Corte dei conti, sent. 26 marzo 2012, n. 376 (danno erariale da mancato recesso antimafia)

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE CAMPANIA

composta dai seguenti magistrati:

Fiorenzo Santoro - Presidente

Gennaro di Cecilia - Giudice

Pasquale Fava – Giudice relatore -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel giudizio di responsabilità iscritto al numero 60916 del registro di segreteria promosso dalla Procura regionale della Corte dei conti presso la Sezione giurisdizionale della Regione Campania, in persona del vice procuratore generale Antonio Buccarelli, nei confronti dei Sig.ri Roberto Aponte (rappr.to e dif.so dall'Avv. Dario Alessandro Ricciardi, ed elett.te dom.to in Napoli alla via Posillipo 394), Gennaro d'Auria (rappr.to e dif.so dall'Avv. Antonio Nardone, presso il cui studio in Napoli alla via Riviera di Chiaia 276 è ele.te domiciliato), Catello Sansone (rappr.to e dif.so dall'Avv. Marco Longobardi con quale è elett.te dom.to in Napoli, alla Via Melisurgo 4, presso studio dell'Avv. Anna Ventimiglia), Fernando Sorrentino (rappr.to e dif.so dall'Avv. Enrico Soprano, presso il cui studio in Napoli, alla via Melisurgo 4 è elett.te dom.to), Vincenzo Varone (rappr.to e dif.so dall'Avv. Salvatore Mascolo, presso il cui studio in Napoli alla Via V. Colonna 9, è elett.te domiciliato) e Ciro Pone (rappr.to e dif.so dal'Avv. Vincenzo Napolitano e dall'Avv. Antonio Nardone con i quali è elett.te dom.to in Napoli al Corso Vittorio Emanuele 670 presso l'Avv. Ernesto Procaccini).

Visto l'atto introduttivo del giudizio.

Visti gli altri atti e documenti di causa.

Udito nella pubblica udienza dell'11 ottobre 2011 il Giudice relatore Pasquale Fava.

Uditi nella medesima udienza il Pubblico ministero Antonio Buccarelli e gli Avv.ti Dario Alessandro Ricciardi, Giuseppe Pacifico (per delega dell'Avv. Antonio Nardone), Maria Orlando (per delega dell'Avv. Vincenzo Napolitano), Marco Longobardi, Enrico Soprano e Salvatore Mascolo.

FATTO

1. Con atto di citazione del 17 settembre 2009, depositato in pari data, la Procura regionale, attivatasi, tra l'altro, sulla base del rapporto della Guardia di finanza presente nel fascicolo di Procura (nota 27 dicembre 2007, prot. 152256), ha chiesto la condanna dei Sig.ri Sig.ri Roberto Aponte, Gennario d'Auria, Catello Sansone, Fernando Sorrentino, Vincenzo Varone e Ciro Pone, in qualità rispettivamente di direttore generale (i primi due), dirigente del servizio provveditorato (il terzo), responsabile del servizio acquisizione di beni e servizi (il quarto), avvocato dirigente dell'ufficio legale (il quinto) e direttore amministrativo (il sesto), dell'ASL NA 5, al risarcimento della danno alla finanza pubblica allargata cagionato da reiterati atti di rinnovo e proroga di un contratto di servizio di pulizia delle strutture sanitarie in favore di un'associazione temporanea di imprese (la "La Sanitas-La Fulgente") di cui faceva parte, in misura nettamente maggioritaria (81% - cfr. pag. 55 della relazione ispettiva della Guardia di finanza), un'impresa colpita da un'informativa antimafia atipica della Prefettura in quanto facente parte anche di un consorzio (consorzio nazionale global service) che stava partecipando alla nuova gara per l'affidamento del servizio scaduto.

La Procura regionale, pur segnalando talune irregolarità nell'affidamento originario all'ATI "La Sanitas-La Fulgente" (cfr. pagine 1-3 e 7-8 della citazione) e nell'integrazione del contratto originario con un ulteriore servizio non contemplato nel bando (quello relativo al P.O. San Leonardo di Castellammare – cfr. pagina 8 della citazione), ha limitato le contestazioni alla sola attività provvedimentale tesa al rinnovo e alla proroga del contratto di servizio stipulato il 24 ottobre 2000 con la predetta ATI in quanto posta in essere attraverso un esercizio illegittimo e/o inopportuno della

discrezionalità amministrativa anche in considerazione dei numerosi atti di inesatto adempimento contrattuale derivanti dagli scioperi del personale dell'ATI ("*L'indagine della Guardia di finanza ha consentito di appurare che, oltre al titolare di fatto de "la Sanitas", affine di un boss camorrista di primo livello nell'area di Torre del Greco, svariati dipendenti, circa settanta, della stessa impresa "la Sanitas", ma anche altri de "La Fulgentia", già all'epoca del contratto risultavano essere stati condannati, segnalati, destinatari di misure di prevenzione o sottoposti a procedimento penale per reati di ogni genere (dalla rapina, alla detenzione e spaccio di stupefacenti, dalla detenzione di armi, alla associazione a delinquere, dalla violenza carnale, all'usura); tra le segnalazioni, e di ciò non poteva non esserne a conoscenza l'ASL, vi sono varie denunce per interruzione di pubblico servizio dovute alle manifestazioni inscenate dai lavoratori de "La Sanitas" per rivendicare un aumento dell'orario di lavoro […]; manifestazioni consistenti in estemporanee, pericolose e irresponsabili occupazioni delle strutture sanitarie dell'ASL con il blocco delle attività socio-sanitarie*" pagina 10 dell'atto di citazione).

Parte attrice critica l'esercizio dei poteri discrezionali dell'ASL NA 5 che avrebbe irragionevolmente deciso di proseguire il rapporto contrattuale con un'associazione temporanea di cui era componente un'impresa che avrebbe determinato un'informativa antimafia atipica nei confronti di un consorzio di cui faceva, altresì, parte.

Si è evidenziato che il contratto del 24 ottobre 2000 sarebbe stato rinnovato e prorogato reiteratamente (tra l'altro con delibera di rinnovo del direttore generale del 25 settembre 2003, n. 600 e ulteriori proroghe intervenute con determina dirigenziale del 2 dicembre 2004, n. 491, determina del 22 luglio 2005, n. 423, determina del 23 dicembre 2005, n. 696, deliberazione del direttore generale del 26 ottobre 2006, n. 575, delibera del 21 giugno 2007, n. 492) nonostante l'informativa antimafia atipica della Prefettura (nota, in atti, della Prefettura di Napoli dell'11 maggio 2004, n. 21559/gab. in riscontro alla richiesta del direttore generale dell'ASL del 18 febbraio 2004, n. 402 –

pag. 3 della citazione) e considerevoli fatti di inadempimento o inesatto adempimento contrattuale (descritti a pagine 8 ss. della citazione).

La Procura, quanto al rinnovo, precisando che tale facoltà non era contemplata nel contratto originario, né nel bando o negli altri atti di gara, ha evidenziato una violazione dell'art. 7, 2° comma, del d.lgs. 157/95 trattandosi sostanzialmente di una trattativa privata in assenza dei requisiti di legge.

Con riferimento alla nuova procedura di gara *in itinere* parte attrice ha censurato la nota dell'Avv. Varone, (nota del 28 giugno 2004, n. 10580) - con cui si era esclusa l'esistenza di cause ostative all'ammissione alla gara del consorzio nazionale *global service* di cui faceva parte l'impresa La Sanitas che aveva determinato l'informativa antimafia prefettizia -, e la nota del 17 gennaio 2005, prot. 1999, - con cui il direttore generale *pro tempore* (Roberto Aponte) richiamava il principio *tempus regit actum* onde inferire l'irrilevanza della predetta informativa sulla gara *in itinere* già bandita.

La Procura segnala che il nuovo direttore generale aveva chiesto al dirigente del provveditorato (Dott. Sansone) di sospendere immediatamente il rapporto contrattuale oggetto di proroga in essere con l'ATI La Sanitas-La Fulgente, mentre il Sansone, dimettendosi dall'incarico, rispondeva che la segnalazione antimafia era riferita al consorzio nazionale global service e non alla Sanitas che pure di quel raggruppamento faceva parte (nota del 15 febbraio 2006). Nonostante tale scambio epistolare il rapporto contrattuale veniva comunque proseguito con delibera della direzione generale n. 575/06 e 492/07 su proposta del dirigente del servizio acquisizione beni e servizi (Dott. Sorrentino).

La Procura regionale, con invito a dedurre notificato tra il 5 novembre 2008 ed il 18 dicembre 2008, prorogato a seguito di istanza del 2 aprile 2009, con ordinanza n. 8/09 del 4 aprile 2009, ha chiesto la condanna dei convenuti al pagamento del danno alla finanza pubblica allargata quantificato in € 983.584,07, oltre quello all'immagine (€ 100.000,00) e alla reputazione (€ 100.000,00) ed interessi, rivalutazione e spese di giustizia (cfr. pagina 6 della citazione). Con l'atto di citazione,

tuttavia, a seguito della riforma del 2009, non ricorrendo i presupposti di contestazione del danno all'immagine, la Procura non lo ha attivato limitandosi a chiedere la condanna esclusivamente per il pregiudizio alla reputazione dell'ASL NA 5 (pag. 6 e 22 della citazione).

La Procura ha quantificato il danno patrimoniale (€ 983.584,07) facendo ricorso al criterio del presunto utile (10% del l'importo contrattuale complessivo) realizzato tra il giugno 2004 e 2008 dall'ATI La Sanitas-La Fulgente da computarsi in relazione alla percentuale di guadagno della sola impresa La Sanitas (la cui quota partecipativa era pari al'81,23%) e quindi pari a € 149.675,84 per il 2004, € 256.587,15 per il 2005, € 256.587,15 per il 2006, € 256.587,15 per il 2007 ed € 64.146,78 per il 2008 (cfr. pagina 12 dell'atto di citazione).

Secondo la Procura regionale tale danno andrebbe ripartito come segue: "*il danno determinato, a tutto il 2005, deve essere, quindi, addebitato al direttore generale Roberto Aponte, in misura del 40%, al dirigente del servizio provveditorato Catello Sansone, per il 30%, ed al dirigente dell'ufficio legale Varone, per il 30%; il restante danno deve essere addebitato, in ragione del ruolo specifico avuto da ognuno di loro nella vicenda (ed anche nella procedura di espletamento della nuova procedura di gara, cartina tornasole della inidoneità della "La Sanitas" a svolgere il servizio), al direttore generale Gaetano D'Auria, per il 50%, al citato Sansone, fino a settembre 2006, per il 30% al dirigente del servizio acquisizione beni e servizi Fernando Sorrentino, da ottobre 2006, per il 20% ed al direttore amministrativo Ciro Pone, per il 20%, fino a settembre 2006, e per il 30% da ottobre 2006 in poi*" (cfr. pagina 16 e 17 dell'atto di citazione).

Quanto ai criteri di quantificazione del danno all'immagine e di quello alla reputazione (complessivamente indicato in € 100.000,00) la Procura ha rilevato che dalle "*circostanze del caso concreto*" emerge con evidenza il ruolo che "*il condizionamento criminale, evidentemente non limitato al caso di specie, che di per sé sarebbe comunque già sufficiente dimostrazione, ha avuto tanto nella gestione della vicenda da parte dei dirigenti dell'Azienda, quanto nella generale attività dell'Ente e nella qualità ed affidabilità dei servizi socio-sanitari che dovrebbe rendere*", in modo da

determinare "*una diminuzione della considerazione della persona giuridica o dell'ente nel che si esprime la sua immagine, sia sotto il profilo della incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell'agire della persone fisiche che ricoprano gli organi della persona giuridica o dell'ente e, quindi, nell'agire dell'ente stesso, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione […] da parte dei consociati in generale o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica o l'ente di norma interagisca*" (pagine 19-21 dell'atto di citazione).

2. **Le difese dei convenuti**

I convenuti hanno contestato la fondatezza della pretesa risarcitoria pubblicistica avanzata dalla Procura regionale.

Il Sig. Fernando Sorrentino, ha eccepito l'infondatezza dell'azione di responsabilità per l'inesistenza degli elementi oggettivi e soggettivi dell'illecito contabile. In particolare ha rappresentato di non aver avuto alcuna conoscenza delle informative antimafia in occasione della redazione delle proposte di delibere dannose n. 575/06 e 492/07 che sarebbero state formalizzate rispettivamente dopo tre giorni e due mesi dall'affidamento del nuovo incarico di responsabile del servizio acquisizione beni e servizi dell'ASL NA5 (affidamento intervenuto con delibera del 23 ottobre 2006, n. 22652). Ha, altresì, eccepito l'inesistenza del danno atteso che la disciplina antimafia non inciderebbe sull'affidabilità contrattuale ma solo su quella morale del contraente che ben potrebbe porre in essere una corretta, efficiente e fruttuosa attività di prestazione dei beni e servizi in favore dell'Amministrazione. Secondo il Sorrentino, difatti, avendo il raggruppamento adempiuto diligentemente agli obblighi contrattuali, non sussisterebbe alcun depauperamento in capo all'Amministrazione. Ha contestato, peraltro, l'ammontare del danno erariale quantificato dalla Procura nel 10% del presunto utile d'impresa richiamando precedenti giurisprudenziali, anche d'appello sfavorevoli (C. conti, sez. II app.; 198/11), nonché l'esistenza di quelli all'immagine e alla reputazione dell'ASL.

L'Avv. Vincenzo Varone ha eccepito la nullità speciale degli atti istruttori e processuali di cui all'art. 17, comma 30 ter, d.l. 78/09 conv. legge 102/09, nonché quella della citazione per genericità, controdeducendo anche in merito all'inesistenza degli elementi costitutivi dell'illecito contabile. In particolare, non sussisterebbero il danno erariale e la colpa grave, né il nesso di causalità poiché il Varone non avrebbe potuto impedire la prosecuzione del rapporto essendo rimessa al direttore generale ogni decisione finale sul medesimo. Ha, altresì. evidenziato di essere stato collocato in quiescenza il 1 agosto 2005 ed ha invocato, in via subordinata, il potere riduttivo dell'addebito.

Il Sig. Catello Sansone, rilevando in fatto di aver beneficiato di un provvedimento di archiviazione in sede penale, ha eccepito di essersi determinato per la prosecuzione del rapporto con la Sanitas sulla base del parere dell'Avv. Varone in considerazione della natura discrezionale dell'informativa antimafia atipica, nonché a fronte delle determinazioni del direttore generale dell'ASL NA5 che non avrebbe mai disposto lo scioglimento del rapporto contrattuale. Ha dedotto, quindi, di non avere avuto alcun potere di incidere sullo scioglimento del vincolo contrattuale, sussistendo al riguardo la competenza finale del direttore generale. Ha inoltre eccepito l'insussistenza del danno erariale – depauperamento patrimoniale – e di quello all'immagine e alla reputazione per assenza specifica di prova.

L'Avv. Ciro Pone si è costituito contestando genericamente e senza alcuna argomentazione la fondatezza della pretesa della Procura e preliminarmente l'inammissibilità, l'improponibilità l'improcedibilità e l'irricevibilità dell'atto di citazione.

Il Sig. Gennaro D'Auria, ha contestato la fondatezza della pretesa attivata dalla Procura eccependo di aver posto in essere un comportamento in linea di continuità con la precedente gestione. In particolare, ha fatto riferimento alla nota del 13 febbraio 2006, n. 21/Ris con cui il medesimo, richiamando di aver appreso che l'attuale affidataria del servizio pulizie (la Sanitas) era stata oggetto di un provvedimento antimafia negativo, aveva diffidato il direttore del servizio provveditorato a

sospendere il rapporto contrattuale in essere chiedendo alla Prefettura la nomina di impresa in sostituzione riservandosi di agire nei confronti di tutti i responsabili.

Il Dott. Roberto Aponte, ha contestato la fondatezza della pretesa risarcitoria pubblicistica eccependo l'inammissibilità e l'improcedibilità dell'azione. Ha eccepito l'utilità del servizio, insindacadibilità delle scelte discrezionali, la circostanza che l'informativa antimafia non riguarderebbe né la Sanitas, né La Fulgente, l'inesistenza del danno erariale e della colpa grave, la nullità ex art. 17, comma 30, del d.l. 78/09, l'atipicità dell'informativa antimafia ed il correlato potere discrezionale dell'Amministrazione. Ha invocato, infine, l'applicazione del potere riduttivo.

DIRITTO

1. Va preliminarmente dichiarata la giurisdizione di questa Corte nella controversia *de qua* venendo in rilievo una contestazione relativa al un danno alla finanza pubblica derivante da condotte di *mala gestio* negli affidamenti di servizi pubblici. La Procura regionale, difatti, ha contestato ai convenuti di aver posto in essere atti di rinnovo e proroga di un affidamento di un servizio pubblico omettendo di esercitare il potere discrezionale di valutazione di un'informativa antimafia atipica contenente gravissime notizie aventi riguardo ad un'impresa che partecipava in via maggioritaria e prevalente al raggruppamento già affidatario, violando il principio di ordine pubblico che impone alle Amministrazioni di precludere che imprese correlate ad organizzazioni criminali o assoggettate ad infiltrazioni camorristiche possano beneficiare di provvidenze pubbliche a carico della collettività dei cittadini.

Il giudizio sulla pretesa risarcitoria attivata dalla Procura regionale non implica l'ingresso nella sfera insindacabile dell'Amministrazione, ma si limita solo a richiedere una valutazione del comportamento dei convenuti alla luce del parametro oggettivo della colpa grave, giudizio rientrante pienamente nella sfera di attribuzioni di questa Corte alla quale non è precluso verificare l'esercizio dei poteri discrezionali, a meno che essi non abbiano una conformazione di tipo politico.

Il danno all'immagine (quantificato in € 100.000,00 nell'invito a dedurre), invece, non ricorrendo i presupposti della legislazione del 2009 non è stato contestato dalla Procura, mentre il pregiudizio alla reputazione (quantificato in € 100.000,00), quale lesione di una situazione soggettiva a natura giuridica diversa dall'immagine, rientra nella giurisdizione di questa Corte. Del resto la reputazione dell'ASL, quale articolazione del SSN, costituisce un valore giuridico fondamentale connesso agli obiettivi europei della finanza pubblica sana (art. 103-117 Cost.), anche perché la spesa sanitaria costituisce la voce preminente dei bilanci regionali e una delle più rilevanti del conto economico consolidato della Pubblica Amministrazione. È essenziale, quindi, che il cittadino e le imprese trovino la garanzia del sindacato di questa Corte quale baluardo difensivo contro gli sprechi e le condotte di malaffare che imperversano e offuscano la reputazione dell'Amministrazione, minando il senso di appartenenza del cittadino alle Istituzioni, con conseguente disaffezione dalla sfera dell'azione pubblica.

1.2. Del pari infondata è l'eccezione di nullità speciale degli atti istruttori introdotta dall'art. 17, comma 30 ter, d.l. 78/09, conv. legge 102/09. L'azione della Procura regionale è stata, difatti, stimolata da una poderosa e dettagliata denuncia della Guardia di finanza (nota del 27 dicembre 2007, prot. 152256, in atti).

1.3. Anche l'eccezione di nullità per genericità dell'atto di citazione non ha pregio. L'atto defensionale della Procura, difatti, è chiaro, preciso e circostanziato con riguardo a tutti i convenuti ai quali sono specificamente contestate attività commissive o omissioni correlate alle funzioni ed ai compiti relativi ai ruoli ed agli incarichi ricoperti presso l'ASL NA 5.

2. La pretesa risarcitoria attivata nei termini di legge dalla Procura ex art. 1 legge 20/94, 52 r.d. 1214/1934 e 18-24 d.P.R. 3/1957, è fondata per le ragioni di seguito indicate.

2.1.La disciplina applicabile ai rinnovi e alle proroghe.

La Procura non ha contestato l'omesso scioglimento dal contratto originario (con durata 1° settembre 2000 - 31 agosto 2003), ma i successivi atti di rinnovo e proroga posti in essere tra il 2003

ed il 2007 in favore di un raggruppamento che vedeva quale componente predominante un'impresa (La Sanitas) sottoposta a forti collegamenti con la criminalità organizzata (delibera di rinnovo del direttore generale del 25 settembre 2003, n. 600 e ulteriori proroghe intervenute con determina dirigenziale del 2 dicembre 2004, n. 491, determina del 22 luglio 2005, n. 423, determina del 23 dicembre 2005, deliberazione del direttore generale del 26 ottobre 2006, n. 575, delibera del 21 giugno 2007, n. 492), atti che l'Amministrazione non era tenuta ad adottare e che l'ordinamento guarda comunque con sospetto traducendosi i medesimi in un limite all'operatività dell'obbligo di messa in concorrenza delle utilità derivanti dai pubblici affidamenti, obbligo imposto dalla normativa europea e dal diritto contabile tradizionale.

Quanto alla disciplina applicabile va ricordato che secondo i principi generali emergenti dalla normativa di contabilità di Stato e dalla disciplina contabile regionale e locale, i contratti pubblici per le forniture di beni e servizi devono avere termini e durata certi e non possono essere stipulati con onere continuativo per le finanze pubbliche, se non per ragioni di assoluta convenienza o necessità. Per le spese ordinarie, in particolare, la durata dei contratti pubblici non può oltrepassare i nove anni (art. 12 r.d. n. 2440 del 1923).

Il principio della durata certa dei contratti, essendo legato agli oneri finanziari riconnessi ai corrispettivi dovuti ai terzi contraenti, è preordinato alla tutela del patrimonio pubblico non essendo possibile far gravare sul medesimo oneri incerti nel *quantum* con scadenza temporale indeterminata.

Il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (ora abrogato), peraltro, non contemplava la facoltà di rinnovo o proroga del contratto, mentre l'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (come sostituito dall'art. 44 della legge 23 dicembre 1994, n. 724) aveva stabilito il divieto di rinnovo tacito dei contratti (con nullità di quelli stipulati in violazione del divieto) ammettendo quello espresso entro certi limiti (tra cui l'accertamento, da parte delle Amministrazioni, della "*sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione del contratto* […] *entro tre mesi dalla scadenza del contratto*" – termine da valutarsi, a seconda delle varie opzioni ermeneutiche, prima –

Cons. Stato, 7 febbraio 2002, n. 727 - o dopo – Cons. Stato, 19 febbraio 2003, n. 921 - la predetta scadenza).

La proroga si differenzia dal rinnovo poiché la prima deve intervenire prima della scadenza del termine che viene allungato (la fonte del rapporto continua ad essere il contratto originario), mentre il secondo presuppone il superamento della data di scadenza del predetto costituendo una rinegoziazione del contratto (la fonte del rapporto è l'atto di rinnovo).

Secondo una prima opzione ermeneutica superata dal diritto positivo, l'Amministrazione ben poteva prorogare il termine di scadenza del contratto originario purché la proroga fosse supportata da congrua e idonea motivazione dalla quale emergessero le ragioni di pubblico interesse del rinnovo ivi comprese quelle di natura economica.

A seguito di talune modifiche normative (art. 27, comma 6, legge 23 dicembre 1999, n. 488, e, soprattutto, l'art. 23 della legge comunitaria del 18 aprile 2005, n. 62), invece, gli orientamenti giurisprudenziali restrittivi hanno ricevuto definitiva conferma.

Il predetto art. 27, comma 6, legge 23 dicembre 1999, n. 488 (applicabile, nonostante parte della giurisprudenza amministrativa sia andata di contrario avviso – Cons. Stato, 916/02 - esclusivamente alle Amministrazioni statali in considerazione del chiaro disposto normativo – in proposito C. conti, sez. centr. contr., decisioni 24/01 e 17/02 che ha evidenziato come tale disciplina fosse derogatoria di quella generale contemplata dal predetto art. 44 l. 724/94 che doveva ritenersi ancora in vigore e non abrogata per incompatibilità; in tale ultimo senso anche Cons. Stato, 916/02) si è limitato a imporre limiti al rinnovo dei contratti "*per acquisti di beni e servizi delle amministrazioni statali, stipulati a seguito di esperimento di gara, in scadenza nel triennio 2000-2002*" (il rinnovo era ammesso per una sola volta e per un periodo non superiore a due anni, a condizione che il fornitore assicurasse una riduzione del corrispettivo di almeno il 3%), mentre l'art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62 ha profondamente rivisitato la materia onde porre rimedio alla procedura di infrazione n. 2003/2110 aperta dalla Commissione europea (per incompatibilità del

rinnovo espresso con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi di cui agli ex art. 43 e 49 del Trattato e con la normativa europea in tema di tutela della concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici).

Il primo comma dell'art. 23 ha abrogato l'art. 6, comma 2, della legge 537/93 (come modificato dall'art. 44, della legge 724/94) facendo venir meno la base normativa per procedere al rinnovo espresso dei contratti pubblici (paradossalmente caducando, nel contempo, anche la disciplina sul divieto di rinnovo tacito e correlata nullità che è stata poi generalizzata dall'art. 57, comma 7, del d.lgs. 163/2006 per tutti i contratti pubblici: "*É in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli*").

Contestualmente, tuttavia, il predetto art. 23 introduceva anche una disciplina transitoria (di dubbia compatibilità comunitaria) in base alla quale i contratti già scaduti o che scadessero nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della legge potevano essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga superasse comunque i sei mesi e che il bando di gara fosse pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge.

Per i contratti aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni e servizi pubblici non ricadenti nell'ambito di applicazione dell'articolo 113 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in scadenza entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della predetta legge, potevano, peraltro, essere prorogati per una sola volta per un periodo di tempo non superiore alla metà della originaria durata contrattuale, a condizione che venisse concordata una riduzione del corrispettivo di almeno il 5 per cento e fermo restando che la durata dei contratti prorogati ai sensi del citato comma in ogni caso non poteva superare la data del 31 dicembre 2008.

La riforma della materia ha accresciuto il convincimento, già espresso da parte consistente della giurisprudenza amministrativa e contabile (Cons. Stato, 31 ottobre 2006, n. 6452, 6457 e 6458;

Cons. Stato, 15 luglio 2005, n. 3788), dell'"anticomunitarietà" dei rinnovi (taciti o espressi) e delle proroghe dei contratti pubblici in quanto posti in essere in violazione degli obblighi di messa in concorrenza (in proposito, ad esempio, Cons. Stato, 31 ottobre 2006, n. 6462 e 3391/08), violazione dalla quale, peraltro, secondo una consistente parte della giurisprudenza contabile, può derivare anche un danno alla finanza pubblica etichettato icasticamente quale "*danno alla concorrenza*" (*inter plures* C. conti, I app., 440/2012; II app. 198/2011; sez. Lombardia, 14 luglio 2006, n. 447; 598/09; 17 febbraio 2011, n. 109; sez. Umbria, 6 dicembre 2007, n. 256; 12 ottobre 2009, n. 122; sez. Puglia, 19 dicembre 2007, n. 768; sez. Piemonte, 3 novembre 2009, n. 221; 96/2012; 35 e 44/2011; sez. Abruzzo, 122/09; 23/2011), danno che non forma oggetto del presente giudizio perché non contestato dalla Procura regionale.

Venendo alla differenziazione da figure simili o analoghe, il rinnovo del contratto è, quindi, inammissibile a meno che esso non si traduca in una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (trattativa privata) in presenza dei requisiti di legge (art. 57 d.lgs. 163/06), mentre resta ancora dubbia la legittimità della figura del c.d. "rinnovo espresso programmato" ovverosia la facoltà di rinnovo già prevista nel bando originario e, quindi, già sottoposta al confronto concorrenziale in considerazione di una pretesa ammissibilità del medesimo alla c.d. ripetizione di servizi analoghi prevista dall'art. 57 d.lgs. 163/06 (a favore dell'ammissibilità si è schierata l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nel parere 242/08 ma il Consiglio di Stato – sent. 11 maggio 2009, n. 2882, ha recisamente affermato che i due istituti non sono sovrapponibili) e delle proroghe (secondo un certo orientamento dovrebbero essere vietate come il rinnovo essendo venuta meno ogni base normativa – Cons. Stato, 11 maggio 2009, n. 2882; per altra tesi dovrebbero ammettersi purché esse siano giustificate e temporalmente limitate dandosi rilievo al principio di continuità dell'azione amministrativa – Cons. Stato, 3891/09 – mentre non dovrebbe essere data alcuna motivazione alla scelta di non prorogare il contratto e procedere a bandire una gara – C.G.S., 31 dicembre 2007, n. 1179).

Il Collegio ritiene di aderire all'orientamento che garantisce la realizzazione massima degli obiettivi europei di messa in concorrenza salvaguardando l'interesse delle imprese alla più ampia partecipazione nelle gare pubbliche tese a mettere sul mercato le utilità economiche derivanti dalle commesse pubbliche.

Di qui l'illegittimità (che viene accertata dalla Sezione solo *incidenter tantum* ai soli fini del giudizio sulla colpa grave degli amministratori) degli atti di rinnovo e proroga posti in essere dall'ASL NA 5 atteso che, anche prima dell'entrata in vigore della legge comunitaria n. 62/05 sussisteva comunque un obbligo in capo all'Amministrazione di interpretare il diritto interno alla luce del diritto comunitario e di disapplicare la normativa interno confliggente con i precetti vincolanti del diritto dell'Unione europea.

Nel caso concreto, tuttavia, la Procura non si è limitata a prospettare la mera illegittimità degli atti di rinnovo e proroga per le ragioni sovra evidenziate (parte attrice ha anche segnalato che "*il raggruppamento affidatario era già titolare del rapporto in questione dal 1997, e prima ancora, dal 1994*" cfr. pagina 1 della citazione), ma ha contestato gli atti di prosecuzione del rapporto contrattuale alla luce delle informazioni pervenute in possesso dell'ASL NA5 attraverso una informativa antimafia prefettizia che evidenziava gli stretti rapporti con la criminalità organizzata dell'ATI "La Sanitas-La Fulgente".

Tale contestazione va considerata alla luce del quadro normativo e degli orientamenti giurisprudenziali maturati in tema di informative antimafia.

2.2. La disciplina relativa alle informative antimafia e gli obblighi dell'Amministrazione.

Nelle procedure ad evidenza pubblica le Amministrazioni aggiudicatrici, onde verificare la veridicità delle autocertificazioni prodotte dalle imprese partecipanti con riguardo al possesso dei requisiti di ordine morale al fine di accertare l'esistenza di cause ostative alla partecipazione alla gara e alla stipulazione del contratto, sono tenute a sollecitare dalla Prefettura informazioni in merito

all'esistenza di sentenze e decreto penali di condanna, misure di prevenzione, e decisioni di patteggiamento.

La Prefettura, peraltro, può anche fornire informazioni c.d. "antimafia atipiche" che rimettono all'Amministrazione destinataria la valutazione discrezionale in ordine all'ammissione alla gara o alla stipulazione ovvero alla prosecuzione del rapporto contrattuale.

L'ordinamento ha introdotto una serie di cause di divieto, decadenza e sospensione di procedimenti amministrativi in corso, provvedimenti ampliativi rilasciati e contratti (e subcontratti) stipulati (art. 10 l. 31 maggio 1965, n. 575) nell'ipotesi in cui siano state applicate misure di prevenzione definitive o sia in itinere il relativo procedimento giurisdizionale.

E' stato istituito un complesso sistema informativo che ha origine dalle cancellerie degli organi giudiziari e si snoda in favore delle questure e prefetture che provvedono a comunicarle ad Amministrazioni e stazioni appaltanti interessate (art. 10-bis).

Con il d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490, e il d.p.r. 3 giugno 1998, n. 252, il sistema è stato perfezionato.

L'art. 4 del d.lgs. 490/94 ha previsto che le Pubbliche amministrazioni, prima di stipulare, approvare, autorizzare contratti o subcontratti di importo superiore alle soglie indicate nelle lettere (a), (b) e (c) del comma 1, devono acquisire dalla Prefettura informazioni relative a eventuali 1) cause di divieto e sospensione (indicate dall'All.1) e 2) tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate.

Se le informazioni sono positive e giungono nei termini previsti (15 giorni o, per le verifiche di particolare complessità, 30 giorni) non è possibile stipulare il contratto.

In caso contrario o nelle ipotesi di somma urgenza, è riconosciuta la facoltà di recedere dal contratto.

Con il successivo d.p.r. 3 giugno 1998, n. 252, è stata rivisitata la materia prevedendo accanto all'informativa prefettizia anche certificati camerali con dicitura antimafia (art. 6-9) e, con taluni limiti, le autocertificazioni (art. 5).

L'art. 12 consente, laddove vengano accertati tentativi di infiltrazione a carico di una delle mandanti di un RTI, l'inoperatività dei divieti e delle sospensioni se quest'ultima venga estromessa e sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto; tale possibilità non è mai ammessa laddove i predetti tentativi siano accertati ai danni della mandataria.

Con d.l. 13 maggio 1991, n. 152, è stata, altresì, prevista, in presenza di elementi che attestino la possibilità di condizionamenti mafiosi o criminali, la nomina, da parte del Prefetto e del commissario di governo, d'intesa con il presidente della regione, di un apposito collegio di ispettori. All'esito delle indagini l'amministrazione o l'ente interessato, se ricorrono gravi motivi, possono disporre la revoca della gara o la rescissione del contratto, mentre nel corso delle indagini, su proposta del collegio, possono sospendere la gara o l'esecuzione del contratto (art. 14).

Gli art. 4 d.lgs 490/94 e 10 d.p.r. 252/98 contemplano la c.d. informativa antimafia tipica o interdittiva tesa ad accertare "*eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate*" (art. 4 d.lgs 490/94 – art. 10 d.p.r. 252/98). La predetta informativa ha natura interdittiva, è vincolante per la stazione appaltante (in proposito la giurisprudenza amministrativa ha sostenuto che l'esclusione dell'impresa, pur se pronunciata dalla stazione appaltante, deriva automaticamente dall'atto prefettizio – Cons. Stato 1479/09; 3491/09) ed è fondata su di un mero pericolo di infiltrazioni e ingerenza asseverabile attraverso elementi presuntivi.

E' evidente che in relazione all'inesistenza di cause ostative ex art. 10 l. 575/65 il giudizio prefettizio è più agevole, mentre per quello afferente i tentativi di infiltrazioni malavitose sono richiesti accertamenti adeguati che non giungano alla certezza assoluta anche perché ciò che va dimostrato è il mero pericolo per l'ordine pubblico.

Secondo la giurisprudenza amministrativa l'informativa prefettizia è legittima ove faccia meramente riferimento ai documenti agli atti attraverso una motivazione *per relationem*, non essendo necessario specificare tutti gli elementi asseverativi che, per motivi di riservatezza e segretezza, possono omettersi pur se è concesso all'impresa interessata di esercitare il diritto di accesso al fine di conoscere le concrete ragioni ostative che devono concretarsi in uno specifico ed adeguato quadro indiziario (Cons. Stato 2078/10; 3155/08; 4724/01).

A tale riguardo si è precisato che non sono necessari accertamenti penali definitivi essendo sufficiente un grado di certezza inferiore che è integrato laddove sia asseverabile una mera situazione di pericolo per l'ordine pubblico (non è necessaria l'attualità del rischio) che può desumersi anche da elementi presuntivi ed indiziari di condizionamento o collegamento dell'impresa partecipante ad organizzazioni criminali da cui sia possibile desumere il tentativo di ingerenza o infiltrazione (Cons. Stato n. 1559/10 e 2078/10 – quest'ultima decisione ritiene sufficiente un "*giudizio prognostico latamente discrezionale, ancorchè ragionevole e circostanziato*" sulla mera possibilità di interferenze malavitose).

Si è anche specificato che l'informativa antimafia, atto autonomo rispetto alla procedura ad evidenza pubblica e immediatamente lesivo della capacità contrattuale dell'impresa (di qui l'inapplicabilità del regime dimidiato previsto dall'art. 23-bis – Cons. Stato 3958/08), è sindacabile dal GA quanto alla correttezza dell'accertamento dei fatti e alla logicità ("*non possono, tuttavia, ritenersi sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, essendo pur sempre richiesta l'indicazione di circostanze obiettivamente sintomatiche di connessioni o collegamenti con le predette associazioni*" Cons. Stato 4574/06).

Il rimedio ha, quindi, carattere cautelare e preventivo (Cons. Stato 5753/06) e non è necessaria la comunicazione di avvio ex art. 7 l. 241/90 (i rilevanti interessi pubblici coinvolti consentono di ravvisare *in re ipsa* le esigenze di celerità che giustificano l'omissione della comunicazione ex art. 7 – cds 2078/10)

Tale potere preventivo è complementato dai rimedi di tutela ex post (recesso e revoca) previsti dall'art. art. 11, comma 3, d.p.r. 3 giugno 1998, n. 252, applicabile quando i tentativi di infiltrazione mafiosa vengano accertati nella fase di esecuzione del contratto (Cons. Stato 4408/05) ed adottabile anche senza previa comunicazione di avvio per esigenze di celerità (Cons. Stato, 4408/05).

A differenza di quella tipica, l'informativa antimafia atipica prevista dall'art. 1 septies del d.l. 6 settembre 1982, n. 629 (convertito in legge n. 726 del 12 ottobre 1982; articolo aggiunto dall'art. 2 della legge 15 novembre 1988, n. 486; secondo tale previsione "*L'Alto commissario* può comunicare *alle autorità competenti al rilascio di licenze, autorizzazioni, concessioni in materia di armi ed esplosivi e per lo svolgimento di attività economiche, nonché di titoli abilitativi alla conduzione di mezzi ed al trasporto di persone o cose, 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*") proviene dall'Alto Commissario per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa (Prefetto nominato dal Ministro dell'Interno) e non è vincolante per la stazione appaltante che riceve elementi informativi da valutarsi autonomamente in relazione alla circostanze del caso concreto (Cons. Stato 3491/09).

Nonostante l'assenza di un vincolo stretto ed automaticamente interdittivo e preclusivo all'ammissione alla gara o alla stipula, la giurisprudenza amministrativa ha, tuttavia, precisato che l'Amministrazione ha comunque un ridotto potere di apprezzamento dovendo motivare le ragioni per le quali ritenga di discostarsi dall'informativa ("*l'Amministrazione non ha il potere di verificare la puntuale sussistenza o meno dei presupposti dell'informativa stessa, che restano fissati nella loro sostanziale ricostruzione effettuata dalla Prefettura. Neppure appare configurabile un ampio margine di valutazione discrezionale, residuando, invece, per l'Amministrazione procedente solo un ristretto potere di manovra in ordine alla condivisione o meno del giudizio prefettizio*" cds 679/09).

La giurisprudenza amministrativa più recente (Cons. Stato 2441/10 e 2078/10) ha, peraltro, accomunato, quanto al grado di asseverazione necessaria, le informazioni antimafia tipiche (del sottotipo relativo alle presunte infiltrazioni mafiose) a quelle atipiche richiedendo un giudizio prognostico latamente discrezionale che può essere sindacato per eccesso di potere.

2.3. Il contenuto concreto dell'informativa ed il comportamento gravemente colpevole dei convenuti di prorogare e rinnovare l'affidamento.

Nel concreto, pur se l'informativa antimafia è di tipo atipico, l'Amministrazione non avrebbe dovuto prolungare l'affidamento correttamente contestato dalla Procura regionale.

Nell'informativa prefettizia dell'11 maggio 2004, prot. 21559/Gab, indirizzata al Direttore generale dell'ASL NA 5, si specifica che "*GIAMPAGLIA LUIGI […] è cognato del noto VOLLARO Luigi, anonimato "O CALIFFO", capo indiscusso dell'omonimo clan camorristico predominante in Portici e comuni limitrofi*" (in proposito cfr. anche pag. 55 della relazione della Guardia di finanza, nonché pagine 78 e 79 ove si precisa che "*la società La Sanitas, capofila dell'associazione temporanea di impresa affidataria dell'appalto è riconducibile al clan "Vollaro". La sorella di GIAMPAGLIA Luigi (di fatto titolare della La Sanitas) ha sposato VOLLARO Luigi detto "O Califfo", capo indiscusso dell'omonimo clan camorristico predominante in Torre del Greco, Portici, San Sebastiano al Vesuvio e comuni limitrofi*").

Dalla documentazione versata in atti risulta che il Giampaglia era socio della La Sanitas s.r.l. (nel 2006 ha ceduto le quote alla moglie Anna Barone, amministratore unico de La Sanitas, mantenendo la qualità di preposto all'esercizio dell'impresa) e che quest'ultima faceva parte del raggruppamento temporaneo beneficiario delle delibere di rinnovo e proroga, nonché del nuovo consorzio Global service (che comprendeva La Sanitas e La Fulgente – in proposito cfr. pag. 40 della relazione della Guardia di finanza).

In considerazione delle strette correlazioni del Giampaglia, nominato dall'informativa antimafia del 2004, con La Sanitas, che partecipava sia al RTI beneficiario delle proroghe e dei

rinnovi, sia al Consorzio Global Service, l'Amministrazione avrebbe dovuto evitare di procedere alla prosecuzione del rapporto contrattuale con il vecchio affidatario.

Desta, peraltro, più di una perplessità la circostanza che la documentazione relativa alle procedure di gara risulti dispersa (circostanza attestata nella relazione della Guardia di finanza in occasione degli accessi in loco presso l'ASL NA 5), circostanza che impedisce di verificare se e come l'Amministrazione abbia valutato i requisiti di ordine generale (tra cui figurano quelli relativi alla moralità e alla professionalità) con riguardo alla "La Sanitas", atteso che in relazione ai raggruppamenti temporanei di imprese i predetti requisiti vanno valutati con riguardo a tutte le imprese (mandataria e mandanti) che compongono l'associazione temporanea.

In ogni caso va rilevato che l'interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia non è quello al corretto adempimento della prestazione ma quello ad impedire che la criminalità lucri vantaggi economici dal patrimonio pubblico appartenente agli enti pubblici esponenziali della collettività dei cittadini, delle imprese e dei professionisti contribuenti.

Nel concreto tale normativa è stata violata poiché i convenuti avrebbero potuto e dovuto compiere un'istruttoria più approfondita affrontando la questione dell'impossibilità di proseguire il rapporto contrattuale con l'ATI La Sanitas-La Fulgente sia in quanto il rinnovo del 2003 non era ammissibile poiché non previsto dal contratto originario e comunque violativo del principio generale del diritto comunitario di messa in concorrenza, sia per la palese illegittimità di tutti gli atti di proroga successivi (dirigenziale del 2 dicembre 2004, n. 491, determina del 22 luglio 2005, n. 423, determina del 23 dicembre 2005, n. 696, deliberazione del direttore generale del 26 ottobre 2006, n. 575, delibera del 21 giugno 2007, n. 492) per carente e irragionevole istruttoria sulla informativa antimafia dell'11 maggio 2004, prot. n. 21559/gab e per violazione dei richiamati principi comunitari.

Giova rilevare che il testo dell'informativa antimafia dell'11 maggio 2004, diretta dal Prefetto Profili al direttore generale dell'ASL NA 5, era chiarissimo facendo riferimento alla necessità che l'Amministrazione esercitasse i propri poteri discrezionali in merito alle circostanze di fatto

denunciate tra cui, per quanto di interesse ai fini del presente giudizio, quelle specificamente riferite al Consorzio nazionale global service, in relazione al quale si attestava che "*Gianpaglia Luigi, componente del consorzio in esame, è cognato del noto Vollaro Luigi, anonimato "O Califfo" capo indiscusso dell'omonimo clan camoristico predominante in Portici e comuni limitrofi*".

Del resto, nel corso degli anni 2003 e 2004, in occasione dello svolgimento della procedura di affidamento la commissione di gara aveva rimesso al DG (Dott. Aponte) la scelta se escludere o meno il raggruppamento in base all'informativa ed il DG aveva sollecitato al riguardo vari pareri legali (rilasciati dall'Avv. Varone).

In relazione alle delibere 491/04, 423/05 e 696/05 (assunte con il ruolo determinante del Sansone e dell'Aponte) di proroga del contratto di servizio sottoscritto con l'ATI La Sanitas, sussiste la responsabilità degli assuntori, nonché di quella dell'Avv. Varone.

La responsabilità del Dott. Roberto Aponte sussiste tra l'altro poiché, limitandosi a richiamare acriticamente i pareri dell'avvocato Varone, il DG invitava la commissione di gara a proseguire i lavori sull'assunto (erroneo) dell'irrilevanza giuridica dell'informativa antimafia essendo il protocollo di legalità successivo alla pubblicazione del bando (note 1° dicembre 2004, prot. 42465, e 17 gennaio 2005, prot. 1999, agli atti).

L'Aponte, ha poi invitato i direttori servizio provveditorato e amministrativo aziendale, a procedere in conformità al parere del direttore del servizio affari legali del 17 novembre 2005, n. 9779 (nota del 23 novembre 2005, n. 40033).

La motivazione è ingiustificata, irragionevole ed illegittima poiché il controllo sui requisiti d'ordine generale (fissati ex lege) è questione diversa da quella sui requisiti tecnici ed economico-finanziari. Del resto, i controlli antimafia, alla luce di quanto sopra esposto, sono doverosi e immanenti in tutte le fasi della procedura, sussistendo un obbligo di controllo permanente in capo all'Amministrazione che può sempre procedere all'esclusione ovvero, in caso di avvenuta sottoscrizione del contratto, al recesso per ragioni di ordine pubblico.

Del pari gravemente colposo è il comportamento del Dott. Catello Sansone, il quale ha invocato a propria scusa di aver richiesto alla Prefettura una ditta in sostituzione (nota del 16 febbraio 2006, n. prot- 239), nonché di aver ventilato la necessità di disporre la revoca dell'affidamento in applicazione del protocollo di legalità (nota del 24 febbraio 2006 al direttore generale).

Rilevato che le predette note sono comunque successive agli atti di proroga e rinnovo censurati dalla Procura, va apprezzato il comportamento di (sostanziale) immobilismo tenuto dall'Amministrazione che non avrebbe dovuto chiedere alla Prefettura una ditta in sostituzione (percorso decisionale del tutto anomalo ed abnorme) bensì avrebbe dovuto assumersi l'onere di esercitare i propri poteri di autotutela in via diretta ovvero sciogliendo il rapporto contrattuale in essere invocando le inconfutabili ragioni di ordine pubblico nel concreto esistenti.

Venendo alla posizione dell'Avv. Varone, deve segnalarsi che la responsabilità di quest'ultimo, pur se di rilievo inferiore ai primi due, si fonda, tra l'altro, sulla nota del 18 novembre 2004, prot. 14430 (e su quella precedente del 28 giugno 2004, prot. 10850), indirizzata al Direttore generale dell'ASL nella quale si afferma, peraltro erroneamente, che l'Amministrazione non avrebbe avuto il potere di esercitare le proprie valutazioni discrezionali sulle informative antimafia atipiche della Prefettura in quanto il protocollo di legalità non era stato richiamato nel bando di gara.

L'affermazione è erronea. Anche la giurisprudenza amministrativa chiarisce che dinanzi alle informazioni atipiche all'Amministrazione non è precluso l'esercizio del potere (di esclusione o di autotutela), e quest'ultimo ha natura discrezionale e non vincolata (come nelle informazioni antimafia tipiche).

Nel concreto, il parere legale avrebbe potuto essere meno apodittico e comunque di contenuto diverso. Il legale avrebbe dovuto rilevare il carattere discrezionale del potere di valutazione della PA richiamando, anche per la serietà delle informazioni presenti nella nota della prefettura dell'11 maggio 2004, la necessità che l'organo responsabile dell'ASL NA5 procedesse alle valutazioni (discrezionali) del caso.

Nel concreto, invece, l'esistenza di un siffatto potere è stato escluso dal convenuto Varone sull'assunto che il protocollo di legalità non fosse stato richiamato nel bando e quindi inapplicabile nel concreto.

E' noto che i requisiti di ammissione di ordine soggettivo devono valere sempre ed a prescindere da eventuali richiami dal bando che, peraltro, ove lacunoso con riguardo alla disciplina antimafia, deve essere interpretato ed integrato dalle clausole di ordine pubblico previste dalla predetta normativa similmente al meccanismo previsto dall'art. 1339-1374 c.c. avendo il bando natura giuridica di invito pubblico ad offrire (atto prenegoziale).

La regolazione antimafia, peraltro, è chiara, conoscibile e prevista da espresse disposizioni di legge.

In ogni caso, a prescindere dal contenuto del parere legale, la responsabilità del Direttore generale e del soggetto proponente le deliberazioni sono gravissime poiché anche su questi ultimi incombe l'onere di conoscenza ed applicazione rigorosa delle disposizioni antimafia. Nel dubbio, in ogni caso, stante la peculiarità della fattispecie (caratterizzata dal prolungamento di un affidamento senza gara pubblica in favore di un soggetto in odore di pesanti infiltrazioni camorristiche), l'Amministrazione ben avrebbe potuto e dovuto determinarsi scegliendo la via più tuzioristica (l'esercizio motivato dei poteri antimafia ovvero un supplemento di istruttoria presso la Prefettura) non di certo quella più rischiosa ed irragionevole.

Più che prorogare e rinnovare un affidamento ad un raggruppamento temporaneo assoggettato a forti connivenze con la criminalità organizzata partenopea, l'Amministrazione avrebbe dovuto indire una nuova gara pubblica in linea con i principi europei, anche perché la normativa interna a tutela dell'ordine pubblico preclude alle Amministrazioni di assegnare vantaggi, benefici e provvidenze economiche ad entità legate alle organizzazioni criminali.

Di qui l'infondatezza delle eccezioni legate all'eventuale utilità dei servizi resi dal raggruppamento.

Ritornando alla posizione del Varone va, quindi, rilevato che l'atto di citazione non è generico poiché contesta al predetto il contenuto dei pareri al DG resi con note del 28 giugno 2004, prot. 10580 ("*la Prefettura di napoli, con le note allegate […] ha comunicato […] elementi di fatto a carico di ditte tali da non essere considerati limitativi, a parere dello scrivente, dei diritti di soggetti (ditte) per i quali si ipotizzano rapporti, possibili infiltrazioni o contiguità con ambienti camorristici. […] Resta fermo, pertanto, l'impegno di indicare nel capitolato di gara, tra le altre, le clausole previste dall'art. 3 del protocollo di legalità per un'efficace politica di prevenzione antimafia e l'ampia discrezionalità riconosciuta all'azienda sanitaria nella scelta dei terzi*") e del 18 novembre 2004, n. prot. 14430 ("*allo scrivente non risulta che il bando di gara abbia previsto tali clausole, si ripete, assolutamente indispensabili per poter procedere alla selezione delle ditte concorrenti, in sede di gara e precisamente prima dell'apertura delle offerte*") con i quali il legale dell'ASL ha fornito elementi e valutazioni giuridiche erronee che hanno nel concreto agevolato l'omissione dell'esercizio del potere di valutazione discrezionale degli impedimenti derivanti dalla disciplina antimafia. Il legale, difatti, escludeva serenamente (ed erroneamente) che le informative antimafia dovessero essere oggetto di valutazione da parte della commissione poiché non inserite nel bando e nel capitolato.

Passando alla posizione del D'Auria, con particolare riguardo alla controdeduzione con cui quest'ultimo ha invocato, tra l'altro, la nota del 13 febbraio 2006, n. 21/Ris con cui, palesando di aver appreso che l'affidataria del servizio pulizie (La Sanitas) era stata oggetto di un provvedimento antimafia negativo, aveva diffidato il direttore del servizio provveditorato a sospendere il rapporto contrattuale in essere chiedendo alla Prefettura la nomina di un'impresa in sostituzione, riservandosi di agire nei confronti di tutti i responsabili, va riconosciuta la gravissima colpa in cui è incorso il Dirigente generale.

Il D'Auria, proprio perché informato della gravissima situazione avente riguardo all'affidataria in corso, più che avallare una strategia di immobilismo, peraltro fuori da ogni norma di

legge (la richiesta alla Prefettura di una nuova impresa), avrebbe dovuto sciogliere il rapporto contrattuale in essere con raggruppamento partecipato in misura maggioritaria da impresa con forti interessenze camorristiche. La discontinuità con la precedente gestione, più che essere meramente proclamata avrebbe dovuto risolversi in un comportamento più incisivo e risolutivo attraverso lo scioglimento con effetto immediato del vincolo contrattuale impedendo, secondo la volontà del Legislatore antimafia, all'impresa con legami criminali di poter continuare a beneficiare di provvidenze pubbliche a carico della collettività dei cittadini e delle imprese.

Con riguardo a Sorrentino non ha pregio l'eccezione con la quale il convenuto ha controdedotto di non avere alcuna conoscenza delle informative antimafia in occasione delle proposte di delibere dannose n. 575/06 e n. 492/07 che sarebbero state formalizzate rispettivamente dopo tre giorni e due mesi dall'affidamento del nuovo incarico di responsabile del servizio acquisizione beni e servizi dell'ASL NA5.

Dagli atti di causa emerge in modo inequivoco e documentale che il Sorrentino era membro della commissione di gara e, con riguardo specifico alla delibera 575/06, è proprio il Sorrentino che propone di revocare la delibera 696/05, alla cui approvazione aveva partecipato proprio quale membro della commissione (la determinazione dirigenziale n. 696 del 23 dicembre 2005 precisa che la commissione di gara era stata integrata e specifica i nominativi dei nuovi componenti tra cui figurava anche "*Fernando Sorrentino Dirigente Funzione Centrale Economato*"). In altri termini è a firma del Sorrentino la proposta di "*revocare la determina dirigenziale n. 696 del 23 dicembre 2005*" che reca quale premessa "*considerata, altresì, la necessità, nelle more del riscontro da parte della Prefettura di Napoli alla quale fu inoltrata apposita richiesta di conoscere il nominativo di una impresa idonea cui affidare il servizio e di prorogare i pregressi rapporti intercorrenti con la ATI LA SANITAS – LA FULGENTE, e ciò qualora non intervenisse come innanzi precisato comunicazione della Prefettura e comunque per il tempo strettamente necessario alla conclusione della presente procedura di gara*".

Per quanto sopra emerge agevolmente la colpa grave del Sorrentino che quale proponente delle delibere dannose 575/06 e 492/07 (le deliberazioni 575/06 – di revoca della precedente delibera 23 dicembre 2005, n. 696, in cui si faceva esplicito riferimento all'informativa antimafia dell'11 maggio 2004 - e n. 492/07 – di modifica della precedente delibera 575/06 - sono state proposte da Sorrentino, e recano le firme del direttore generale Gennaro D'Auria e del direttore amministrativo Ciro Pone) avrebbe dovuto studiare tutta la documentazione alla base del procedimento, anche in considerazione delle criticità che aveva sino ad allora determinato il rapporto contrattuale in essere con il raggruppamento in cui figurava La Sanitas, rapporto che il Sorrentino proponeva di prorogare.

L'argomento difensivo fondantesi sul "ridottissimo arco temporale" intercorso tra il conferimento dell'incarico di responsabilità del servizio per acquisizione beni e servizi e la proposta della delibera potrebbe al più valere in relazione alla prima delle due delibere non di certo con riguardo alla seconda (ove lo stesso convenuto ammette il decorso di ben due mesi – cfr. pagina 16 della memoria).

Oltre a non essere conforme alla realtà (per quanto osservato in precedenza), appare comunque giuridicamente irrilevante la controdeduzione del convenuto in ordine alla mancata conoscenza dell'informativa antimafia poiché anche ammesso che la circostanza sia vera avrebbe comunque dovuto fornire elementi di fatto tesi ad asseverare non il fatto negativo (mancata conoscenza), bensì la circostanza di aver adempiuto a tutti gli oneri informativi cautelari quali quelli relativi ad uno studio preliminare ed attento del fascicolo amministrativo.

Anzi proprio la frettolosa proposta di proroga dell'affidamento adottata dopo appena tre giorni dalla immissione nel nuovo incarico determina un'avventatezza decisionale attestante *in re ipsa* una carenza di istruttoria gravemente colposa alla quale non ha posto rimedio neanche con riguardo alla seconda delibera (n. 492/07).

Peraltro, come rilevato dalla Procura è la stessa delibera 575 del 26 ottobre 2005 a fare riferimento alla richiesta indirizzata alla Prefettura finalizzata ad ottenere il nominativo di una ditta che potesse sostituire il raggruppamento La Sanitas – La Fulgente.

Del resto, giova rilevare che tra gli atti precedenti alle delibere dannose (atti che attraverso una corretta istruttoria il Sorrentino avrebbe potuto e dovuto esaminare), figura la deliberazione 23 dicembre 2005, n. 696 (che con la delibera 575/06 il Dott. Sorrentino proponeva al D.G. D'Auria di revocare), a firma del servizio provveditorato Catello Sansone, che recava, nel primo capoverso della seconda pagina, il riferimento testuale all'informativa antimafia della prefettura dell'11 maggio 2004). A ciò si aggiunga che proprio nella delibera del 26 ottobre 2006, n. 575, si fa espresso riferimento a quella del 23 dicembre 2005, n. 696, che nel preambolo ha cura di precisare che "*la Prefettura con nota 21559/Gab dell'11 maggio 2004 e successive integrazioni trasmetteva le richieste informative*" (delibera 25 dicembre 2005, n. 696). Non si comprende, quindi, come possa il Sorrentino invocare la propria ignoranza dell'informativa antimafia se la sua conoscenza risulta *ex actis*. Anche qualora ciò fosse vero, in ogni caso, la mancata conoscenza di un procedimento o di un atto istruttorio necessario ai fini della decisione (che per giunta formava oggetto di un atto di autotutela decisoria: revoca) determina un'ignoranza gravemente colposa da sanzionare con lo strumento compensativo dell'azione risarcitoria pubblicistica intestata alla Procura contabile.

L'unica condotta che non supera la soglia della gravità è quella del direttore amministrativo Ciro Pone che si è limitato ad apporre la propria sottoscrizione ad atti istruiti, preparati e proposti dagli altri dirigenti preposti al ramo specifico e approvati dal direttore generale.

2.4. La ripartizione del danno alla finanza pubblica tra i convenuti responsabili

Il danno erariale è, quindi, eziologicamente riconducibile al comportamento di tutti i convenuti (ad eccezione del direttore amministrativo titolare di un mero potere di firma congiunta) che hanno partecipato, sia pure a vario titolo ed in ragione delle funzioni e dei compiti riconnessi alla posizione ed al ruolo di ciascuno, alla produzione e permanenza del danno alla finanza pubblica che,

a causa delle loro attività ed omissioni gravemente colpose si è allontanata dai criteri di sanità e stabilità imposti dal diritto europeo ed interno.

In considerazione della diversa posizione dei convenuti il danno va ripartito imputando la quota del 25% ciascuno in capo ai direttori generali (Roberto Aponte e Gennaro D'Auria), del 20% ciascuno in capo al direttore del servizio acquisizione e servizi (Fernando Sorrentino) ed a quello del servizio provveditorato (Catello Sansone), nonchè del 10% in capo all'Avv. Vincenzo Varone.

Ciò in ragione della posizione apicale dei direttori generali, del ruolo propositivo attivo dei direttori del servizio acquisizione e provveditorato, e delle funzioni di parere tecnico-legale dell'Avv. Varone.

L'azione risarcitoria va, invece, rigettata con riguardo al direttore amministrativo (Ciro Pone), la cui condotta, nel concreto, si è tradotta nella mera sottoscrizione congiunta di un atto da altri istruito e proposto non connotata da alcuna colpa grave.

Quanto al danno patrimoniale, quindi, i predetti convenuti vanno condannati a pagare in favore dell'ASL NA 5 la somma di:

€ 245.896,01 Roberto Aponte;

€ 245.896,01 Gennaro D'Auria;

€ 196.716,81 Fernando Sorrentino;

€ 196.716,81 Catello Sansone;

€ 98.358,40 Vincenzo Varone.

Con riguardo al danno alla reputazione, quantificato dalla Procura in € 100.000,00, va osservato che nell'atto di invito a dedurre era stato contestato anche il danno all'immagine (ulteriori € 100.000,00) quale pregiudizio di diversa natura giuridica che, in ragione della normativa sopravvenuta, non è stato attivato con l'atto di citazione in epigrafe.

Stante la diversa natura giuridica delle situazioni soggettive, in considerazione del grave pregiudizio inferto alla reputazione dell'ASL NA 5, quale componente della organizzazione del

Servizio sanitario nazionale, il quale peraltro grava in misura sensibile sul bilancio delle Regioni (ed in particolare, per quanto qui interessa su quello della Regione Campania ovverosia, per la maggior quota, sulla comunità dei cittadini e delle imprese campane), è doveroso procedere alla condanna di tutti i convenuti al pagamento del danno alla reputazione dell'ASL NA 5 da liquidarsi, attesa la natura immateriale del bene, in via equitativa (art. 1226 c.c.) in misura pari ad € 100.000,00 dovuto dai predetti nelle stesse percentuali sopra fissate:

€ 25.000,00 Roberto Aponte;

€ 25.000,00 Gennaro D'Auria;

€ 20.000,000 Fernando Sorrentino;

€ 20.000,00 Catello Sansone;

€ 10.000,00 Vincenzo Varone.

3. L'illecito contabile ha natura di debito di valore e vanno, quindi, corrisposti interessi legali sulla somma rivalutata, anno per anno, dal momento dell'illecito fino al giorno della pubblicazione della presente decisione secondo i criteri seguiti costantemente dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 17 febbraio 1995, n. 1712; Id., sez. III, 10 marzo 2006, n. 5234).

4. Le spese di causa seguono la soccombenza, vengono poste a carico dei convenuti (tutti ad eccezione del Pone) e sono liquidate in € 1.000,00 ciascuno ai sensi degli art. 91, 2° co., c.p.c., 10 bis, comma 10, l. 2 dicembre 2005, n. 248 (di conversione del d.l. 30 settembre 2005, n. 203) e 3, comma 2 bis, del decreto legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con legge 20 dicembre 1996, n. 639.

5. Sulle predette somme sono dovuti gli interessi legali dalla pubblicazione della presente decisione fino all'effettivo soddisfo ex. art. 1282, 1° co., c.c.

P.Q.M.

La Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Regione Campania, definitivamente pronunciando sull'atto di citazione iscritto al n. 60916 del registro di segreteria, condanna i convenuti a pagare in favore dell'ASL NA 5 le seguenti somme:

€ 270.896,01 Roberto Aponte;

€ 270.896,01 Gennaro D'Auria;

€ 216.716,81 Federico Sorrentino;

€ 216.716,81 Catello Sansone;

€ 108.358,40 Vincenzo Varone,

Oltre interessi e rivalutazione monetaria sulle predette somme nei sensi di cui in motivazione, nonché spese di giustizia pari a € 1.000,00 ciascuno.

Rigetta l'azione con riguardo al Dott. Ciro Pone. Compensa le spese nei suoi confronti.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio dell'11 ottobre 2011.

L'estensore Il Presidente

Pasquale Fava Fiorenzo Santoro

Depositata in segreteria il 26 marzo 2012

Il direttore della segreteria