (non notificata) avrebbe dovuto pertanto essere proposto entro il termine lungo dimidiato di 3 mesi, ossia entro il 22/10/2016.

8.1. Di ciò, a ben vedere, è consapevole anche l'appellante, il quale, dopo il deposito dell'ordinanza cautelare che si è pronunciata dell'eccezione di tardività rilevandone il *fumus boni iuris*, ha lungamente ed analiticamente argomentato in ordine alla sussistenza di un errore scusabile.

8.2. In particolare ha dedotto che dopo la proposizione del ricorso per

motivi aggiunti, che avrebbe dovuto comportare la conversione del rito in rito speciale in primo grado, ai sensi dell'art. 32 c.p.a., non si sarebbe determinato alcun mutamento, e anzi si sarebbero registrati una serie di elementi che hanno ricondotto il giudizio ancora al rito ordinario.

In particolare:

a) a dispetto di quanto asserito dall'appellato a supporto dell'eccezione di tardività, la -OMISSIS- .r.l., nel proprio ricorso per motivi aggiunti avrebbe dichiarato un contributo unificato di 650,00 euro, corrispondente – nella Tabella relativa all'anno 2016 – all'atto introduttivo del giudizio secondo il rito ordinario;

b) il ricorso di primo grado non avrebbe mutato la propria qualificazione nel registro ricorsi del TAR, continuando a risultare della “tipologia” “ordinario” , né una diversa qualificazione sarebbe emersa dagli avvisi di segreteria alle parti ; circostanza – sostiene l'Avvocatura – ancor più rilevante ove si tenga conto del sistema organizzativo procedimentalizzato della difesa della PA, basato in modo preminente sulla categorizzazione degli atti, anche con specifico riferimento al monitoraggio delle scadenze processuali;

c) sia il registro TAR sia le comunicazioni dello stesso Tribunale avrebbero continuato a riportare – nella posizione di “oggetto” – esclusivamente l'annullamento della informazione antimafia interdittiva, senza mai fare menzione dell'esclusione dalla gara;

d) il giudizio di primo grado si sarebbe svolto con le forme del rito ordinario, per quanto la definizione sia intervenuta al termine dell'udienza cautelare ai sensi dell'art. 60 c.p.a.; si sarebbero, infatti, rispettati i termini pieni di cui all'art. 55, co. 5, c.p.a., a norma del quale, “*sulla domanda cautelare il collegio pronuncia nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso*”, senza operare dimezzamenti.

9. Ritiene il Collegio che, in effetti, l'errore possa essere ritenuto scusabile. Sul punto non può che richiamarsi l'orientamento dell'Adunanza Plenaria n. 32/2012 che, nel ribadire la rilevanza oggettiva ed indisponibile delle norme processuali in tema di rito applicabile, ha al contempo chiarito che *“l'errore del giudice può divenire rilevante ai nostri fini solo se inquadrabile in un complessivo comportamento fuorviante dello stesso giudice e delle controparti. Così, se in primo grado viene seguito il rito ordinario senza che nessuna delle parti, che anzi ne traggono vantaggio, né il giudice rilevino la necessità di seguire il rito speciale, e senza che vi siano altri indizi della necessità di seguire il rito speciale (qualificazione del ricorso nel registro dei ricorsi, misura del contributo unificato) si determina una situazione complessiva, oggettivamente e concretamente idonea a trarre in errore la parte. Sicché, la parte che, nel proporre appello, segue i termini del rito ordinario anziché quelli del rito speciale, incorre in un errore che può essere ritenuto scusabile”*

9.1.E' quanto avvenuto nel caso di specie, in cui: a) Il giudizio si è correttamente incardinato con il rito ordinario; b) a seguito della proposizione dei motivi aggiunti il giudice di prime cure non ne ha disposto la conversione, continuando a seguire i termini ordinari per la fissazione dell'udienza cautelare, salvo poi definire il giudizio con sentenza “breve”, in forza della generale possibilità prevista dall'art. 60 c.p.a.; c) anche dal punto di vista amministrativo ed informatico, la circostanza della successiva impugnazione di un provvedimento di esclusione da una gara (diversa da quella che aveva dato gara cui la ricorrente aveva preso parte) non è mai stata adeguatamente evidenziata.

A ciò può aggiungersi che all'udienza dell' 8/6/2016 la società ricorrente ha rappresentato di non avere interesse all'annullamento dell'aggiudicazione in favore della concorrente -OMISSIS-, essendosi classificata in posizione non utile da aspirare all'affidamento, tant'è che il giudizio si è concluso in primo grado, in relazione a tale atto terminativo della procedura di gara, con una sentenza di improcedibilità. Circostanza,

quest'ultima, che ha reso meno pregnante, se non evanescente, la rilevanza della domanda aggiuntiva in giudizio, contribuendo oggettivamente ad alimentare l'oggettiva incertezza che si era determinata.

9.2. Insomma, l'errore c'è stato ma, avuto riguardo a tutte le circostanze, può in via eccezionale essere ritenuto scusabile, con conseguente ricevibilità dell'appello.

10. Nel merito, il Collegio ritiene che lo stesso sia anche fondato.

10.1. Il Tar ha basato la sua decisione esclusivamente sulla constatazione dell'avvenuto annullamento, ad opera del Tribunale del riesame, dell'ordinanza di custodia cautelare in carcere emessa a carico di -OMISSIS-, già amministratore della -OMISSIS- e padre del sig. -OMISSIS-, attuale amministratore; ossia proprio di quella ordinanza che, in forza della gravità e specificità dei fatti contestati all'imputato (turbata libertà degli incanti aggravata dal metodo mafioso) e dei legami familiari con l'attuale amministratore della -OMISSIS-, aveva costituito, secondo il Tar, il "nucleo centrale" dell'informativa prefettizia.

10.2. L'assunto non può essere condiviso. Come già osservato dalla Sezione in relazione a vicenda in larga parte sovrapponibile (analogo provvedimento disposto nei confronti di un'altra società, la -OMISSIS- anch'essa riconducibile a soggetto coinvolto nella medesima inchiesta del sig. -OMISSIS-), non emerge dall'esame del provvedimento impugnato *"una corrispondenza biunivoca... tra gli atti di indagine penale valutati ai fini cautelari e gli elementi indiziari apprezzati dal Prefetto a fini interdittivi né è corretto ipotizzare, come fa il primo giudice, un rapporto di ancillarità tra i primi e i secondi che comporti l'invalidità derivata dell'informativa antimafia quale effetto automatico dell'annullamento dell'ordinanza di custodia cautelare disposta in sede di riesame"* (Sentenza n. -OMISSIS-).

Infatti, se è pur vero che l'ordinanza ha rivestito un ruolo rilevante e scatenante nell'adozione dell'informativa interdittiva, è del pari innegabile

che essa è altresì fondata su “*molteplici ed ulteriori elementi riportati nella relazione redatta in data -OMISSIS-dai rappresentanti del Gruppo Interforze*” richiamata dall’informativa stessa.

Dalla motivazione *per relationem* si ricava, come anche evidenziato dal Ministero appellante nel contesto del secondo motivo d’appello, che:

- 1.-OMISSIS--OMISSIS- risulta imputato nell'ambito del procedimento penale n. -OMISSIS-per i reati p. e p. dall'artt 40, 110 e 356 c.p. (pag. 1, relazione del Gruppo Interforze);
- 2.Il medesimo ha precedenti per frode nelle pubbliche forniture, dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti, attività di gestione rifiuti non autorizzata, distruzione o deturpazione di bellezze naturali (pag. 3, relazione Gruppo Interforze);
- 3.la -OMISSIS- ha intrattenuto rapporti commerciali con "-OMISSIS-società destinataria di un provvedimento interdittivo antimafia emesso dalla Prefettura di Caserta in data -OMISSIS-(pag. 12, relazione Gruppo Interforze);
- 4.-OMISSIS-, dipendente della -OMISSIS- è figlio di -OMISSIS-, detenuto con provvedimento definitivo, fine pena -OMISSIS-, perché affiliato al "-OMISSIS-" (pag. 2, relazione Gruppo Interforze);
- 5.-OMISSIS-, dipendente della -OMISSIS- s.r.l., è figlio di -OMISSIS-, affiliato al "-OMISSIS-", attualmente detenuto, e fratello non convivente del pluricensurato -OMISSIS-, attualmente sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di PS (pagg. 2-3, relazione Gruppo Interforze);
- 6. nel periodo 2001-2005 e nell'ambito dello specifico settore e dell'area geografica di riferimento, i lavori di somma urgenza sono stati affidati per il 58% ad imprese collegate al -OMISSIS-. Per il solo 2005 ben 40 interventi sono stati commissionati alla -OMISSIS- (pag. 6, relazione Gruppo Interforze);

10.3..Sul punto le repliche dell'appellato, non convincono del tutto. Sicuramente valgono ad escludere l'attualità e rilevanza di quanto indicato ai punti 1 e 2, posto che chiariscono che per il procedimento penale n. -OMISSIS-il sig. -OMISSIS- risultava, già all'epoca dell'emissione dell'informativa, assolto perché il fatto non sussiste. Chiariscono altresì che anche gli altri procedimenti pendente citati sono stati oggetto di archiviazione, sicchè può dirsi che ad oggi, il sig. -OMISSIS- non ha precedenti penali.

10.4. Non sgombrano invece i dubbi quanto ai rapporti con altra società destinataria di informativa prefettizia, -OMISSIS-che, avuto riguardo al periodo almeno triennale oggetto di analisi, appaiono tutt'altro che insignificanti; soprattutto non smentiscono l'assunzione di due dipendenti strettamente imparentati con soggetti affiliati al -OMISSIS-, circostanza quest'ultima che, nella logica della prevenzione "amministrativa" del rischio infiltrativo, appare particolarmente pregnante, disvelando, secondo l'approccio probabilistico che la contraddistingue, un indice di scarsa resistenza dell'impresa alla pervasività della fenomeno associativo criminale. Non è del resto verosimile quanto affermato dall'appellato in relazione all'assenza di consapevolezza, sol che si consideri che trattasi di un'impresa che opera da sempre sul territorio dal quale provengono gli assunti ed i loro parenti. Anche l'immediato licenziamento dei dipendenti citati, una volta appresa la notizia, non appare dirimente, posto che la prognosi del rischio basa sulla valenza indiziaria dei comportamenti progressi, e non su quelli, in qualche modo necessitati, adottati a seguito del provvedimento interdittivo.

10.5.Considerazioni del medesimo segno possono farsi per il gran numero di appalti in passato ottenuti con procedure di somma urgenza. La specializzazione dell'appellato, del quale il Collegio non ha motivo di dubitare, non può essere risolutiva per fugare i dubbi che la fattispecie

oggettivamente induce in punto di permeabilità, in difetto di prova circa l'esistenza sul territorio di ditte concorrenti e parimenti specializzate.

10.6. In definitiva trattasi di elementi che, nella logica anticipatoria e preventiva propria dell'informativa antimafia, non paiono affatto trascurabili e, di per sé soli, rendono non manifestamente irragionevole la prognosi di infiltrabilità compiuta dalla Prefettura, anche a prescindere dalle sorti dell'ordinanza cautelare che ha interessato il padre del sig. -OMISSIS-.

11. In ogni caso – venendo ai temi oggetto del primo motivo d'appello – giova riprendere quanto già efficacemente affermato dalla Sezione nella Sentenza -OMISSIS- cit. (come già segnalato, relativa a fattispecie per molti versi sovrapponibile) ossia che *“il giudice amministrativo non può dal solo annullamento dell'ordinanza cautelare far discendere ipso iure l'annullamento dell'informativa, come ha fatto il T.A.R. per la Campania, senza scrutinare con attenzione le motivazioni del riesame. È ben possibile ed anzi ben frequentemente accade che il giudice penale, pur avendo ritenuto non sussistere i «gravi indizi di colpevolezza» di cui all'art. 273, comma 1, c.p.p., capaci di supportare, allo stato delle indagini, l'ipotesi accusatoria e di giustificare l'emissione dell'ordinanza custodiale, abbia appurato o, comunque, non escluso l'esistenza di taluni dei fatti o degli elementi investigativi recepiti nell'informativa”*

11.1. Anche in questo giudizio, infatti, come in quello, il provvedimento del Tribunale del Riesame, nell'escludere la sussistenza dell'ipotesi di reato contestata, compie affermazioni e passaggi argomentativi che comunque restituiscono un sistema di relazioni imprenditoriali non trasparenti ed esposte ai contatti con il mondo camorristico, in cui la -OMISSIS- viene spesso citata.

Trattasi di elementi che, a prescindere dalla loro rilevanza penale, corroborano la prognosi dell'amministrazione e la rendono, quanto meno ad un sindacato esterno rispettoso dei limiti che le valutazioni discrezionali

impongono, sicuramente non irragionevole.

12. L'appello è pertanto accolto. Per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, il ricorso in primo grado è respinto.

13. Avuto riguardo a quanto deciso, all'evoluzione del processo ed alla complessità e peculiarità delle questioni trattate, appare equo compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie. Per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, il ricorso introduttivo del primo giudizio è respinto.

Spese compensate.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare persone e società menzionate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Oswald Leitner, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.