

N. 06027/2011REG.PROV.COLL.
N. 02805/2010 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2805 del 2010, proposto da Caliendo Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Caliendo, Armando Profili, Francesco Maresca, con domicilio eletto presso Armando Profili in Roma, via Palumbo, n. 26;

contro

Prefettura di Caserta, Prefettura di Napoli, Ministero dell'interno, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliati per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12; Comune di Frattamaggiore;

Nuova Edilizia s.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE I, n. 441/2010, resa tra le parti, concernente RISOLUZIONE DI APPALTO DI LAVORI A SEGUITO DI INFORMATIVA

ANTIMAFIA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle Amministrazioni statali indicate in epigrafe;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2011 il Cons.

Rosanna De Nictolis e udito l'avvocato dello Stato Varrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nella presente vicenda processuale il Comune di Frattamaggiore procedeva, nei confronti della Caliendo Costruzioni s.r.l., a risoluzione un appalto di lavori in corso di esecuzione (per realizzazione del tronco stradale di collegamento tra via Vergara con via Don Minzioni e via Fiume), con applicazione di penale pari al 10% del valore del contratto, sulla base di una informativa antimafia della Prefettura di Caserta (n. 1391 del 21 ottobre 2008).

1.1. Con il ricorso di primo grado e successivi motivi aggiunti sono stati impugnati l'informativa prefettizia e i provvedimenti comunali, segnatamente il recesso e l'incameramento della cauzione.

1.2. Il Tar adito, con la sentenza in epigrafe (28 gennaio 2010 n. 441), ha respinto il ricorso in ordine all'informativa antimafia e alla conseguente determinazione comunale, e lo ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione in relazione alle

contestazioni inerenti la misura della penale. Ha per l'effetto respinto anche la domanda di risarcimento del danno, e compensato le spese di lite.

Il Tar ha ritenuto gli elementi raccolti idonei a comprovare, letti nel loro complesso e non atomisticamente, il pericolo di inquinamento mafioso della società.

1.3. Con l'appello vengono riproposti i motivi del ricorso di primo grado e mosse motivate critiche alla sentenza, e viene reiterata altresì la domanda di risarcimento del danno.

2. L'informativa prefettizia antimafia ritiene sussistenti elementi di permeabilità mafiosa della società, sulla base di cinque elementi, premesso che si tratta di società che ha un amministratore unico e un socio unico, rispettivamente moglie (l'amministratore Delia Silvana Corvino) e marito (il socio, Gennaro Caliendo) tra loro:

- 1) l'amministratore unico sarebbe sottoposto a procedimento penale per truffa finalizzata a favorire l'associazione camorristica facente capo al clan dei casalesi;
- 2) il socio unico avrebbe precedenti penali;
- 3) il socio unico avrebbe frequentazioni amicali in ambito camorristico, essendo stato visto in compagnia del pregiudicato Natale Giuseppe.
- 4) il socio unico è anche socio di un'altra società (operativa Freccia del Sud) in cui l'amministratore e l'altro socio avrebbero contiguità camorristica;
- 5) il figlio dell'amministratore e del socio della Caliendo, Antonio

Caliendo, sarebbe stato più volte visto in compagnia di soggetti che sono parenti di camorristi.

2.1. In relazione al primo elemento, con l'appello si lamenta che il processo penale per truffa a carico dell'amministratore unico si è concluso con dichiarazione di non doversi procedere per prescrizione; il fatto penale risale al 1995.

Osservano l'Amministrazione e il Tar che pur essendosi il reato prescritto, rimane il fatto storico da valutare autonomamente ai fini dell'informativa antimafia.

La società appellante critica la sentenza osservando che "il fatto storico" sarebbe rimasto inaccertato e sarebbe inattuale risalendo a circa 15 anni fa; sarebbe stato piuttosto necessario acclarare la contiguità attuale dell'amministratore unico con ambienti e organizzazioni criminali di stampo mafioso

2.2. In relazione al secondo elemento si lamenta che il socio Caliendo sarebbe incensurato, non sarebbe stata indicata la sentenza da cui deriverebbero le condanne penali, e in ogni caso i precedenti a carico del sig. Gennaro Caliendo, anche ove esistenti, sarebbero estranei all'ambito della delinquenza associata, trattandosi di truffa, furto, frode e ricettazione.

2.3. In relazione al terzo elemento si lamenta che la prova della frequentazione sarebbe stata tratta illegittimamente tratta da un'unica occasione in cui il socio è stato visto in compagnia di Natale Giuseppe, le cui condanne penali sono risalenti nel tempo che non risiede più a Caserta, e a cui la misura di prevenzione è stata revocata.

Sarebbe perciò da un lato dubbio che lo stesso Natale è collegato alla camorra, ancora più dubbio che il socio sia collegato al Natale; inoltre vi sarebbe stata confusione tra il Natale pregiudicato e un altro sig. Natale incensurato.

2.4. In relazione al quarto elemento si assume che la seconda società è inattiva da anni e che il relativo amministratore e l'altro socio sarebbero incensurati.

2.5. In relazione al quinto elemento si replica che il figlio dell'amministratore e del socio della Caliendo non avrebbe nessun ruolo nella società, non è pregiudicato, e le persone da lui frequentate sono incensurate e solo parenti di pregiudicati.

3. Il Collegio, con ordinanza istruttoria 4 maggio 2011 n. 2661 ha ritenuto che la documentazione in atti non consentisse di decidere la controversia e ha pertanto disposto adempimenti istruttori, chiedendo al Ministero dell'interno di produrre il certificato penale integrale e quello dei carichi pendenti per Caliendo Gennaro, aggiornati, nonché per il presidente e l'altro socio della operativa Freccia del Sud, aggiornati alla data dell'informativa prefettizia per cui è processo.

La citata ordinanza ha inoltre chiesto al Ministero di fornire una dettagliata relazione da cui risultino:

- a) le circostanze di tempo e luogo della frequentazione di Caliendo Gennaro con il pregiudicato Natale;
- b) il ruolo di Antonio Caliendo, figlio di Caliendo Gennaro, nella società destinataria dell'informativa prefettizia;
- c) le circostanze fattuali che renderebbero autonomamente rilevanti,

ai fini dell'informativa antimafia, i fatti oggetto del processo penale per truffa a carico di Delia Silvana Corvino, conclusosi con sentenza di non doversi procedere per prescrizione del reato;

d) i precedenti penali e/o di polizia a carico del presidente e del socio della cooperativa Freccia del Sud.

L'Amministrazione ha depositato l'adempimento istruttorio in data 4 ottobre 2011.

4. Il Collegio ritiene che gli elementi relativi al "tentativo di infiltrazione mafiosa" devono avere una consistenza oggettiva circostanziata, ancorché anche solo indiziaria, che renda evidente la concretezza e attualità del tentativo di infiltrazione mafiosa.

E' vero che gli elementi vanno letti nel loro insieme e non atomisticamente, ma devono avere coerenza logica e significatività.

Nella specie il provvedimento contestato si fonda, invece, su elementi in parte non provati, in parte inattuali, in parte del tutto occasionali, essendo incensurato l'amministratore e avendo il socio reati estinti che per la loro tipologia non sono indiziari di contiguità mafiosa, e non essendovi prova di loro frequentazioni in ambienti criminali.

4.1. Quanto all'asserito precedente penale a carico dell'amministratrice della società, va osservato che la stessa è ad oggi incensurata, e che il processo penale si è concluso con sentenza di prescrizione; i fatti penali sono rimasti inaccertati, e non possono, pertanto, acquisire valenza ai fini dell'informativa prefettizia a meno che non formino oggetto di un'autonoma valutazione, nella specie affatto carente posto che l'informativa si fonda sull'erronea

affermazione di un precedente penale inesistente, e posto che neppure a seguito della disposta istruttoria l'Amministrazione è stata in grado di indicare, come chiesto dalla detta istruttoria, *“le circostanze fattuali che renderebbero autonomamente rilevanti, ai fini dell’informativa antimafia, i fatti oggetto del processo penale per truffa a carico di Delia Silvana Corvino”*.

4.2. Quanto ai reati a carico del socio, a seguito di istruttoria è stato acquisito il certificato penale integrale del sig. Gennaro Caliendo, da cui risultano tre precedenti penali tutti estinti, e che, per tipologia, non sono indiziari di contiguità mafiosa; non risultano, inoltre, carichi pendenti.

I tre precedenti penali, tutti estinti, risultano commessi tra il 1990 e 1991, sono pertanto risalenti nel tempo a circa venti anni fa, e non possono, per la loro risalenza e assenza di specificità, costituire indizio di una attuale contiguità criminale.

Invero i precedenti penali sono reati contro il patrimonio, che di per sé non provano la contiguità mafiosa, e l'informativa si basa sul mero dato storico della commissione di tali reati, senza alcuna indagine, che pure era possibile, acquisendo le sentenze penali, in ordine alle modalità concrete di tali reati. Il solo titolo del reato di per sé non comprova la contiguità mafiosa, mentre la prova potrebbe desumersi dalle concrete modalità di commissione dei fatti penali.

Risulta pertanto indimostrato un elemento essenziale nella ricostruzione operata dalla Prefettura, il che indebolisce la restante impalcatura accusatoria.

4.3. Quanto all'asserita frequentazione, da parte del socio Caliendo, del pregiudicato Natale Giuseppe, suscita perplessità in ordine alla serietà dell'accertamento l'iniziale errore commesso, atteso che nell'originario provvedimento si parlava di un incontro il 18 febbraio 2003 con Natale Bernardo (poi risultato imprenditore incensurato), e successivamente i dati sono stati rettificati facendo riferimento ad incontro in data diversa, il 15 agosto 2007, con Natale Giuseppe.

Inoltre, che Natale Giuseppe sia pregiudicato e contiguo alla criminalità organizzata, elemento su cui è stata prodotta ampia documentazione, è fatto che riguarda il Natale, non il Caliendo, e che acquista rilievo nei confronti di quest'ultimo nella misura in cui risulti comprovata, anche solo mediante indizi, una frequentazione tra il Caliendo e il pregiudicato, che abbia un minimo di assiduità e continuità, e che pertanto che possa far temere una infiltrazione criminale nella società.

Ma l'informativa non fornisce dati su una frequentazione tra i due, limitandosi a riferire di una sola occasione in cui i due sono stati visti insieme, e oltretutto senza alcuna descrizione di fatti e circostanze concrete, che possano far dare rilievo anche ad un'unica occasione di incontro.

Neppure a seguito della disposta istruttoria, che ha specificamente chiesto al Ministero dell'interno di indicare *“le circostanze di tempo e luogo della frequentazione di Caliendo Gennaro con il pregiudicato Natale”*, l'Amministrazione è stata in grado di fornire dettagli maggiori, né quanto a numero di incontri tra i due, confermando invece che si è

trattato di un'unica occasione, e neppure quanto alle caratteristiche e modalità di quest'unico incontro.

4.4. Neppure risulta provato che amministratore e socio di altra società di cui è socio il sig. Caliendo (Freccia del sud coop. di prod. e lav. s.r.l.) abbiano precedenti penali, sul punto non sono stati prodotti documenti in giudizio dalle Amministrazioni resistenti.

Da un lato dall'istruttoria è emerso che il Caliendo non è socio, ma sindaco supplente della Coop. Freccia del Sud; dall'altro lato l'Amministrazione asserisce che i signori Mercadante e Capasso avrebbero precedenti penali specifici, ma non ha fornito alcuna documentazione per provarlo, contravvenendo una specifica richiesta dell'ordinanza istruttoria.

4.5. Residua l'elemento della frequentazione, da parte del figlio di amministratore e socio della Caliendo, di soggetti legati ad ambienti criminali.

Peraltro, non risultano provate le condanne penali e i precedenti di polizia dei soggetti frequentati dal figlio di amministratore e socio, non risultano provati precedenti penali e di polizia a carico di costui (che risulta incensurato), non risulta provato che il giovane abbia un ruolo nella società di cui sono titolari i genitori e di che ruolo si tratti. Sicché, anche sotto tale profilo, il pericolo di inquinamento mafioso ne esce scolorito.

5. Alla luce di tali elementi, devono essere annullati l'informativa prefettizia, la risoluzione del contratto e l'atto di incameramento della "penale" (recte: garanzia di esecuzione).

Quanto in particolare alla garanzia di esecuzione, va chiarito che essendo stata applicata quale diretta conseguenza non di una risoluzione contrattuale, ma di una risoluzione pubblicistica, il relativo atto di incameramento è attratto alla giurisdizione del g.a.

La somma incamerata dovrà pertanto essere restituita all'appellante.

6. Va invece negato il risarcimento del danno, per difetto di colpa dell'Amministrazione.

La colpa non è stata provata da parte appellante, come era suo onere, vertendosi in tema di responsabilità aquiliana.

Se è vero, infatti, che la stazione appaltante ha risolto un contratto già stipulato, la risoluzione non è tuttavia avvenuta sul piano paritetico del rapporto contrattuale, ma mediante atto provvedimento autoritativo, ossia mediante atto di autotutela pubblicistica esterna al contratto.

Inoltre l'informativa antimafia, del pari impugnata, si colloca al di fuori del rapporto contrattuale tra Comune di Frattamaggiore ed esecutore dell'appalto.

Pertanto l'illecito imputabile al Comune e al Ministero dell'interno è extracontrattuale e non contrattuale.

Non sussiste tuttavia la colpa della p.a., né in capo all'Amministrazione dell'interno, né in capo al Comune stazione appaltante, in quanto la questione della sussistenza o meno degli elementi del tentativo di infiltrazione mafiosa era di complessa e opinabile soluzione, sicché, da un lato, l'Amministrazione dell'interno ha ritenuto doverosamente di informare la stazione appaltante, e

dall'altro lato la stazione appaltante ha ritenuto prudenzialmente di risolvere il contratto, anche alla luce del particolare contesto sociale e ambientale.

Alla luce di tali elementi di fatto, non può ravvisarsi colpa nell'adozione dei provvedimenti amministrativi impugnati.

Né rileva, nel caso di specie, la giurisprudenza della C. giust. CE secondo cui in materia di appalti di rilevanza comunitaria il legislatore nazionale non può subordinare il risarcimento del danno all'onere della prova della colpa della p.a., nemmeno se l'onere della prova viene agevolato mediante l'utilizzo di presunzioni relative [C. giust. CE, sez. III, 30 settembre 2010 C-314/09].

Infatti tale giurisprudenza si riferisce solo alla condotta della p.a. durante le procedure di affidamento (che rientrano nella competenza del legislatore comunitario), e non anche alla condotta della p.a. nella fase di esecuzione del contratto, come è nel caso di specie. Per la valutazione delle condotte della p.a. dopo la stipula del contratto, pertanto, resta fermo il diritto nazionale che ancora la responsabilità alla sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo, che devono essere provati dal danneggiato nel caso di responsabilità aquiliana.

7. Le spese di lite possono essere compensate per entrambi i gradi di giudizio in considerazione della complessità della lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta),

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e per l'effetto:

annulla i provvedimenti impugnati, come da motivazione;

ordina la restituzione della cauzione;

respinge la domanda di risarcimento del danno.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

