

Pubblicato il 28/08/2017

N. 04078/2017 REG.PROV.COLL.
N. 07844/2016 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 7844 del 2016, proposto dalla Nabav Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Emanuele D'Alterio, con domicilio eletto presso lo studio Leopoldo Di Bonito in Roma, via Arenula, n. 21;

contro

Comune di Torraca, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Lanocita e Simona Corradino, con domicilio eletto presso lo studio Leopoldo Fiorentino in Roma, piazza Cola di Rienzo, n. 92;

nei confronti di

Infrater S.r.l. e Co.Ge.Vo. S.r.l., non costituite in giudizio;

per l'ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 644/2014;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Torraca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Riccardo Marone, su delega dell'avvocato D'Alterio; Francesco Lanocita e Simona Corradino;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue

FATTO

1. Il Comune di Torraca (SA), con avviso in data 25 settembre 2006, indisse una procedura ristretta, ai sensi dell'articolo 55 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, per l'affidamento dei lavori di bonifica di un costone roccioso in località Elci.

2. La Nabav Costruzioni s.r.l. e la Forgiione s.r.l., in proprio e nella qualità di componenti di una costituenda associazione temporanea di imprese, che avevano preso parte a detta procedura selettiva, impugnarono dinanzi al T.A.R. della Campania – Sezione staccata di Salerno, la aggiudicazione di quella gara all'ATI Infrater s.r.l. – Co.Ge.Vo. s.r.l. ;

Con sentenza n. 6538 del 2010 l'adito tribunale accolse il ricorso e la correlata istanza risarcitoria con riguardo al mancato utile e al danno all'immagine, condannando l'amministrazione comunale, ai sensi dell'articolo 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998, a formulare, in favore delle ricorrenti e in adesione ai criteri indicati, una proposta risarcitoria, salva, in mancanza di accordo, la facoltà di proporre successivo ricorso ai sensi dell'articolo 27, primo comma, numero 4), del R.D. n. 1054 del 1924.

3. L'appello proposto dal Comune di Torraca avverso tale sentenza fu dichiarato irricevibile per tardività dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4787 del 2011.

4. Non avendo l'amministrazione comunale formulato alcuna proposta risarcitoria, la Nabav Costruzioni s.r.l. e la Forgiione s.r.l. proponevano ricorso per ottemperanza n. 219 del 2013 dinanzi al T.A.R. della Campania – Sezione staccata di Salerno, il quale, con sentenza n. 1956 del 2013, lo accoglieva, quantificando in euro 121.995,28 (pari al 10 per cento dell'offerta formulata) il mancato utile ed in euro 36.598,56 (pari al 3 per cento dell'offerta

formulata) il danno all'immagine, somme da maggiorare degli interessi legali, decorrenti dal 14 maggio 2010 fino all'effettivo soddisfo, e designando altresì un Commissario *ad acta* per il caso di perdurante inerzia dell'amministrazione.

5. La sentenza veniva appellata dal Comune di Torraca alla stregua di una pluralità di motivi di doglianza.

Con la sentenza n. 644 del 2014 la Quinta Sezione di questo Consiglio di Stato accoglieva solo in parte l'appello, limitando la riforma al capo della sentenza relativo al ristoro del danno all'immagine (che veniva contestualmente rideterminato in riduzione), mentre veniva respinto per il resto, con conseguente riforma *in parte qua* della sentenza di primo grado.

6. La stessa Quinta Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 1978 del 2016 ha respinto il ricorso per revocazione proposto dal Comune di Torraca avverso la richiamata sentenza di questo Consiglio n. 644 del 2014.

7. Occorre ancora precisare in punto di fatto che in data 19 luglio 2013 la Nabav Costruzioni s.r.l. era attinta da un'informativa interdittiva antimafia, ai sensi del comma 3 dell'articolo 84 e del comma 6 dell'articolo 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*): la circostanza era resa nota dalla Prefettura di Caserta solo con nota del 2 febbraio 2015, dopo che il Comune di Torraca si era attivato al fine di provvedere al pagamento reso necessario dalla pubblicazione della sentenza di questo Consiglio n. 644 del 2014.

La III Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 923/2015 ha riconosciuto la piena legittimità della predetta informativa interdittiva del 19 luglio 2013.

8. E' ancora da precisare che l'esistenza dell'informativa interdittiva in questione era stata posta dal Comune di Torraca a fondamento del ricorso per revocazione avverso la sentenza n. 644 del 2014, ma, come già ricordato, la Quinta Sezione di questo Consiglio di Stato con la sentenza n. 1078 del

2016 ha statuito che *“il provvedimento interdittivo antimafia a carico della Nabav Costruzioni, il quale nel caso di specie riveste il ruolo di documento sconosciuto al Comune perché non esibito dall’interessata e dunque costituirebbe la ragione della revocazione, è stato emesso il 19 luglio 2013, quindi in data sì antecedente alle sentenze 26 settembre 2013 n. 1956 e 11 febbraio 2014 n. 644, che però sono pronunce di esecuzione, o più sostanzialmente di attuazione di un giudicato risalente al 2011, che dunque deve restare intangibile rispetto ad un provvedimento particolarmente grave e tra l’altro confermato nella sua legittimità dal giudice amministrativo in primo e secondo grado, ma sempre successivo a ciò che in uno Stato di diritto non può essere più messo in discussione, fatte salve le ragioni di revocazione che nel caso di specie non sussistono per evidenti ragioni temporali oppure non sono state evocate nel giudizio.*

Né può avere rilievo il fatto che le indagini che hanno portato al provvedimento prefettizio interdittivo del 19 luglio 2013 sono iniziate nel 2007, poiché nel periodo intercorrente tra il 2007 ed il luglio 2013 non è scaturita alcuna realtà giuridica impeditiva della partecipazione alla gara della Nabav oppure del riconoscimento delle sue ragioni che, si ripete, vanno rinvenute nelle sentenze 26 settembre 2013 n. 1956 e 16 agosto 2011 n. 4787.

Quanto alla possibilità di accordi transattivi tra il Comune di Torraca e la Nabav Costruzioni non se ne intravede spazio, vista la regola di cui all’art. 67 D. Lgs. 6 settembre 2011 n. 159 che impedisce alle pubbliche amministrazioni di trattare con soggetti colpiti da interdittiva; il fatto di corrispondere una cifra inferiore a quella al tempo determinata da questo Consiglio di Stato rientra nella discrezionalità amministrativa del Comune ed eventualmente può essere autorizzata dal tribunale ordinario competente ai sensi del comma 3 dell’art. 67 predetto, ove il tribunale stesso ravvisi ragioni di gravità delle quali questo Collegio giudicante non può entrare (...).”

9. Con ricorso proposto ai sensi dell’articolo 112 del cod. proc. amm. la Nabav Costruzioni ha lamentato, malgrado la rituale diffida e messa in mora notificata a mezzo pec il 19 aprile 2016, l’inesecuzione da parte del Comune di Torraca degli obblighi rinvenienti dalla più volte citata sentenza di questa Sezione n. 644 del 2014, in base alla quale l’amministrazione comunale è

tenuta a corrisponderle la complessiva somma di euro 123.005,03, oltre gli accessori di legge, ed ha chiesto che sia assegnato all'ente un breve termine per l'adempimento e la nomina di un Commissario *ad acta*, per il caso di persistente inadempimento.

10. Si è costituito in giudizio il Comune di Torraca, il quale ha eccepito l'impossibilità di dare esecuzione al richiamato giudicato (e di procedere all'invocato pagamento) in quanto:

- l'esistenza di un'informativa interdittiva impedirebbe in radice la possibilità per l'ente di procedere al pagamento, ostandovi le generali preclusioni di cui all'articolo 67 del 'Codice delle leggi antimafia';

- nel corso della vicenda contenziosa culminata con la citata decisione di questo Consiglio di Stato n. 644 del 2014 l'ente non era a conoscenza dell'esistenza di un'informativa interdittiva a carico della Nabav (della cui esistenza è stata acquisita conoscenza solo nel febbraio del 2015), circostanza che non era imputabile ad un comportamento colpevole del Comune, il quale non aveva avuto l'obbligo di acquisire la pertinente documentazione antimafia fino al momento in cui si era reso necessario eseguire la più volte richiamata sentenza n. 644 del 2014;

- la Nabav (che per contro era evidentemente a conoscenza dell'informativa interdittiva adottata a proprio carico sin dal luglio del 2013) aveva taciuto tale rilevante circostanza per l'intera durata della vicenda processuale

11. Alla camera di consiglio del 18 maggio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge in decisione il ricorso proposto ai sensi dell'articolo 112 cod. proc. amm. dalla società Nabav (la quale: *i*) aveva partecipato a una gara di appalto indetta dal Comune di Torraca (SA); *ii*) aveva ottenuto, all'esito di un complesso contenzioso, una favorevole pronuncia risarcitoria; *iii*) era stata attinta, prima dell'ultima di tali pronunce, da un'informativa interdittiva antimafia) per la l'ottemperanza alla sentenza di questo Consiglio di Stato,

Sezione V, n. 644 del 2014, con cui è stata disposta la condanna del Comune di Torraca a corrisponderle €. 123.005,03, oltre interessi legali, a titolo di risarcimento danni per l'illegittima mancata aggiudicazione dell'appalto indetto in data 25 settembre 2006.

2. Posto che non vi è alcuna controversia qui in ordine all'*an* della pretesa risarcitoria in quanto tale, essendo la questione ormai definita con pronunce passate in giudicato (in particolare dalle sentenze di primo grado n. 6358 del 2010 e 1956 del 2013, quest'ultima confermata in massima parte dalla più volte richiamata sentenza di appello n. 644 del 2014), la problematica sollevata dall'amministrazione comunale intimata investe piuttosto la effettiva eseguibilità delle richiamate sentenze, munite della forza del giudicato sostanziale di cui all'articolo 2909 cod. civ., essendo emerso a carico dell'impresa vittoriosa in giudizio – qui ricorrente - un'informativa interdittiva sfavorevole e, segnatamente, la preclusione di cui al comma 1, lettera g), dell'art. 67 del 'Codice delle leggi antimafia' (secondo cui *“le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere: (...) g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali?”*).

3. La *res controversa* consiste pertanto nello stabilire se la previsione contenuta in tale articolo osti a che, sia pur in esecuzione di una pronuncia definitiva di condanna resa dal giudice amministrativo (o da un qualsiasi altro giudice, di cui venga chiesta l'ottemperanza in un giudizio amministrativo), possano essere erogate da una pubblica amministrazione somme di danaro, spettanti a titolo di risarcimento del danno, in favore di un soggetto che sia stato attinto prima della definizione del giudizio risarcitorio da un'informativa interdittiva antimafia, conosciuta solo successivamente alla formazione del giudicato e taciuta dal soggetto stesso, ovvero se il giudicato favorevole, comunque

formatosi, obblighi in ogni caso l'amministrazione a darvi corso e a corrispondere la somma accertata come spettante.

4. Trattandosi di questione della massima importanza e che può dar luogo anche a contrasti di giurisprudenza la Sezione ritiene di doverne investire l'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99 del codice del proc. amm.

Al riguardo si rileva quanto segue.

5. Va innanzitutto premesso che, ai fini della risoluzione della delineata questione interpretativa, non risulta assumere carattere preclusivo la sentenza n. 1078 del 2016 di questa stessa Sezione che ha respinto il ricorso per revocazione proposto dal Comune di Torraca avverso la sentenza, pure di questa Sezione, n. 644 del 2014.

Infatti, pur avendo quella sentenza affermato il principio della sostanziale intangibilità del giudicato risarcitorio rispetto all'interdittiva antimafia del luglio del 2013, la sua valenza non può che restare ragionevolmente limitata all'accertamento della sussistenza o meno del dedotto vizio revocatorio (nel caso in esame il ricorso era stato proposto ai sensi dell'articolo 395 c.p.c., n. 1, – dolo processuale di una parte nei confronti dell'altra – e n. 3 – rinvenimento di documenti decisivi che non era stato possibile produrre in giudizio per causa di forma maggiore).

Detta sentenza non può pertanto fornire elementi dirimenti (in un senso o nell'altro) ai fini della risoluzione della questione controversa, dal momento che, come si è già avuto modo di rilevare, non ci si domanda se l'interdittiva possa incidere sull'*an* della pretesa risarcitoria, ma se essa possa incidere sul *quomodo* della concreta attivazione della pretesa nella fase esecutiva del giudicato.

6. Deve anche precisarsi che la rilevanza e l'attualità della controversia non è minimamente scalfita dalla risaleza nel tempo dell'informativa antimafia di cui si discute, adottata il 19 luglio 2013.

Infatti nel corso dell'udienza di discussione le parti hanno confermato la attuale vigenza di quella misura interdittiva. Inoltre non può sottacersi che,

secondo un ormai consolidato (e condiviso) principio, il comma 2 dell'articolo 86 del 'Codice delle leggi antimafia' deve essere interpretato nel senso che il decorso del termine annuale non priva di validità (o di efficacia) l'interdittiva, in quanto l'amministrazione è tenuta ad emettere una informativa liberatoria nei confronti dell'impresa solo laddove sopraggiungano elementi nuovi, capaci di smentire o, comunque, di superare gli elementi che hanno giustificato l'emissione del provvedimento interdittivo (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 4121 del 2016).

Nel caso in esame dagli atti di causa non emerge alcun elemento da cui dedurre l'eventuale superamento delle circostanze che avevano indotto la Prefettura ad adottare l'informativa *de qua*, avendo le stesse parti ammesso nel corso dell'udienza di discussione, come accennato in precedenza, la perdurante vigenza di quell'informativa.

7. Venendo al merito della questione la Sezione è dell'avviso che la questione controversa involga almeno due questioni interpretative e cioè:

i) se la previsione di cui al comma 1, lettera g), dell'articolo 67 del 'Codice delle leggi antimafia' possa essere intesa anche nel senso di precludere il versamento in favore dell'impresa di somme dovute a titolo risarcitorio in relazione a una vicenda sorta dall'affidamento (o dal mancato affidamento) di un appalto;

ii) se osti a tale prospettazione il generale principio dell'intangibilità della cosa giudicata.

7.1. Quanto al primo aspetto, la problematica risiede nel fatto che la previsione normativa espressamente richiama "*altre erogazioni dello stesso tipo*", concetto generale ed al tempo stesso generico che non consente di stabilire con ragionevole certezza se vi rientri anche un credito di natura risarcitorio, definitivamente accertato in sede giurisdizionale (nel caso di specie conseguenza dell'illegittima mancata aggiudicazione di un appalto).

Mentre un'interpretazione di carattere letterale (compatibile con il carattere evidentemente afflittivo della disposizione in esame) condurrebbe ad

escludere che il risarcimento del danno presenti una *eadem ratio* rispetto “[*ai*] *contributi, finanziamenti o mutui agevolati?*” di cui è menzione nell’ambito della stessa lettera g), dall’altra parte un’interpretazione logico – sistematica (capace di valorizzare la funzione della norma e l’obiettivo con essa perseguito di contrasto a fenomeni di criminalità su base associativa) dovrebbe condurre a ritenere che il ‘catalogo’ delle ipotesi di cui alla lettera g) sia ‘aperto’ e che la locuzione “*altre erogazioni dello stesso tipo*”, lungi dal ‘chiudere’ l’elencazione, presenti piuttosto una valenza – per così dire – ‘pan-tipizzante’, volta ad impedire nella sostanza l’erogazione di *qualunque* utilità di fonte pubblica in favore dell’impresa in odore di condizionamento malavitoso, a prescindere dalla fonte e dal tipo di tale utilità.

In tal senso possono richiamarsi le statuizioni rese dall’Adunanza plenaria con la decisione 5 giugno 2012, n. 9.

Si è nell’occasione affermato che “*tali considerazioni, si coniugano con quelle discendenti dalla analisi [dell’] art. 4 del d.lgs. 29 ottobre 1994, n. 490 (coincidente con l’articolo 67 del ‘Codice delle leggi antimafia).*”

Ivi, infatti, si fa riferimento a "contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate": l'ampia clausola di salvaguardia contenuta nella citata prescrizione è idonea a ricomprendervi quelle (...) in cui la matrice indennitaria sia più immediatamente percepibile rispetto a quella "compensativa" sottesa ad ogni altra tipologia di erogazione.

Nella detta prescrizione non risulta contenuto alcun richiamo discriminante alla "causale" per cui il contributo, il finanziamento, il mutuo agevolato o la "erogazione dello stesso tipo comunque denominata" sia concessa, di guisa che la distinzione sostenuta nel ricorso in appello tra "finalità di arricchimento" e "finalità di indennizzo" introduce un discrimen riduttivo che non collima con la clausola di riserva ivi contenuta.

E che la volontà del legislatore sia stata quella di non sottrarre alla applicazione dell’art. 4 del d.lgs. 29 ottobre 1994, n. 490 alcuna provvidenza erogabile dallo Stato alle imprese sospettate di contiguità mafiosa, appare evidente laddove si consideri che anche il precetto di cui alla lett. e) del citato allegato 3 contiene una ampia clausola di riserva di natura

estensiva ("provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati").

(...) Sotto il profilo sistematico, la opzione ermeneutica [richiamata] ben si inquadra nell'ottica più generale perseguita con il d.lgs. 29 ottobre 1994, n. 490 citato: se la finalità di quest'ultimo è quella di escludere l'imprenditore, sospettato di essere passibile di infiltrazione criminale, dalla fruizione di benefici che presuppongono la partecipazione di un soggetto pubblico e l'utilizzo di risorse della collettività, non si vede perché nella suddetta ratio dovrebbero rientrare unicamente le erogazioni dirette ad "arricchirlo" e non anche quelle dirette a parzialmente compensarlo di una perdita subita sussistendo per entrambe il pericolo che l'esborso di matrice pubblicistica giovi ad una impresa soggetta ad infiltrazioni criminali".

Ad avviso della Sezione, gli argomenti indicati dall'Adunanza plenaria al fine di estendere le portata preclusiva dell'articolo 67 alle erogazioni avente matrice indennitaria, ben possono essere utilizzati (non ravvisandosi argomenti sistematici dirimenti in senso contrario) al fine di precludere altresì le erogazioni pubbliche, ancorché aventi carattere risarcitorio.

7.2. Quanto al secondo aspetto, occorre domandarsi se l'eventuale interpretazione "estensiva" dell'art. 67, come sopra delineata (volta cioè ad interpretare le preclusioni ivi previste nel senso di impedire la concreta erogazione di somme a titolo risarcitorio, sia pure sulla base di un giudicato di condanna) siano di per sé compatibili – anche nella logica del bilanciamento dei sottesi valori, entrambi di rilievo costituzionale - con il generale principio dell'intangibilità della cosa giudicata.

Non può sfuggire infatti che, seppure i vincoli e le preclusioni di cui all'articolo 67 non incidono direttamente sul vincolo nascente del giudicato in quanto tale (quanto piuttosto sulle modalità di esercizio *in executivis* delle pretese dallo stesso rinvenienti), l'adesione alla più rigorosa delle tesi in campo debba comunque misurarsi con il generale principio in base al quale attraverso lo strumento dell'ottemperanza al giudicato l'autorità

giurisdizionale è chiamata ad attuare il precetto normativo, esplicitando le modalità di applicazione della norma al caso concreto.

In altri termini occorre stabilire se il giudicato formale, in qualsiasi modo formatosi, impedisca in ogni caso all'amministrazione di sottrarsi agli obblighi da esso nascente di corrispondere una somma di danaro a titolo risarcitorio ad un soggetto attinto da un'informativa interdittiva antimafia mai entrata nella dialettica processuale, anche se precedente alla formazione del giudicato, oppure se le finalità e la *ratio* dell'informativa interdittiva antimafia diano vita ad una situazione di incapacità legale *ex lege* (tendenzialmente temporanea e capace di venir meno con un successivo provvedimento dell'autorità prefettizia) che produca la corrispondente sospensione temporanea dell'obbligo per l'amministrazione di eseguire quel giudicato.

8. Per le ragioni esposte la Sezione, previa sospensione del giudizio, rimette la questione all'Adunanza plenaria, impregiudicata ogni decisione in rito, nel merito e sulle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), sospende il giudizio e, impregiudicata ogni decisione in rito, nel merito e sulle spese, rimette l'esame della questione controversia all'esame dell'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99 del Codice del processo amministrativo.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Claudio Contessa

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO