

TRIBUNALE DI NAPOLI
UFFICIO DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI
SEZIONE XXXIII
ORDINANZA APPLICATIVA DELLA MISURA CAUTELARE INTERDITTIVA
E SEQUESTRO PREVENTIVO
(artt. 45 e ss., 53 D.lvo 8.6.2001 n. 231)

Il Giudice per le indagini preliminari dott. Rosanna Saraceno;

letti gli atti del procedimento sopra indicato nei confronti di:

- 1) A Spa in persona del legale rapp.te p.t. con sede legale in (...);
- 2) B NV con sede in (...) e domiciliata in persona del legale rapp.te p.t. in Italia (...);
- 3) C Spa in persona del legale rapp.te p.t. con sede in (...);
- 4) D Spa in persona del legale rapp.te p.t. con sede in (...);
- 5) E Spa in persona del legale rapp.te p.t. con sede in (...);
- 6) F Spa in persona del legale rapp.te p.t. con sede in (...).

Indagate in ordine al seguente illecito amministrativo:

art. 24 D.lvo 8 giugno 2001, n. 231 in relazione alla commissione del delitto di cui agli artt. 110, 81 cpv, 640 comma I e II n. 1) c.p. consumato, in concorso tra i soggetti di seguito indicati e nelle qualità e con le condotte descritte appresso, commesse in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, in relazione ai contratti di appalto di servizi rep. n. 11503 del 7 giugno 2000 e rep. 51 del 5 settembre 2001, stipulati a seguito della aggiudicazione delle gare di appalto per la gestione del ciclo di smaltimento dei rifiuti solidi urbani prodotti in Campania ed esperite a seguito di ordinanza commissariale 58 del 12 giugno 1998 che prevedevano i seguenti obblighi:

- a) obbligo di edificare sette impianti di produzione di combustibile derivato da rifiuti (art. 2 del contratto);
- b) obbligo di edificare due impianti per la termovalorizzazione del combustibile derivato da rifiuti nel pieno rispetto delle normative in materia (art. 2 e 29 del contratto);
- c) gestione degli stessi nella osservanza delle prescrizioni dettate dalla normativa di settore richiamata nel contratto (artt. 2 e 7 del contratto) e negli elaborati progettuali facenti parte integrante del contratto stesso (ex art. 110 D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554) con l'obbligo di ricevere i rifiuti solidi urbani prodotti nella Regione Campania e di produrre le seguenti frazioni di rifiuto nel rispetto dei seguenti dati quantitativi e qualitativi:

I - produzione di CDR nel rispetto delle specifiche di cui al D.M. 5 febbraio 1998 e con un dato ponderale di circa il 32 % rispetto al RSU conferito;

II - produzione di compost idoneo a recupero ambientale con un dato ponderale di circa il 33 % rispetto al RSU conferito;

III - produzione di scarti con un dato ponderale di circa il 14 % rispetto al RSU conferito;

IV - produzione di scarti ferrosi con un dato ponderale di circa il 3 % rispetto al RSU conferito;

d) obbligo di assicurare, nelle more della realizzazione degli impianti di termovalorizzazione, il recupero energetico mediante conferimento del CDR in impianti esistenti;

e) divieto di subappalto del servizio e quindi: 1) divieto di subappalto dell'attività di trasporto dei materiali prodotti a valle della lavorazione effettuata presso gli impianti di CDR; 2) divieto di subappalto della attività di gestione delle discariche di servizio;

f) assicurare il servizio di ricezione dei rifiuti solidi urbani anche in caso di fermo degli impianti e per qualsiasi altra causa garantendo comunque lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (art. 29 del contratto);

condotte consistite nel porre in essere artifici e raggiri diretti a:

a) rappresentare falsamente la produzione di compost idoneo a recuperi ambientali così come dichiarato nel progetto vincente la gara pubblica e successivamente presentare come corrispondente agli obblighi contrattuali la produzione di compost "fuori specifica" con codice CER 190503 – in concorso con gli organi commissariali – e il tutto producendo in realtà un rifiuto del tutto difforme

dagli obblighi contrattuali nonché da quanto comunque rappresentato con i codici CER 190503 utilizzati;

b) rappresentare falsamente la produzione di CDR conforme alla specifiche contrattuali di cui al D.M. 5 febbraio 1998 sia all'atto della partecipazione alla gara che successivamente nel corso della esecuzione del contratto, ciò anche mediante il costante utilizzo di codici CER non rappresentativi delle reali caratteristiche del rifiuto "secco" e la successiva produzione di analisi alterate o comunque parziali, frutto di attività di prelievo e campionamento non rappresentative del reale processo di lavorazione, né tantomeno di tutte le tipologie di rifiuto secco prodotto (c.d. CDR 2 oltre che CDR 1), peraltro compiuta anche previo ricorso a procedure di additivazione con rifiuto speciale non autorizzate;

c) rappresentare falsamente di adempiere all'obbligo di assicurare il recupero energetico nelle more della realizzazione degli impianti di CDR in Campania, sia all'atto di partecipazione alla gara, mediante espressa garanzia resa per iscritto, che successivamente mediante allocazione in apposite piazzole delle balle di CDR prodotto, in luogo dell'immediato conferimento del CDR prodotto in impianti esistenti;

d) rappresentare falsamente la corretta attività di gestione degli impianti;

il tutto così contribuendo a costituire una apparenza, anche mediante silenzio serbato, di un corretto e regolare adempimento del servizio oggetto dei contratti, ciò nonostante la inidoneità tecnica degli impianti e la disorganizzazione gestionale; così inducendo in errore la Presidenza del Consiglio dei Ministri, quale organismo preposto, ex art. 1 L. 24 febbraio 1992 n. 225, al servizio nazionale della protezione civile, in persona del suo rappresentante p.t., il Ministro dell'Interno e il Dipartimento della protezione civile in persona dei legali rappresentanti p.t. – che procedevano, ignorando la situazione di inadempimento contrattuale in corso, alla emanazione di numerose OPCM ed Ordinanze ministeriali dirette a fronteggiare la dichiarata situazione di emergenza nel settore dei rifiuti solidi urbani prodotti in Campania, senza adottare alcuna iniziativa e impartire disposizioni dirette a far cessare e contestare l'inadempimento contrattuale posto in essere dalla predetta ATI e dai suoi organi e rappresentanti – e così procurando alle società componenti la ATI affidataria del servizio di smaltimento di rifiuti solidi urbani nella Regione Campania l'ingiusto profitto consistente nel mantenimento dei contratti di appalto, nella edificazione degli impianti di produzione di CDR e del termovalorizzatore di Acerra, nonché nella ordinaria prosecuzione – nonostante gli inadempimenti contrattuali – della attività di gestione del ciclo di smaltimento dei rifiuti solidi urbani in Campania con conseguente incameramento della tariffa di smaltimento dei rifiuti solidi urbani conferiti, dell'adeguamento biennale della tariffa di conferimento (cfr. art. 4 ult. comma dei contratti) attribuitasi in violazione dei contratti, della percentuale prevista per l'attività di riscossione delle somme dovute dai Comuni, e di tutte le somme percepite a vario titolo in ragione dell'attività svolta e non girate ai Comuni e comunque di tutti gli interessi maturati – o in ogni caso nella maturazione di crediti certi liquidi ed esigibili vantati nei confronti dei Comuni e di ogni altro soggetto pubblico per la attività di ricezione dei rifiuti solidi urbani, e per ogni altra funzione connessa – nella acquisizione e comunque nella mancata restituzione dell'importo di € 53 milioni erogati dal Commissariato di Governo per l'emergenza rifiuti nella Regione Campania per la costruzione degli impianti di produzione di CDR nelle Province diverse da quella di Napoli, e infine di ogni risparmio a vario titolo determinato da altre violazioni contrattuali, tra le quali la mancata ricezione di tutti i rifiuti e mancata effettuazione del loro relativo smaltimento (con conseguente impegno di spesa aggiuntivo e non previsto per i Comuni e per il Commissario di seguito menzionato) e la mancata e integrale corresponsione delle spese connesse per lo smaltimento delle frazioni di rifiuto prodotte a valle della lavorazione e contestualmente cagionando i seguenti danni:

a) rallentamenti e interruzioni del servizio di ricezione dei rifiuti solidi urbani da parte degli impianti di produzione di CDR con conseguente accumulo degli stessi in strada, ovvero presso siti di trasferimento e stoccaggio approntati dai Sindaci ovvero autorizzati dal Commissario di Governo per l'emergenza rifiuti con conseguenti spese per il loro allestimento e gestione, e con relativo

trasporto - a spese del Commissario di Governo - presso siti di smaltimento, anche ubicati all'estero, del rifiuto solido urbano non ricevuto dalla ATI affidataria, nonché corresponsione o comunque assunzione dell'onere da parte del Commissariato stesso di finanziare almeno parte delle spese per lo smaltimento delle frazioni di rifiuto prodotte a valle della lavorazione; b) necessità per l'amministrazione appaltante di sostenere un dispendio di uomini e mezzi per contestare - anche in via di autotutela - all'ATI affidataria gli inadempimenti contrattuali, per pretendere le prestazioni dovute, per effettuare una nuova gara al fine di affidare ad altro soggetto la gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani raccolti in Campania; c) danno ambientale derivante dalla creazione di discariche composte da balle di rifiuto secco, falsamente qualificato come CDR, con deterioramento di risorse naturali; d) danno per gli enti comunali in ragione della corresponsione di una tariffa parametrata a un servizio non regolarmente adempiuto; e) danno rispettivamente per il Commissariato di Governo e per i Comuni per la mancata restituzione delle somme anticipate per la edificazione degli impianti nelle Province campane diverse da quella di Napoli nonché di tutte le somme a qualsiasi titolo assicurate e per l'omessa corresponsione delle royalties e delle somme comunque dovute siccome indicate nel contratto e nelle relative integrazioni; il tutto con la partecipazione attiva ed omissiva di G, H, I, i quali, nella qualità e con le condotte di seguito esposte, ed avendo assunto l'obbligo di sovrintendere e assicurare la corretta gestione del servizio di smaltimento di rifiuti solidi urbani, consentivano e non impedivano che la ATI affidataria ponesse in essere gli artifizii e raggiri sopra indicati, senza che la Presidenza del Consiglio dei Ministri e gli altri organismi pubblici richiamati acquisissero piena cognizione dell'inadempimento contrattuale della ATI affidataria.

Fatti commessi sulla base delle seguenti condotte soggettive:

J, amministratore delegato di A Spa e membro del comitato esecutivo della società medesima, sovrintendeva alla intera gestione del ciclo di smaltimento dei rifiuti solidi urbani prodotti nella Regione Campania ed effettuato a valle della raccolta degli stessi, e in tale qualità, partecipava alla presentazione di progetti esecutivi difformi dagli atti di gara e alla realizzazione di impianti difformi dai progetti approvati, nonché, acquisendo dati in ordine alle carenze tecniche e gestionali degli impianti, non impediva, realizzava e consentiva la perpetua violazione di tutti gli obblighi contrattuali sopra indicati, compreso il divieto di subappalto dei servizi, avendo cura di impartire direttive generali esclusivamente tese a presentare all'esterno una corretta gestione del servizio, nonché ad assicurare il profitto della cattiva gestione dello stesso; tra l'altro, sollecitando interventi tesi ad salvaguardare comunque il recupero delle balle di CDR non conformi alle specifiche contrattuali e normative;

K, direttore commerciale di E Spa e dirigente di A Spa, rappresentava la ATI affidataria nella fase di gara, concorreva nelle decisioni prese nella fase esecutiva, nonché, acquisendo dati in ordine alle carenze tecniche e gestionali degli impianti, non impediva, realizzava e consentiva la perpetua violazione di tutti gli obblighi contrattuali sopra indicati, compreso il divieto di subappalto dei servizi; tra l'altro, sollecitando interventi tesi ad salvaguardare comunque il recupero delle balle di CDR non conformi alle specifiche contrattuali e normative.

L, nella qualità di dirigente di M Spa, amministratore delegato nonché componente del comitato esecutivo di C Spa e D Spa - società di progetto istituite, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 3 del contratto della Provincia di Napoli e del contratto delle altre Province della Campania - sovrintendeva alla intera gestione del ciclo di smaltimento dei rifiuti solidi urbani prodotti nella Regione Campania ed effettuato a valle della raccolta degli stessi, e in tale qualità, partecipava alla presentazione di progetti esecutivi difformi dagli atti di gara e alla realizzazione di impianti difformi dai progetti approvati, nonché, acquisendo costantemente dati in ordine alle carenze tecniche e gestionali degli impianti, non impediva, realizzava e consentiva la perpetua violazione degli obblighi contrattuali sopra indicati; tra l'altro presentando progetti esecutivi difformi dagli atti di gara, impartendo direttive, sottoscrivendo atti interni e a rilevanza esterna, consentendo la gestione da parte di terzi delle discariche di servizio e del servizio di trasporto del materiale a valle del

processo di lavorazione, gestendo in maniera inefficace il trasporto di tutti i rifiuti, anche in relazione all'inadempimento dell'obbligo di ricevere comunque i rifiuti raccolti in Campania e di smaltirli, omettendo di promuovere e realizzare gli interventi tecnico gestionali necessari ad assicurare gli adempimenti contrattuali imposti, dissimulando e negando le violazioni contrattuali, anche riconducendole ad altrui responsabilità; tra l'altro ribadendo costantemente, in maniera mendace, nei rapporti esterni il rispetto del contratto da parte della ATI affidataria, come, tra l'altro, in occasione della redazione della nota datata 18 dicembre 2001 (cfr fal. 40, pag. 530 all. a nota GDF 7287 del 24/2/06) e di quella datata 8 agosto 2002, nelle quali attestava che dai report di prova il CDR mediamente rispettava i parametri principali del D.M. 5.2.98; disponendo e comunque consentendo, di nascosto e senza alcuna autorizzazione, la ricezione di rifiuto speciale da additivare al fine di ottenere un PCI del CDR conforme alle specifiche contrattuali; così sottacendo la inadeguatezza degli impianti ad osservare le prestazioni contrattuali, la cattiva gestione degli stessi e quindi l'inadempimento del contratto.

N, nella qualità di dirigente di M Spa, presidente del consiglio di amministrazione nonché componente del comitato esecutivo di C Spa e D Spa - società di progetto istituite, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 3 del contratto della Provincia di Napoli e del contratto delle altre Province della Campania - sovrintendeva alla intera gestione del ciclo di smaltimento dei rifiuti solidi urbani prodotti nella Regione Campania ed effettuato a valle della raccolta degli stessi, e in tale qualità, partecipava alla presentazione di progetti esecutivi difforni dagli atti di gara e alla realizzazione di impianti difforni dai progetti approvati, nonché, acquisendo costantemente dati in ordine alle carenze tecniche e gestionali degli impianti, non impediva, realizzava e consentiva la perpetua violazione degli obblighi contrattuali sopra indicati, compresi, tra l'altro, il divieto di subappalto del servizio.

O, in un primo momento nella qualità di amministratore delegato di E Spa, società partecipante e mandataria - nella procedura di gara - della ATI affidataria vincitrice delle gare per la gestione del servizio di smaltimento e recupero dei RSU prodotti nella Regione Campania, nonché, successivamente alla aggiudicazione del servizio, società preposta alla progettazione, realizzazione e gestione dei sette impianti di produzione di CDR, e in un secondo momento direttore generale di A Spa, dirigeva e sovrintendeva alla progettazione e realizzazione dei sette impianti di produzione di CDR, anche predisponendo la offerta di gara con le indicazioni delle tariffe offerte, nonché presentando progetti esecutivi difforni dagli atti di gara, dirigeva e sovrintendeva alla successiva gestione degli stessi e non impediva e comunque cagionava la perpetua violazione degli obblighi contrattuali sopra indicati, compreso il divieto di subappalto dei servizi; tra l'altro, realizzando impianti difforni dai progetti approvati e comunque tecnicamente inadeguati ad assicurare il rispetto degli obblighi contrattuali sopra indicati; impartendo direttive in ordine alla struttura e gestione degli impianti e al campionamento e analisi delle frazioni di rifiuto prodotte idonee a far apparire falsamente l'adempimento dell'obbligo di produrre CDR e gli altri materiali previsti in forza delle specifiche contrattuali; disponendo e comunque consentendo, di nascosto e senza alcuna autorizzazione, la ricezione di rifiuto speciale da additivare al fine di ottenere un PCI del CDR conforme alle specifiche contrattuali; emanando direttive in ordine ai limiti massimi di spesa per la gestione degli impianti, non consentendo costanti e tempestivi interventi manutentivi; omettendo di promuovere e realizzare gli interventi tecnico gestionali necessari ad assicurare gli adempimenti contrattuali imposti.

P, nella qualità di membro del comitato esecutivo di C Spa e D Spa e legale rappresentante di E Spa, società partecipante e mandataria - nella procedura di gara - della ATI affidataria vincitrice delle gare per la gestione del servizio di smaltimento e recupero dei RSU prodotti nella Regione Campania, nonché, successivamente alla aggiudicazione del servizio, società preposta alla progettazione, realizzazione e gestione dei sette impianti di produzione di CDR, dirigeva e sovrintendeva alla progettazione e realizzazione dei sette impianti di produzione di CDR, anche presentando progetti esecutivi difforni dagli atti di gara, dirigeva e sovrintendeva alla successiva

gestione degli stessi e non impediva e comunque cagionava la perpetua violazione degli obblighi contrattuali sopra indicati, compreso il divieto di subappalto dei servizi; tra l'altro, realizzando impianti difformi dai progetti approvati e comunque tecnicamente inadeguati ad assicurare il rispetto degli obblighi contrattuali sopra indicati; impartendo direttive in ordine alla struttura e gestione degli impianti e al campionamento e analisi delle frazioni di rifiuto prodotte idonee a far apparire falsamente l'adempimento dell'obbligo di produrre CDR e gli altri materiali previsti in forza delle specifiche contrattuali; disponendo e comunque consentendo, di nascosto e senza alcuna autorizzazione, la ricezione di rifiuto speciale da additivare al fine di ottenere un PCI del CDR conforme alle specifiche contrattuali; emanando direttive in ordine ai limiti massimi di spesa per la gestione degli impianti, non consentendo costanti e tempestivi interventi manutentivi; omettendo di promuovere e realizzare gli interventi tecnico gestionali necessari ad assicurare gli adempimenti contrattuali imposti.

Q nella qualità di responsabile della gestione impianti di E Spa, sovrintendeva alla gestione degli impianti di produzione di CDR e non impediva e comunque cagionava la perpetua violazione degli obblighi contrattuali sopra indicati; in tale qualità, tra l'altro, impartendo direttive, anche di prelievo, campionamento e analisi di rifiuti, approvando dati e relazioni di analisi; disponendo e comunque consentendo, di nascosto e senza alcuna autorizzazione, la ricezione di rifiuto speciale da additivare al fine di ottenere un PCI del CDR conforme alle specifiche contrattuali.

R, direttore operativo di C Spa e D Spa, poi responsabile della gestione degli impianti di E Spa, nonché presidente di F Spa, società addetta alla gestione operativa dei tre impianti di CDR della Provincia di Napoli, sovrintendeva alla gestione degli impianti di produzione di CDR, e in tale qualità acquisendo costantemente dati in ordine alle carenze tecniche e gestionali degli impianti, non impediva e cagionava la perpetua violazione degli obblighi contrattuali sopra indicati; tra l'altro, impartendo direttive, sottoscrivendo atti interni e a rilevanza esterna, nonché eseguendo le disposizioni impartite dagli organi sovraordinati; disponendo e comunque consentendo, di nascosto e senza alcuna autorizzazione, la ricezione di rifiuto speciale da additivare al fine di ottenere un PCI del CDR conforme alle specifiche contrattuali.

S, in qualità di direttore generale di C Spa e D Spa, nonché coordinatore della progettazione e direttore tecnico, sovrintendeva e dirigeva alla gestione del ciclo di smaltimento dei rifiuti solidi urbani prodotti nella Regione Campania ed effettuato a valle della raccolta degli stessi e non impediva e comunque cagionava la perpetua violazione degli obblighi contrattuali sopra indicati; tra l'altro attuando le direttive di L e degli altri organi sovraordinati, emanando disposizioni operative per la gestione dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani, verificando e sottoscrivendo relazioni relative al rapporto prove di capacità e caratterizzazione CDR e compost inerenti agli impianti di produzione di CDR - relazioni già evidenzianti il mancato rispetto delle specifiche tecniche contrattuali previste per i materiali a valle della lavorazione dei rifiuti solidi urbani - chiedendo autorizzazioni al Commissario di Governo per lo smaltimento e lo stoccaggio dei materiali a valle della lavorazione dei rifiuti solidi urbani, provvedendo alla gestione dei trasporti delle frazioni di rifiuto lavorate anche mediante ricorso al subappalto e consentendo la gestione delle discariche di servizio a mezzo di terzi; disponendo e comunque consentendo, di nascosto e senza alcuna autorizzazione, la ricezione di rifiuto speciale da additivare al fine di ottenere un PCI del CDR conforme alle specifiche contrattuali.

T e U, alle dipendenze di E Spa, responsabili rispettivamente dei tre impianti di produzione di CDR della Provincia di Napoli e dei quattro impianti di produzione di CDR delle altre Province della Campania, sovrintendevano al concreto funzionamento e alla cura degli impianti e non impedivano e comunque cagionavano la perpetua violazione degli obblighi contrattuali sopra indicati; tra l'altro, impartendo direttive tecnico operative sulla gestione degli impianti di produzione di CDR, avendo riguardo alla attività di ricezione, lavorazione dei rifiuti solidi urbani, stoccaggio all'interno degli impianti dei rifiuti prodotti, attribuzione mendace dei codici CER; disponendo e comunque consentendo, di nascosto e senza alcuna autorizzazione, la ricezione di rifiuto speciale da additivare

al fine di ottenere un PCI del CDR conforme alle specifiche contrattuali.

(...) tutti capi impianto rispettivamente degli impianti di produzione di CDR di Caivano, Giugliano, Tufino, Santa Maria Capua Vetere, Pianodardine, Casalduni e Battipaglia, sovrintendevano alla gestione del singolo impianto di riferimento in relazione agli obblighi contrattuali assunti dall'ATI affidataria e non impedivano e comunque cagionavano la perpetua violazione degli obblighi contrattuali sopra indicati; tra l'altro impartendo direttive al personale dell'impianto e attribuendo falsamente i codici CER al rifiuto in uscita; disponendo e comunque consentendo, di nascosto e senza alcuna autorizzazione, la ricezione di rifiuto speciale da additivare al fine di ottenere un PCI del CDR conforme alle specifiche contrattuali.

V, nella qualità di responsabile del laboratorio di E Spa di (...), sovrintendeva e assicurava la cura e gestione del laboratorio medesimo, ove venivano analizzate le frazioni di rifiuto prodotto negli impianti di CDR della Campania e non impediva, realizzava e consentiva la perpetua violazione degli obblighi contrattuali da parte della ATI affidataria della gestione del ciclo dei rifiuti solidi urbani in Campania; tra l'altro, redigeva certificati di analisi dei rifiuti prodotti negli impianti di CDR nonché relazioni illustrative dei risultati di analisi non corrispondenti ai dati emergenti dalle analisi di laboratorio relative ai campioni prelevati; impartiva disposizioni per prelevare campioni non rappresentativi del reale processo di lavorazione degli impianti, e comunque emetteva certificati di analisi non descrittivi della reale situazione lavorativa in corso presso gli impianti.

G, nella qualità di Commissario di Governo per l'emergenza rifiuti nella Regione Campania - in carica fino al febbraio 2004 - in base alla ordinanza 2425 del 18 marzo 1996 e succ. ordd. che individuava il Commissario nel Presidente della Giunta Regionale pro tempore e gli attribuiva i relativi poteri di cui all'art. 1 comma 1 e successive integrazioni e modifiche, sovrintendeva e assicurava la cura e l'attuazione della corretta gestione dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani, assimilabili e speciali anche per fare fronte al relativo stato di emergenza nella Regione Campania e non impediva, realizzava e consentiva la perpetua violazione degli obblighi contrattuali assunti dalla ATI affidataria in relazione alla gestione del ciclo dei rifiuti solidi urbani in Campania a valle della raccolta degli stessi; tra l'altro, a fronte della evidente e notoria mancata ricezione da parte della ATI affidataria di tutti i rifiuti solidi urbani prodotti in Campania, omettendo di promuovere e sollecitare iniziative volte a garantire il rispetto del suindicato obbligo contrattuale di ricezione da parte della ATI, nonostante nelle autorizzazioni commissariali alla messa in esercizio degli impianti fosse espressamente richiamato l'art. 29 del contratto; emanando ordinanze (tra cui la 617 del 2001, e 119 del 2002) che consentivano la violazione dell'obbligo contrattuale di assicurare, nelle more della realizzazione degli impianti di termovalorizzazione, il recupero energetico del CDR prodotto; emanando ordinanza (383 del 2001) che consentiva la violazione dell'obbligo in capo alla ATI affidataria di produrre compost idoneo a recuperi ambientali; consentendo e non impedendo la effettuazione da parte della ATI affidataria del subappalto dei trasporti dei rifiuti prodotti a valle della lavorazione effettuata presso gli impianti di CDR e del subappalto inerente alla gestione delle discariche di servizio; nonché omettendo di intraprendere iniziative dirette a contestare e comunque impedire le accertate violazioni contrattuali da parte delle società affidatarie.

H, nella qualità di vice Commissario per l'emergenza rifiuti nominato con ordinanza n. 3 del 1999, sovrintendeva e assicurava la cura e attuazione della corretta gestione dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani, assimilabili e speciali anche per fare fronte al relativo stato di emergenza nella Regione Campania e non impediva, realizzava e consentiva la perpetua violazione degli obblighi contrattuali assunti dalla ATI affidataria in relazione alla gestione del ciclo dei rifiuti solidi urbani in Campania a valle della raccolta degli stessi; tra l'altro, a fronte della evidente e notoria mancata ricezione da parte della ATI affidataria di tutti i rifiuti solidi urbani prodotti in Campania, omettendo di promuovere e sollecitare iniziative volte a garantire il rispetto del suindicato obbligo contrattuale di ricezione da parte della ATI, nonostante nelle autorizzazioni commissariali alla messa in esercizio degli impianti fosse espressamente richiamato l'art. 29 del contratto; emanando e concorrendo alla emanazione di ordinanze (tra cui la 617 del 2001, e 119 del 2002) che

consentivano la violazione dell'obbligo contrattuale di assicurare, nelle more della realizzazione degli impianti di termovalorizzazione, il recupero energetico del CDR prodotto; concorrendo alla emanazione di ordinanza (383 del 2001) che consentiva la violazione dell'obbligo in capo alla ATI affidataria di produrre compost idoneo a recuperi ambientali; consentendo alle affidatarie di non installare il separatore di alluminio, pur essendovi una specifica prescrizione in tutte le ordinanze di approvazione degli impianti circa la necessità di munire gli stessi di un separatore a correnti indotte; non impedendo e consentendo anche mediante adozione di apposite ordinanze e atti interni la realizzazione di impianti di CDR non conformi ai progetti approvati; adottando la ordinanza 391 del dicembre 2002 che consentiva alla società affidataria di derogare ai limiti del PCI e dell'umidità del CDR fino al 31 dicembre 2003; consentendo e non impedendo la effettuazione da parte della ATI affidataria del subappalto dei trasporti dei rifiuti prodotti a valle della lavorazione effettuata presso gli impianti di CDR e del subappalto inerente alla gestione delle discariche di servizio; nonché omettendo di intraprendere iniziative dirette a contestare e comunque impedire le accertate violazioni contrattuali da parte delle società affidatarie.

I, nella qualità di ingegnere capo dei lavori per gli impianti ubicati nella Provincia di Napoli, preposto all'ufficio tecnico del vice Commissario per l'emergenza rifiuti, nonché coordinatore della segreteria del vice Commissario, coadiuvava direttamente, anche assumendo direttamente rapporti esterni, il vice Commissario H medesimo in relazione alla cura e attuazione della corretta gestione dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani, assimilabili e speciali anche per fare fronte al relativo stato di emergenza nella Regione Campania e non impediva, realizzava e consentiva la perpetua violazione degli obblighi contrattuali da parte della ATI affidataria della gestione del ciclo dei rifiuti solidi urbani in Campania; tra l'altro, a fronte della evidente e notoria mancata ricezione da parte della ATI affidataria di tutti i rifiuti solidi urbani prodotti in Campania, omettendo di promuovere e sollecitare iniziative volte a garantire il rispetto del suindicato obbligo contrattuale di ricezione da parte della ATI, nonostante nelle autorizzazioni commissariali alla messa in esercizio degli impianti fosse espressamente richiamato l'art. 29 del contratto; concorrendo alla emanazione di ordinanze (tra cui la 617 del 2001, e 119 del 2002) che consentivano la violazione dell'obbligo contrattuale di assicurare, nelle more della realizzazione degli impianti di termovalorizzazione, il recupero energetico del CDR prodotto; concorrendo alla emanazione di ordinanza (383 del 2001) che consentiva la violazione dell'obbligo in capo alla ATI affidataria di produrre compost idoneo a recuperi ambientali; consentendo alle affidatarie di non installare il separatore di alluminio, pur essendovi una specifica prescrizione in tutte le ordinanze di approvazione degli impianti circa la necessità di munire gli stessi di un separatore a correnti indotte; non impedendo e consentendo anche mediante adozione di apposite ordinanze e atti interni la realizzazione di impianti di CDR non conformi ai progetti approvati; concorrendo alla adozione della ordinanza 391 del dicembre 2002 che consentiva alla società affidataria di derogare ai limiti del PCI e dell'umidità del CDR fino al 31 dicembre 2003; nonché omettendo di intraprendere iniziative dirette a contestare e comunque impedire le accertate violazioni contrattuali da parte delle società affidatarie.

Z, nella qualità di ingegnere capo dei lavori per gli impianti ubicati nelle Province campane diverse da Napoli e responsabile del procedimento, in relazione alla cura e attuazione della corretta gestione dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani, assimilabili e speciali anche per fare fronte al relativo stato di emergenza nella Regione Campania non impediva, realizzava e consentiva la perpetua violazione degli obblighi contrattuali da parte della ATI affidataria della gestione del ciclo dei rifiuti solidi urbani in Campania; tra l'altro adottando provvedimenti e pareri con cui consentiva la realizzazione di impianti di CDR non conformi ai progetti approvati, per parti incidenti sulla adeguata funzionalità degli stessi; consentendo alle affidatarie di non installare il separatore di alluminio, pur essendovi una specifica prescrizione in tutte le ordinanze di approvazione degli impianti circa la necessità di munire gli stessi di un separatore a correnti indotte; nonché omettendo di intraprendere iniziative dirette a contestare e comunque impedire le accertate violazioni contrattuali da parte delle società affidatarie.

Con l'aggravante di avere commesso i fatti ai danni dei Comuni ubicati in Regione Campania, dello Stato, in particolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri che, quale organo di protezione civile, disponeva, avvalendosi del Commissariato straordinario per l'emergenza rifiuti nella Regione Campania, l'effettuazione di una gara pubblica per l'affidamento del servizio di smaltimento di rifiuti solidi urbani; di avere commesso i fatti nella qualità rispettivamente di incaricati di pubblico servizio (i primi sedici) e di pubblici ufficiali gli ultimi; di avere cagionato un danno di particolare gravità.

In Napoli fatti ancora in corso.

Letta la richiesta del P.M. di applicazione alle persone giuridiche sopra indicate della misura interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ovvero di una delle meno gravose misure di cui all' art. 9 II comma lett. d) o e) D.Lvo n. 231/2001 per l'illecito amministrativo dipendente dal reato sopra indicato;

Rilevato che all'udienza camerale del 26.2.07 il P.M. procedeva a modificare ed integrare l'incolpazione preliminare nei sensi di cui sopra;

Sentite le parti all'udienza camerale del 7.5.07;

Letta la documentazione, le memorie, le consulenze e i pareri pro-veritate prodotti dalla difesa delle indagate;

Rilevato che nel corso del contraddittorio anticipato la difesa ha prospettato questioni preliminari al merito dirette ad ottenere una declaratoria di non luogo a provvedere sulla domanda cautelare così come formulata;

Ritenuto opportuno delineare sinteticamente la vicenda sottoposta alla presente verifica, evidenziare schematicamente i principali assunti fondanti l'impianto accusatorio, premettere una disamina dei principi generali che caratterizzano la discip(...) della responsabilità delle persone giuridiche per fatto illecito dipendente da reato, esaminare le questioni preliminari sollevate dalla difesa per poi passare alla valutazione del merito della domanda;

OSSERVA

§. Premessa

(omissis)

§. L'ambito contestativo

Il reato presupposto dell'illecito amministrativo di cui alla preliminare incolpazione, nei termini precisati nel corso dell'udienza camerale del 26.2.2007, è quello di truffa continuata, aggravata e tuttora in corso di esecuzione.

L'assunto è fondato su un compendio di elementi indiziari che, secondo la prospettazione accusatoria, sarebbero indicativi del malizioso silenzio diretto a dissimulare le note e gravi inefficienze impiantistiche e gestionali nonché del sistematico ricorso al mendacio e ad espedienti fraudolenti diretti alla simulazione di un corretto e regolare adempimento del servizio oggetto dei contratti.

La sussistenza di siffatti elementi specifici e caratterizzanti la fattispecie delittuosa in contestazione giustifica la configurabilità del concorso formale tra il reato di truffa e i reati di inadempimento e di frode contemplati dagli artt. 355 e 356 c.p., pure ipotizzati a carico degli indagati persone fisiche. Non appare, pertanto, alla stregua delle condotte in contestazione come specificamente descritte nell'incolpazione, condivisibile l'osservazione svolta dal prof. (...) nel parere pro-veritate depositato all'udienza del 7.5.2007 e cioè quella della sostanziale coincidenza delle condotte addebitate, qualificate sia ex art. 356 che ex art. 640 e asseritamente dimostrativa di "una fragilità intrinseca dell'addebito di truffa e di una strumentalità del medesimo ai fini del sorgere di una responsabilità amministrativa in capo agli enti, altrimenti non invocabile in relazione al reato di frode in pubbliche forniture".

Va, in primo luogo, precisato che, ai fini delle decisione da assumere nella presente fase, questo Giudice non può che valutare la fondatezza o meno, sotto il profilo della gravità indiziaria, delle sole proposizioni accusatorie sottoposte al suo vaglio e fondanti la domanda cautelare; raffronti con

preliminari addebiti ancora in fieri e non tradotti in definitive contestazioni esulano dalla presente verifica.

Inoltre, la lettura dell'incolpazione elevata, salvo il successivo approfondimento del merito, induce a ritenere soddisfatto l'obbligo di esauriente descrizione di un fatto sussumibile nella fattispecie delittuosa ipotizzata.

Sebbene, in ragione del ricorso ad una tecnica contestativa molto più dettagliata di quanto richiesto dall'attuale fase (l'art. 292 II comma lett. b prescrive, infatti, a pena di nullità, che l'ordinanza contenga "la descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate"), alcune specifiche condotte ascritte agli indagati sembrerebbero dimostrative di inadempimenti contrattuali non accompagnati né supportati dal ricorso a particolari inganni ed astuzie, nondimeno risultano abbondantemente descritti comportamenti obiettivamente decettivi, rilevanti e sufficienti alla astratta configurabilità del delitto di truffa.

La creazione dell'apparenza di un corretto e regolare adempimento del servizio, attraverso comportamenti omissivi e callidi nascondimenti, attraverso la falsa rappresentazione di produzione di compost e CDR conformi alle specifiche contrattuali, attraverso l'utilizzazione di codici CER non rappresentativi delle reali caratteristiche del rifiuto, attraverso la produzione di analisi alterate o comunque parziali, attraverso il ricorso a procedure di additivazione non consentite né autorizzate per incrementare il potere calorifico del CDR, essendo quello prodotto lontano dai parametri di riferimento sono, solo esemplificativamente, altrettante specificazioni del fatto sufficienti all'integrazione di una condotta obiettivamente fraudolenta, idonea all'induzione in errore e determinativa del conseguimento di un ingiusto profitto con corrispondente danno del deceptus. È opportuno, infine, precisare che, secondo interpretazione consolidata, l'espressione "commette frode" utilizzata dall'art. 356 c.p. non allude né richiede un comportamento subdolo o artificioso, né un movente o il perseguimento di un fine di lucro, né la produzione di un danno per l'ente pubblico, ma soltanto il dolo generico consistente nella consapevolezza di effettuare una prestazione diversa per quantità e qualità da quella dovuta.

La mala fede nell'esecuzione del contratto ed un obiettivo inadempimento degli obblighi inerenti al rapporto di pubblica fornitura sono sufficienti alla compromissione del bene giuridico tutelato dalla disposizione che è il buon funzionamento del pubblico ufficio o servizio e non l'integrità del patrimonio dell'ente pubblico.

Nell'articolato parere pro-veritate il prof. (...) espone una serie di riserve sull'addebito cautelare, sostenendo che il medesimo, per come è stato formulato, precluda ogni valutazione sull'astratta configurabilità dell'illecito amministrativo, impedendo l'esame nel merito della domanda cautelare ed imponendo l'adozione di una declaratoria di non luogo a provvedere.

Il percorso argomentativo seguito può essere sintetizzato come segue.

La responsabilità amministrativa dell'ente è il portato di una fattispecie complessa. Essa presuppone la commissione del reato presupposto da parte di soggetti che agiscano al suo interno, che l'illecito sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente e che ricorrano altresì elementi fattuali dimostrativi di una colpa organizzativa riferibile alla società.

Il fatto oggetto di contestazione amministrativa deve essere composto dal segmento propriamente amministrativo della condotta e da quello penale integrante il fatto presupposto, il quale ultimo deve essere fedele trasposizione della contestazione penale formulata nei confronti delle persone fisiche. Fatte queste premesse, il legale ha effettuato un raffronto tra l'addebito cautelare e l'addebito provvisorio contenuto nell'avviso di conclusione delle indagini preliminari notificato alle persone giuridiche e agli indagati persone fisiche, evidenziando tra le incolpazioni elevate rilevanti difformità sotto il profilo soggettivo e oggettivo.

Sotto il primo profilo difetterebbe la necessaria coincidenza soggettiva, posto che nell'addebito amministrativo risultano compresi nominativi di soggetti estranei all'addebito penale. Tra gli indagati autori del reato presupposto nell'addebito cautelare figurano O e Z che, viceversa, non compaiono nella corrispondente incolpazione di cui agli avvisi ex art. 415 bis c.p.p. notificati agli

indagati e alle persone giuridiche.

Sotto il secondo profilo, quello oggettivo, non vi sarebbe piena coincidenza delle condotte materiali ascritte con la conseguenza che il reato presupposto sarebbe descritto in modo parzialmente diverso nell'addebito penale e in quello amministrativo.

Il proprium amministrativo della contestazione sarebbe poi del tutto carente, difettando qualsivoglia accenno all'interesse o vantaggio della società e al dato fattuale che fonda il criterio di imputazione soggettiva: l'inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza per il reato commesso da soggetto eterodiretto; la mancata adozione ante factum di un idoneo ed efficace modello di organizzazione per il reato commesso da soggetti in posizione apicale.

L'assenza, allo stato attuale, di una contestazione giuridicamente rilevante ai fini della invocata responsabilità amministrativa dovrebbe comportare una pronuncia di non luogo a provvedere sulla domanda cautelare.

La divergenza tra contestazione penale e illecito amministrativo importerebbe, altresì, la nullità, ex art. 178 lett. c) c.p.p., dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari notificato alle persone giuridiche.

Le argomentazioni testè sintetizzate risultano destituite di fondamento sia in punto di diritto che in punto di fatto.

Il criterio di imputazione del reato all'ente è contemplato dall'art. 5 del Dlvo n. 231/2001. Il presupposto oggettivo della responsabilità amministrativa dipendente da reato è che una delle fattispecie delittuose espressamente indicate negli artt. 24 e ss del decreto sia realizzata nell'interesse o a vantaggio dell'ente da persone che agiscono al suo interno. Esse sono individuate: a) nei soggetti che rivestono posizioni apicali (funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente ovvero di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da coloro che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo); b) nei soggetti sottoposti alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

La finalizzazione della condotta al conseguimento dell'interesse dell'ente ovvero il conseguimento di un vantaggio da parte dell'ente è sufficiente sotto il profilo obiettivo per l'insorgenza della relativa responsabilità che è testualmente esclusa (art. 5 comma 2) solo quando gli autori dell'illecito abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Non è possibile, pertanto, ipotizzare alcuna responsabilità tutte le volte in cui i fatti illeciti siano stati realizzati nell'interesse esclusivo dell'agente, per un fine personalissimo proprio o di terzi, dunque con condotte estranee alla politica di impresa e non dettate dalla politica di impresa.

L'aggettivo che qualifica l'interesse, "esclusivo", induce a ritenere la configurabilità della responsabilità amministrativa anche quando l'autore del reato abbia agito per il perseguimento di un interesse proprio concorrente con quello della persona giuridica nel cui interno agisce.

Gli artt. 6 e 7 del decreto individueranno, viceversa, i criteri c.d. di imputazione soggettiva.

L'art. 6 prevede, infatti, che nell'ipotesi di reato commesso da soggetto in posizione apicale, l'ente non risponde se prova, cumulativamente e non alternativamente: a) che l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) che il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli e di curarne l'aggiornamento sia stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) che i soggetti autori dell'illecito abbiano commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

L'art. 7, nel caso di reato commesso da soggetto eterodiretto, imputa all'ente la relativa responsabilità se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza da parte dei soggetti in posizione apicale, ma, al II comma, con presunzione iuris et de iure, esclude in ogni caso l' inosservanza degli obblighi di direzione e di controllo, se l'ente, prima della commissione del fatto, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di

organizzazione., gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Ebbene, l'esclusione della responsabilità dell'ente determinata dalla tempestiva adozione ed efficace attuazione di un idoneo modello comportamentale è elemento di per sé sufficiente ad escludere la responsabilità dell'ente solo nell'ipotesi di reato commesso da dipendente; non è idonea ad escluderne la responsabilità nell'ipotesi di reato commesso da soggetto in posizione apicale, perché in tal caso l'ente deve dimostrare anche che sia stata realizzata da parte dell'autore dell'illecito una condotta fraudolenta elusiva delle prescrizioni.

Ma soprattutto l'enunciato normativo è esplicito nel prevedere che tutte le concorrenti condizioni contemplate nelle lettere a), b), c) e d) dell'art. 6 I comma, idonee ad esentare l'ente da responsabilità, siano oggetto di un onere della prova a carico dell'interessato ("l'ente non risponde se prova").

Ed è proprio l'esplicita previsione dell'inversione dell'onere della prova che induce a ritenere il reato già perfetto e completo in tutti i suoi elementi costitutivi allorché ricorrano le condizioni di cui all'art. 5: reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da parte di soggetto che rivesta al suo interno una posizione apicale. Diversamente opinando, la prova dell'elemento costitutivo dell'illecito dovrebbe essere fornita, secondo le ordinarie regole, dall'accusa, mentre aver attribuito l'onere probatorio della sussistenza delle ridette condizioni alla persona giuridica ne evidenzia la loro natura di elemento impeditivo e cioè di elemento idoneo a paralizzare le conseguenze giuridiche connesse alla sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito.

La soluzione adottata dal legislatore delegato appare la conseguenza di un compromesso determinato dal distacco del decreto legislativo rispetto ai criteri segnati dalla legge di delega. L'art. 11 della legge delega non richiedeva, infatti, alcuna condizione ulteriore agli elementi di cui all'art. 5, nell'ipotesi di commissione del reato da parte di soggetto apicale, giacché il soggetto in posizione apicale è esso stesso espressione della volontà e della politica dell'ente, in nome e per conto del quale agisce, secondo il generale principio di identificazione, connaturale alla rappresentanza organica e valido per ogni rapporto negoziale e processuale.

La deroga al cennato principio sembrerebbe essere stata determinata dalla considerazione che, nelle attuali complesse realtà aziendali, il management si sviluppa non più solo in senso verticistico, ma anche orizzontale; che, tra i soggetti apicali, sono stati inseriti non solo coloro che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione e direzione dell'ente, ma anche coloro che siano preposti ad una unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale; che il principio di immedesimazione viene meno nell'ipotesi di amministratore infedele che agisca eludendo fraudolentemente i controlli della persona giuridica.

Tali considerazioni hanno evidentemente suggerito al delegato di adottare una disciplina di esenzione della responsabilità dell'ente, differenziandola in ogni caso dall'ipotesi in cui il reato risulti commesso dal sottoposto, è ciò in ragione proprio della particolare qualità dei soggetti apicali.

Quindi, ben può concludersi che quando il reato è commesso da un vertice il requisito soggettivo di responsabilità dell'ente è soddisfatto, giacché il vertice rappresenta ed esprime la politica di impresa. L'illecito amministrativo è, dunque, perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi. Ove così non fosse, dovrà essere la società a dimostrare la sua estraneità, provando la sussistenza di una serie di condizioni concorrenti: l'assenza di una colpa di organizzazione, attraverso l'adozione di modelli operativi idonei ed efficaci; la vigilanza sulla effettiva operatività dei modelli e sulla loro osservanza, ma soprattutto dovrà dimostrare che il comportamento integrante il reato sia stato commesso dal suo vertice, eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione, agendo infedelmente contro l'interesse dell'ente al suo corretto funzionamento. Ma vi è di più. Non è sufficiente che si dia la prova dell'infedeltà dell'apice, occorre altresì che non sia ravvisabile alcuna colpa da parte dell'ente, il quale deve fornire la prova di aver adeguatamente vigilato, attraverso l'organo di vigilanza, al fine di assicurare la conformità delle decisioni dell'apice agli standard di legalità preventiva.

Inoltre, e a fortiori, il perfezionamento della fattispecie di responsabilità amministrativa, nel caso di reato commesso da soggetto in posizione apicale, in presenza dei soli elementi di cui all'art. 5 è vieppiù avvalorata dalla disposizione contemplata nel V comma dell' art. 6, il quale espressamente dispone in ogni caso la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato e dunque anche nell'ipotesi in cui la persona giuridica abbia assolto il suo onere dimostrando la sussistenza di tutte le condizioni che determinano un esonero da responsabilità.

Risulta, pertanto, confermata la natura di elemento impeditivo e non costitutivo di siffatte condizioni (prima tra tutte l'adozione ante factum di idonei ed efficaci modelli di organizzazione e di gestione) nonché di elemento idoneo a paralizzare alcuni, ma non tutti, gli effetti giuridici sfavorevoli dipendenti dalla commissione dell'illecito che, sussistendo le condizioni di cui all'art. 5, deve ritenersi perfezionato in tutti i suoi elementi costitutivi. Del resto non va sottaciuto che la confisca non è una misura di sicurezza ma una delle sanzioni amministrative contemplate dal decreto (art.19 I comma lett c) e, dunque, in quanto tale, presuppone necessariamente una previa attribuzione di responsabilità.

Viceversa, nel caso di reato commesso da sottoposto, la responsabilità dell'ente resta esclusa dall'adozione, ante factum, di idonei ed efficaci modelli di organizzazione e, stando alla lettera della norma, sembrerebbe che l'onere della prova della mancata adozione e della inefficace attuazione dei medesimi graverebbe, viceversa, sull'accusa, non essendo riprodotta la locuzione "l'ente non risponde se prova". Siffatta conclusione non appare, invero, condivisibile, posto che, poiché la valutazione che il giudice dovrà compiere sul modello è identica in entrambe le fattispecie (sia che il reato sia commesso da soggetto apicale, sia che sia commesso da sottoposto) e comporta una disamina del suo contenuto – sotto il profilo dell'idoneità – e della sua attuazione – sotto il profilo dell'efficacia – sarà indubbiamente interesse dell'ente che al riguardo risulta obiettivamente dotato di maggiori poteri conoscitivi dimostrare, in ambedue i casi, l'adozione di idonei strumenti comportamentali ma soprattutto dimostrarne l'efficace attuazione attraverso l'effettiva e costante implementazione del modello, così validamente interloquendo sull'istanza di coercizione ovvero sulla contestazione formulata.

Tale premessa si è resa necessaria per dimostrare l'erroneità del dedotto difetto di contestazione nell'addebito cautelare dei dati fattuali fondanti la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, sotto il profilo dell'omessa contestazione dell'insussistenza dei ridetti elementi impeditivi.

Al contrario la lettura dell'incolpazione non autorizza alcuna censura al riguardo, avendo l'accusa descritto esaurientemente il fatto reato presupposto, descritto le condotte dei soggetti che hanno agito all'interno dell'ente, specificandone le rispettive posizioni apicali e/o subordinate; indicato con sufficiente chiarezza il "cui prodest", specificando la finalizzazione e l'effetto delle condotte, realizzate nell'interesse delle società componenti l'ATI affidataria e che hanno procurato alle medesime il profitto consistente nel mantenimento dei contratti di servizio, nella prosecuzione dell'attività di gestione con incameramento della tariffa di smaltimento ecc.; ricomprendendo le condotte delittuose ascritte ai dipendenti nel più generale contesto di un'omogenea e condivisa politica di impresa e descrivendo le medesime, non quale frutto di autonome determinazioni, la cui realizzazione è stata resa possibile dalla violazione degli obblighi di direzione e vigilanza, quanto come puntuale esecuzione di precise direttive dirigenziali.

Quanto, poi, alla dedotta divergenza tra addebito cautelare e contestazione del reato presupposto, va precisato che la prospettata "patologia processuale" è del tutto insussistente ed è il frutto di un'evidente confusione tra portata, funzione e contenuto dell'avviso ex art. 415 bis e portata, funzione e contenuto dell'imputazione formale elevata a seguito dell'esercizio dell'azione penale. Basta confrontare la disposizione di cui all'art. 415 bis c.p.p. ("l'avviso contiene la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede e delle norme che si assumono violate") e quelle degli artt. 417 c.p.p. e 59 D.Lvo n. 231/2001, a proposito dei requisiti formali della richiesta di rinvio a giudizio e della contestazione dell'illecito amministrativo a seguito di esercizio dell'azione penale

("enunciazione in forma chiara e precisa del fatto") per escludere la necessaria corrispondenza tra addebito provvisorio ed imputazione. L'enunciazione del fatto attraverso l'avviso ex art. 415 bis è finalizzata, dunque, alla sola instaurazione di un contraddittorio sul piano investigativo e non, viceversa, a perimetrare l'oggetto della decisione sul merito in sede processuale che si consegue attraverso il formale esercizio dell'azione penale, giacchè solo con la formulazione dell'imputazione l'enunciazione del fatto diviene necessario e strumentale al contraddittorio sulla prova e sul punto responsabilità. La provvisorietà dell'addebito, tipica della fase delle indagini preliminari, preclude, tanto più nella fase incidentale della cautela, di attribuire decisiva rilevanza, ai fini della verifica della domanda cautelare, a provvisorie divergenze soggettive ed oggettive nella enunciazione del reato presupposto, del tutto superabili con l'elevazione della formale imputazione e, addirittura, nel corso dell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 423 c.p.p., in tal modo assicurando la coincidenza tra l'illecito penale ascritto alle persone fisiche e il reato da cui dipende l'illecito amministrativo. Del resto, è francamente inesigibile la formulazione di una sorta di imputazione non modificabile in una fase ancora fluida del procedimento, quale è quella delle indagini preliminari.

Nel caso in esame, il P.M., sulla base delle preesistenti acquisizioni investigative, negli avvisi ex art. 415 bis spediti nel settembre 2006 ha provveduto all'enunciazione sommaria dei fatti, in data 9.11.2006 ha proceduto all'iscrizione dell'indagato O nel registro di notizie di reato, con l'istanza di coercizione ha formulato un addebito cautelare parzialmente difforme dalla enunciazione del fatto contenuta negli avvisi, ulteriormente precisandolo e modificandolo, nel contraddittorio delle parti, all'udienza del 26.2.2007, e così procedendo all'adeguamento, consentito dalla fluidità della fase, dell'addebito provvisorio al materiale investigativo già acquisito e solo ulteriormente vagliato.

In ragione del prescritto contraddittorio anticipato, nelle udienze camerale celebrate ai sensi dell'art. 47 D.lvo n. 231/2001 la difesa ha avuto modo di interloquire sulla richiesta di cautela.

Eventuali future violazioni potranno essere eccepite nella sede propria e sempre nella sede propria che è quella dell'udienza preliminare potranno essere eccepite eventuali nullità dell'avviso ex art. 415 bis.

Parte I

Dalla partecipazione alla gara alla stipula dei contratti
(omissis)

Parte II

Le difformità tra il progettato e il realizzato
(omissis)

Parte III

La simulazione della corretta produzione di combustibile derivato da rifiuti
(omissis)

Parte IV

La falsa dichiarazione di produzione di compost idoneo a recupero ambientale
(omissis)

Parte V

Gravità indiziaria ed esigenze cautelari

§. 5.1 I gravi indizi del reato presupposto

Le risultanze sopra analizzate costituiscono, dunque, il compendio degli elementi indiziari rispetto al quale va effettuata la verifica, nei limiti e con le finalità imposte dalla fase incidentale della cautela, della fondatezza della domanda di coercizione e delle singole proposizioni accusatorie in cui si articola l'addebito cautelare.

Come precisato dall'Accusa il reato presupposto ipotizzato a carico delle persone fisiche si sostanzia in una condotta più ampia rispetto a quella rilevante ai fini della responsabilità delle persone giuridiche, siccome comprensiva dei comportamenti decettivi realizzati in epoca antecedente all'entrata in vigore del decreto legislativo sulla responsabilità amministrativa degli enti, ma che costituiscono la premessa fattuale e logica dei comportamenti fraudolenti successivi fondanti la

responsabilità delle odierne indagate.

I plurimi comportamenti attivi ed omissivi in contestazione sarebbero, dunque, riconducibili ad un'iniziale preordinazione di fondo, sorretti da un evidente collegamento intellettuale, volitivo e finalistico, contraddistinti dalla medesimezza del disegno criminoso.

La figura criminosa della truffa contrattuale è configurabile, come è noto, non soltanto nella fase della conclusione del contratto, ma anche in quella della sua esecuzione.

Per la realizzazione della prima è sufficiente, che una delle parti, pur senza ricorrere ad espedienti connotati da particolare artificiosità, durante l'iter formativo del contratto, dichiari falsamente di essere in grado di adempiere la futura obbligazione ovvero serbi un malizioso silenzio su circostanze ostative all'esatto adempimento, così creando un erroneo convincimento nella controparte e inducendola all'assunzione, altrimenti ingiustificata, di obbligazioni.

Quanto alla truffa contrattuale nell'esecuzione del rapporto occorre distinguere l'ipotesi in cui il comportamento decettivo, realizzato nella fase esecutiva, consegua ad una fraudolenta conclusione del negozio giuridico da quella in cui sia realizzato nel corso di un rapporto lecitamente instaurato.

Nel contesto di un rapporto correttamente e lecitamente instaurato, la fattispecie delittuosa deve ritenersi integrata tutte le volte in cui il contraente non si limiti al mero inadempimento degli obblighi assunti, ma contravvenga al rispetto delle modalità esecutive della prestazione, inizialmente concordate con la controparte, realizzando condotte artificiose idonee a sorprendere la buona fede di quest'ultima sotto la parvenza di una regolare esecuzione dell'attività negoziale.

Viceversa, l'attività ingannatoria realizzata nell'esecuzione del rapporto, diretta a dissimulare l'inadempimento ovvero a simulare il corretto adempimento degli obblighi assunti attraverso un contratto già fraudolentemente concluso, si configura quale concreta specificazione e pratica attuazione di un'unica preordinazione di fondo che cementa e avvince le singole condotte illecite realizzate nel momento genetico e in quello dinamico del rapporto contrattuale.

Il dato probatorio acquisito, la cui valutazione non può prescindere dalla specificità della vicenda oggetto di esame, dalla peculiarità dell'iter di conclusione dei contratti e dalla qualità di soggetto pubblico della controparte contrattuale, induce a ritenere positivamente verificata la contestazione di una condotta fraudolenta continuata realizzata sin dalla partecipazione alla gara di appalto e reiterata nel corso della gestione del servizio appaltato. Quella realizzata nello svolgimento del rapporto contrattuale, dagli stessi vertici aziendali persone-fisiche e comunque nella prosecuzione della medesima politica di impresa è la condotta costituente reato da cui dipende la responsabilità amministrativa in contestazione.

E' opportuno, prima di riepilogare le risultanze che autorizzano e giustificano la conclusione testè accennata, svolgere alcune ulteriori considerazioni sulla fattispecie delittuosa come delineata dalla disposizione normativa e ricostruita nella costante interpretazione giurisprudenziale, al fine di verificare la correttezza dell'imputazione provvisoria sotto il profilo dell'esatta individuazione dell'evento del reato e del momento consumativo del medesimo.

Nell'addebito originario, formulato al momento della proposizione della domanda di cautela, il P.M. ha contestato la commissione dell'illecito continuato sino al maggio 2004, così delimitando la condotta penale fondante la responsabilità amministrativa degli enti.

Nella formulazione successiva, a seguito delle modifiche apportate nel corso dell'udienza del 26.2.2007, sono state contestate ulteriori condotte truffaldine realizzate in epoca successiva al maggio 2004 ed è stata integrata la specificazione dei profitti conseguiti e dei danni cagionati. L'ingiusto profitto conseguito dalle ATI affidatarie è stato individuato nel mantenimento dei contratti di appalto (conclusi dopo l'aggiudicazione dell'appalto, a sua volta profitto della condotta fraudolenta contestata alle sole persone fisiche, ma non a quelle giuridiche, in applicazione del principio di cui all'art. 2 D.lvo n. 231/2001), nell'edificazione degli impianti di produzione di CDR e nel diritto all'edificazione dei termovalorizzatori, nella prosecuzione, ad onta dei reiterati inadempimenti contrattuali, dell'attività di gestione del servizio con conseguente incameramento della tariffa di smaltimento dei RSU conferiti, delle maggiori somme determinate dal suo

adeguamento biennale, della percentuale prevista per l'attività di riscossione delle somme dovute dai comuni, di tutte le somme percepite a vario titolo in ragione dell'attività svolta e non girate ai comuni nonché nella maturazione di crediti certi, liquidi ed esigibili per l'attività di ricezione dei RSU, nell'acquisizione e mancata restituzione dell'importo di 53 milioni di euro erogato dal Commissario di Governo per la costruzione degli impianti di CDR nelle Province diverse da quelle di Napoli, nel risparmio di costi e spese nello smaltimento dei RSU non ricevuti presso gli impianti e nel mancato esborso delle somme necessarie per lo smaltimento delle frazioni di rifiuto prodotte a valle della lavorazione.

Il danno cagionato è stato individuato nelle spese sostenute dalla stazione appaltante per l'allestimento e la gestione di siti di trasferimento e di stoccaggio dei RSU non conferiti agli impianti a causa delle interruzione del servizio di ricezione da parte delle affidatarie, nelle spese sostenute dal Commissariato per lo smaltimento, anche all'estero, del rifiuto solido urbano non ricevuto dalle affidatarie nonché di quelle sostenute per lo smaltimento delle frazioni di rifiuto prodotte a valle della lavorazione (in particolare smaltimento di FOS e sovvalli), nel dispendio di uomini e mezzi per contestare, anche in via di autotutela, gli inadempimenti contrattuali, pretendere le prestazioni dovute, indire nuove gare per affidare ad altri la gestione del servizio di smaltimento, nel danno ambientale derivante dalla creazione di discariche composte da balle di rifiuto secco, falsamente qualificato come CDR, nel danno per gli enti comunali rappresentato dalla corresponsione di una tariffa di smaltimento a fronte di un servizio non regolarmente adempiuto, nel danno per il commissariato consistente nella mancata restituzione dell'importo anticipato per l'edificazione degli impianti e nel danno per i comuni, titolari del diritto al ristoro ambientale, per la mancata ricezione delle royalties indebitamente trattenute dalle affidatarie.

Quanto al tempus commissi delicti, i fatti sono stati contestati come ancora in corso, benchè le condotte materiali truffaldine siano tutte antecedenti alla risoluzione dei contratti e i contratti siano stati, invero, risolti ex lege, con decorrenza 15.12.2005.

L'individuazione del momento di consumazione del reato non è indifferente ai fini della decisione, posto che esso rileva sia per delimitare temporalmente l'indagine sul comportamento ante factum dell'ente eventualmente idoneo a esentarlo da responsabilità, sia sotto il profilo dell'individuazione del profitto quale immediata conseguenza economica dell'azione criminosa su cui eventualmente imporre il vincolo di cautela di reale.

Dalla lettura delle note integrative alla richiesta di sequestro preventivo, depositate in data 23.4.07, si evincono le ragioni che hanno indotto l'accusa a riconsiderare il tempo di commissione dell'illecito.

Il P.M. sostiene che, nel caso in esame, l'ingiusto profitto è rappresentato non solo dalla semplice aggiudicazione dei contratti, ma dal loro illecito e perdurante mantenimento con il conseguimento di tutte le utilità connesse alla prosecuzione del rapporto, ivi compreso il diritto alla costruzione del termovalorizzatore che rappresenta una forma di profitto eziologicamente riconducibile non solo alla stipula, ma anche all'illecito mantenimento in essere del contratto e che costituisce un indubbio accrescimento patrimoniale.

Senza la prosecuzione del rapporto l'edificazione del termovalorizzatore non sarebbe mai stata intrapresa e, d'altro canto, sarebbe irrilevante la circostanza della realizzazione della costruzione con oneri finanziari propri dell'impresa, posto che il diritto a costruire l'impianto di per sé solo determina un'evidente utilità e "un accrescimento della sfera giuridica soggettiva in guisa da concretizzare materialmente e patrimonialmente tale diritto".

La sopravvenuta disposizione normativa che ha risolto i contratti di servizio, imponendo alle società affidatarie di proseguire nell'esecuzione del servizio e nell'edificazione degli impianti di termovalorizzazione, non avrebbe inciso sulla dinamica del delitto di truffa, giacchè, sotto il profilo strutturale, la fattispecie non prevede necessariamente una contestualità logica e temporale tra condotta artificiosa, induzione in errore ed evento finale.

Una volta innescato il meccanismo causale mediante l'effettuazione della condotta tipica ed esclusa

ogni interferenza esterna che si ponga come esclusivo fattore eziologico del risultato successivamente verificatosi, la realizzazione del termovalorizzatore e dell'utilità che esso rappresenta, "appare essere evento in corso del reato".

Secondo la ricostruzione accusatoria, dunque, la condotta tipica della fattispecie si è esaurita con la risoluzione del contratto, posto che le condotte artificiali dedotte in contestazione risultano essere state perpetrate nel corso del rapporto contrattuale e sino alla sua risoluzione; viceversa è in corso di realizzazione l'evento del reato e cioè il perseguimento dell'ingiusto profitto rappresentato dal completamento della costruzione del termovalorizzatore e dall'incremento di ricchezza patrimoniale ed economica che esso rappresenta.

Ebbene, l'iter motivazionale appena sintetizzato, ma soprattutto le conclusioni che da esso si traggono ai fini dell'individuazione del momento di consumazione dell'illecito, non sono condivisibili.

Certamente l'ingiusto profitto che costituisce uno degli elementi consumatori del reato ben può non essere connotato da un immediato profilo di patrimonialità e, viceversa, consistere nell'accrescimento del patrimonio giuridico dell'agente o in qualsiasi utilità propedeutica al conseguimento del vantaggio economico stretto senso inteso.

Sotto tale profilo, indubbiamente, acquisito il diritto ad edificare il termovalorizzatore mediante l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del contratto di servizio, il successivo conseguimento, attraverso l'approvazione del progetto, dei presupposti (autorizzazioni, titoli abilitativi et similia) per il suo concreto esercizio; il conseguimento, attraverso la consegna dei lavori, della concreta possibilità di intraprenderne materialmente la costruzione, rappresentano ulteriori utilità ingiustamente conseguite siccome direttamente riconducibili all'illecito mantenimento in vita del contratto e all'attività delittuosa realizzata, mentre non appare corretto considerarle quali componenti di un profitto ancora in itinere sotto il profilo della sua realizzazione e che sarà definitivamente conseguito, comportando un materiale incremento patrimoniale, con il completamento della costruzione.

Ed invero, il momento consumativo del delitto di truffa, che è reato di danno, non coincide con il conseguimento dell'ingiusto profitto, bensì con l'effettiva produzione del danno.

Il bene giuridico tutelato è quello dell'integrità del patrimonio e non la libertà o la sola libertà di consenso della vittima nei negozi giuridici, né il mero pericolo di depauperamento, né, quando soggetto passivo sia la P.A., valori distinti da quello immediatamente economico-patrimoniale. Sebbene il danno, nella sua accezione strettamente economica, non debba apprezzarsi in termini di diretto collegamento con l'ingiusto profitto- nella cui nozione rientra qualsiasi utilità o vantaggio non necessariamente coincidente con una speculare deminutio patrimonii- esso rappresenta pur sempre il momento consumativo della truffa, giacché l'evento non si realizza se non quando si sia verificata l'effettiva lesione del bene giuridico tutelato.

Il profitto è, dunque, uno degli elementi dell'evento; il danno ne costituisce l'ultimo elemento integratore e la sua verifica segna la consumazione del reato.

Se non è ontologicamente necessaria la contestualità temporale tra profitto – danno, il secondo, se non contemporaneo, può essere solo successivo al profitto, ma mai antecedente al conseguimento del medesimo.

Con l'imputazione provvisoria oggetto di verifica l'accusa ha contestato un reato consumato, specificamente individuando tutti i danni di natura patrimoniale prodotti dalla condotta tipica ormai conclusasi, sebbene contestualmente abbia prospettato il fatto-reato ancora in corso, non essendosi interamente e completamente realizzato l'ingiusto profitto che ne rappresenta l'evento.

Ed allora, perché possa correttamente prospettarsi sotto il profilo giuridico un evento ancora in corso, peraltro non immediatamente ricollegabile alla condotta criminosa tipica, ma per la cui realizzazione è necessaria l'ulteriore attività materiale consistente nell'edificazione del termovalorizzatore e attraverso la quale sarebbe concretamente perseguito il completo conseguimento e consolidamento dell'ingiusto profitto, è necessario che a tale precipuo profitto

corrisponda un ulteriore danno, non indicato dall'accusa e nemmeno francamente individuabile, giacchè non è prospettabile, sotto tale specifico profilo, una distinta e diversa lesione di natura patrimoniale.

Vi è, poi, da considerare che l'art. 1 comma 7 L. n. 27/2006 ha dichiarato la risoluzione dei contratti di appalto, con salvezza degli eventuali diritti derivanti dai rapporti contrattuali risolti, e, contestualmente, sino alla nuova aggiudicazione dell'appalto, ha giuridicamente vincolato le società a proseguire nella gestione del servizio nel rispetto puntuale dell'azione di coordinamento del Commissario delegato e le ha, altresì, vincolate alla prosecuzione dell'edificazione dei termovalorizzatori.

La scelta del legislatore, dettata da ragioni di opportunità politica per l'importanza che gli impianti di termovalorizzazione rivestono ai fini del superamento della fase emergenziale, ha determinato anche il conseguimento di un indiretto vantaggio per le affidatarie, obbligate per legge ad un fare che coincide con il proprio interesse di impresa, ma che certamente non amplia né consolida un vantaggio riconducibile alla condotta illecita e, dunque, sussumibile nella nozione di profitto del reato.

La condotta delle società che hanno proseguito nella costruzione dell'impianto, di fatto sostenendone l'onere economico, attraverso l'anticipazione dei mezzi finanziari, così volgendo a proprio vantaggio l'obbligo di legge, è una condotta, suscettibile di apprezzamento ai fini della valutazione della personalità dell'ente, per le ragioni che saranno meglio esplicitate in seguito, ma neutra e subvalente ai fini del perfezionamento dell'evento della fattispecie delittuosa in contestazione, la cui consumazione deve ritenersi coincidente con la risoluzione dei contratti, in difetto di successivi e distinti dati fattuali, né contestati né desumibili dagli atti, deponenti in ordine alla reiterazione di attività delittuosa e al conseguimento di ulteriori profitti correlati a distinte lesioni patrimoniali.

Così temporalmente delimitata la vicenda oggetto di verifica, poche e ad abundantiam sono le ulteriori considerazioni da svolgere sulla completezza, esaustività e franca gravità del quadro indiziario raggiunto.

La disamina dei sovrabbondanti elementi probatori, dei quali si è tentato di dare completa relazione, autorizza ed impone la formulazione di un giudizio di qualificata probabilità sulla sussistenza del reato presupposto nei suoi estremi oggettivo e soggettivo.

Il vaglio critico delle complesse risultanze probatorie ne impone necessariamente una considerazione unitaria e completa, nell'ottica di una ricostruzione esaustiva del fatto nelle molteplici articolazioni di cui esso si compone e nell'ottica tipica dell'accertamento penale per il quale è assolutamente imprescindibile la lettura sinottica dei dati probatori e la contestualizzazione delle condotte al fine di apprezzarne la loro concreta valenza criminosa.

Ed allora, i dati fattuali, sopra partitamente analizzati e a cui si fa integrale rinvio, dotati di sicuro valore semantico, precludono obiettivamente ricostruzioni alternative, confliggenti o comunque idonee a contrastare seriamente ed efficacemente l'impianto accusatorio.

Le dichiarazioni di (...); la documentazione caduta in sequestro, le mails, le comunicazioni interne, le note propositive, ma anche riepilogative dell'esito di specifiche riunioni tenutesi tra i vertici delle singole società in epoca immediatamente successiva all'aggiudicazione dell'appalto, concludono la mendacità della proposta progettuale, della quale era già nota sin dall'inizio la sua concreta irrealizzabilità e, dunque, la pratica impossibilità di tener fede ad impegni solo formalmente assunti al fine di conseguire l'aggiudicazione (" la volontà dell'azienda era quella di presentare un progetto tale da poter prevalere sugli altri", così (...) nelle sit del 26.10.06 in allegato 26).

Le reali intenzioni sono state direttamente esplicitate solo nel corso del presente procedimento e nelle dichiarazioni rese all'autorità inquirente; esse emergono dalle parziali ammissioni di (...), dalle dichiarazioni di (...), da quelle complete e pienamente attendibili di (...) in ordine alle reali caratteristiche del CDR e della FOS da produrre; in ordine al richiamo, puramente formale, solo propositivo ma non impegnativo, ai parametri normativi prescritti per il CDR dal D.M. 5.2.1998; in

ordine all'interpretazione affatto singolare del concetto di recupero ambientale, nell'accezione atecnica e restrittiva di smaltimento in discarica o di colmataura di invasi già esistenti ("A mio avviso tale prodotto (nдр: FOS) non può essere utilizzato per recupero ambientale in senso tecnico, perché il processo che tale materiale segue è certamente di pulizia biologica, ma non consente di scartare materiali inquinanti ... La FOS non può che essere utilizzata se non per copertura di discariche o per lo sversamento in siti autorizzati con gli accorgimenti tecnici richiesti ed attrezzati per le discariche di tipo B2 ... In quest'ottica, in considerazione del fatto che il sovrallo prodotto è sostanzialmente inerte, abbiamo indicato lo smaltimento di sovrallo e FOS da noi prodotta come "recupero ambientale", così (...) nell'interrogatorio del 30.3.04 in allegato 17).

E sempre in epoca immediatamente successiva all'aggiudicazione, nel corso dell'edificazione degli impianti, già si programmavano ed approntavano i rimedi per dissimulare il futuro, ma certo inadempimento contrattuale: il carteggio interno (tra...), la corrispondenza con le ditte produttrici di rifiuti utilizzabili per l'additivazione, l'impegno profuso per individuare le soluzioni tecniche da introdurre nel processo di lavorazione, a seconda dell'impiego del materiale additivante da utilizzare a monte della produzione ovvero a valle, attraverso la miscelazione del medesimo con il flusso derivante dalla vagliatura, prima della pressatura finale; la valutazione addirittura della possibilità di imballare il rifiuto speciale conferito e di stoccarlo unitamente alla frazione secca prodotta per poi procedere alla miscelazione nell'imminenza della termovalorizzazione sono altrettanti dati fattuali che smentiscono in maniera clamorosa le giustificazioni di seguito fornite, consistenti, come è noto, nella impossibilità di rispettare le qualità dei prodotti, come promesse e dedotte in contratto, impossibilità asseritamente manifestatasi solo successivamente, con l'inizio dell'attività degli impianti, e da attribuirsi ad una concomitanza di fattori causali indipendenti dalla volontà delle affidatarie: l'eccesso di conferimento di RSU, l'eccessiva umidità del medesimo, l'eccezionale impegno richiesto agli impianti, sottoposti a ritmi di lavorazione forzati e continuativi e al trattamento di quantità di rifiuti enormemente superiori al target contrattuale, e conseguentemente non sottoposti ad adeguata e necessaria manutenzione.

A fronte della nota e risaputa inadeguatezza tecnica degli impianti, dell'inidoneità dei medesimi a garantire processi di lavorazione efficienti, ma soprattutto a consentire il raggiungimento della promessa qualità dei prodotti finali, non risulta che sia stata avanzata alcuna richiesta di autorizzazione per apportare modifiche dirette a migliorarne l'efficienza: nonostante le segnalazioni critiche di (...), il trituratore installato non è stato mai sostituito, sebbene ne fossero stati evidenziati i limiti e gli effetti negativi consistenti nel considerevole aumento di umidità della frazione secca per effetto della triturazione spinta che l'apparecchiatura effettuava; il diametro dei fori del vaglio primario che consentiva un aumento quantitativo del flusso della frazione secca, ma una significativa riduzione della sua qualità, è stato modificato solo nel corso dell'anno 2005; nessun rimedio tecnico è stato adottato per fronteggiare e superare l'inadeguatezza del separatore balistico che dirottava gran parte delle plastiche nel sovrallo; l'adozione di un sistema di raffinazione densimetrica della FOS (la cui necessità era stata evidenziata dai tecnici del Commissariato - cfr. dichiarazioni di ...) è stata ritenuta del tutto antieconomica.

Anche i predetti sono dati sicuramente utilizzabili, non solo ai fini della dimostrazione di un volontario inadempimento, ma ai fini della valutazione dell'artificiosità della condotta: l'inadeguatezza degli impianti è stata taciuta e negata quale causa o concausa dell'inadempimento esclusivamente addebitato a fattori esterni, peraltro dimostratisi insussistenti.

Viceversa, sono state apportate modifiche di ben altra natura, finalisticamente dirette a dissimulare l'inadempimento. È (...) ad indicare in (...) l'autore della proposta, effettivamente attuata, di tenere distinte le due linee di produzione del CDR1 e del CDR2 e di concentrare le analisi solo sul CDR1 migliore rispetto al CDR2, prossimo se non qualitativamente peggiore del RSU in ingresso.

E ciò nonostante, a tutto il CDR prodotto, la cui divergente qualità era ben nota ai responsabili degli impianti, (...), e a tutti i capi impianto, è stato attribuito il medesimo codice CER non rappresentativo delle reali caratteristiche del rifiuto; non è stata adottata alcuna differenziazione

nella filatura delle balle; tutte le false ecoballe sono state indistintamente messe in riserva per "il loro futuro ed immediato recupero energetico", tacendo la necessità di ulteriori trattamenti e/o lavorazioni, e hanno invaso siti formalmente autorizzati per il solo stoccaggio del CDR prodotto come da progetto e da contratto.

L'additivazione eseguita di nascosto e senza alcuna autorizzazione negli impianti, sovente al fine di violentare i campioni da analizzare (cfr. dichiarazioni di ..., segnalazioni dell'Arpac), additivazione nota all'intero management (...), oggetto delle direttive impartite al personale dipendente materialmente addetto alle lavorazioni dai capi impianto e dai responsabili dei medesimi; l'attribuzione alla FOS in uscita di un codice identificativo errato e falso perché non corrispondente ad un prodotto sottoposto a un reale processo di stabilizzazione; l'alterazione dei risultati sulla qualità e caratteristiche dei prodotti, attraverso la redazione di mendaci rapporti di prova su precisi input dei dirigenti e di (...) in particolare (cfr. dichiarazioni (...) e esito degli accertamenti eseguiti dalla P.G.) sono altrettante specificazioni della condotta delittuosa in contestazione, rispetto alle quali è davvero arduo ritenere configurato un mero, ancorchè volontario, inadempimento, inidoneo - come tale - ad integrare gli estremi del delitto contestato.

La documentazione caduta in sequestro, gli esiti omogenei dell'attività di captazione, ragioni di ordine logico che devono necessariamente sorreggere la lettura dell'intero materiale probatorio denotano, con certezza ed univocità, non solo la generale consapevolezza della realtà effettuale e della pretestuosità delle giustificazioni addotte, ma la comune concertazione di una rappresentazione mendace ed artificiosa della stessa.

Del resto se effettivamente le cause dell'inadempimento fossero state quelle ufficialmente sostenute resterebbe privo di logica spiegazione il ricorso a pratiche dirette, viceversa, a creare una falsa apparenza: dall'additivazione all'alterazione dei risultati delle prove di caratterizzazione dei prodotti, all'attribuzione di falsi codici CER quando erano ben note le caratteristiche del rifiuto, al mancato smaltimento in discarica del prodotto non corrispondente al CDR dedotto in contratto e, dunque, non suscettibile di essere messo in riserva.

Il contenuto clamorosamente mendace delle interlocuzioni ufficiali con la struttura commissariale, diretto a creare, attraverso la comunicazione formale destinata a restare agli atti del pubblico ufficio, la falsa apparenza del regolare espletamento del servizio, in linea con gli impegni contrattuali, ma al contempo ad introdurre, indirettamente e callidamente, argomentazioni ed appigli per sostenere e giustificare in futuro l'inadempimento costituisce ulteriore riprova ed ennesima conferma di una complessiva condotta menzognera e decettiva.

Il quadro complessivo, come delineato dall'insieme delle risultanze processuali, riscontra pienamente la ricostruzione accusatoria; dà ragione della qualificazione giuridica del fatto descritto nell'imputazione provvisoria, la cui condotta tipica appare indiscutibilmente integrata e ne consente l'ascrivibilità ai soggetti attivi autori delle singole condotte in contestazione e cioè ai vertici e ai dirigenti delle società non meno che ai rispettivi dipendenti; impone un giudizio di particolare gravità sia in ragione delle obiettive caratteristiche dell'azione, omogenea e sistematicamente realizzata in un considerevole arco temporale, sia in ragione della particolare intensità del suo estremo soggettivo riconducibile ad una programmazione e preordinazione unitaria pervicacemente perseguita e realizzata con il ricorso ad ogni possibile espediente, sia in ragione della natura pubblica del servizio espletato, affatto trascurata e piegata al perseguimento illecito di particolaristici interessi di politica aziendale.

Il compendio indiziario autorizza omogenee conclusioni anche in ordine alla contestata partecipazione al reato in esame di pubblici ufficiali della struttura commissariale.

(omissis)

§. 5.2 I gravi indizi dell'illecito dipendente da reato e le esigenze cautelari.

L'art. 45 I comma D.Lvo n. 231/2001 replica la disposizione sulle condizioni generali di applicabilità delle misure di cui all'art. 273 c.p.p., richiedendo la sussistenza della gravità indiziaria e, dunque, la formulazione, in termini di elevata e qualificata probabilità, della concreta

configurabilità dell'illecito amministrativo dipendente da reato.

La verifica sulla sussistenza della gravità indiziaria è condizionata, però, inevitabilmente dalla struttura binomica dell'illecito amministrativo. La sua fattispecie complessa determina, infatti, una dilatazione dell'ambito valutativo che deve necessariamente comprendere non solo il fatto-reato presupposto, ma estendersi alla sussistenza dell'interesse o del vantaggio attribuito all'ente e al ruolo ricoperto al suo interno dagli autori della condotta criminosa.

Ritenuto, pertanto, alla stregua delle verificate risultanze investigative, raggiunto un compendio indiziario assolutamente concludente in senso accusatorio in ordine alla sussistenza del reato presupposto, il medesimo risulta essere stato realizzato, principalmente se non esclusivamente, dai vertici delle indagate, oltre che da dipendenti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza.

Solo per completezza e per evidenziare il collegamento tra le società raggiunte dalla presente imputazione provvisoria, va ribadito che l'aggiudicazione degli appalti è stata conseguita da una associazione temporanea di imprese costituita da E Spa, (...) GMBH, (...) GMBH, (...) AG, A Spa. Nella fase di gara e in quella immediatamente successiva la E ha agito quale mandataria delle altre imprese associate.

I contratti di servizio, ai rispettivi art. 3, hanno previsto, per l'individuazione di un referente preciso per i rapporti con la stazione appaltante, la creazione di due distinte società, cc.dd. società di progetto, costituite dalle imprese aggiudicatrici e ciò in ossequio all'art. 37 quinquies della L. 11.2.1994 n. 109. Dette società, una volta costituite, sarebbero divenute esse stesse concessionarie del servizio.

Sono state, pertanto, costituite le società C e D, il cui oggetto sociale è lo svolgimento del servizio di smaltimento dei RSU, rispettivamente, per la Provincia di Napoli e per le altre Province campane.

Anche dopo la costituzione di dette società, l'A Spa ha curato la effettuazione delle opere civili; E ha provveduto alla edificazione degli impianti di CDR e ne ha curato la successiva gestione, provvedendo con proprio personale, alla ricezione dei rifiuti e alla loro successiva lavorazione. Successivamente e sempre per la fase operativa del servizio, si è aggiunta la società F Spa che ha curato il servizio per gli impianti di Napoli, mentre quello degli impianti di CDR per le altre Province campane è stato assicurato sempre dalla E.

C e D hanno provveduto all'individuazione e allestimento dei siti di stoccaggio e di smaltimento, curando tutti i conseguenziali adempimenti dell'evacuazione, trasporto e destinazione finale delle frazioni a valle della lavorazione degli impianti.

Tutte le società, come dimostrato e sopra precisato, hanno mantenuto rapporti e avuto, tramite i propri vertici, interlocuzioni con la stazione appaltante e con gli altri enti pubblici.

Maggiori dettagli sui rapporti infragruppo sono stati forniti da (...), dirigente A, il quale ha precisato che accanto al c.d. main contract, tra Commissariato e società C e D, sono stati conclusi altri due contratti aventi rilevanza interna: l'EPC contract per la costruzione degli impianti concluso tra C e D con E, mandataria del consorzio dei costruttori, e l'O&M contract tra C e F e tra D e E, per la gestione degli impianti: "questa architettura contrattuale era tale che le eventuali contestazioni e le iniziative pregiudizievoli assunte dal Commissariato sarebbero state girate (cd. pass through)" rispettivamente a F-E o al consorzio costruttore a seconda della tipologia della contestazione" (cfr. dichiarazioni ... in allegato 26).

Dall'esame dei bilanci di A Spa, società capogruppo (in all. 47) si ricavano i collegamenti e le partecipazioni incrociate tra le varie società.

La C Spa è costituita in data 6.12.1999 da E (rappresentata da K), e da A Spa (rappresentata da ...), società detentrici delle quote maggioritarie del pacchetto azionario.

La D è costituita in data 18.12.01 da A (rappresentata da N) e da E (rappresentata dal presidente del consiglio di amministrazione, O); la quota di partecipazione di A Spa è del 69 % e quella di E del 5 %.

Dalla relazione al bilancio 2003 della società capogruppo, risulta che la A è la società capofila di

tutte le società concessionarie, suddivise per linee di prodotto, tra cui è compresa quella relativa all'energia da rifiuti.

La A controlla al 100 % la B che diviene società capofila della Business Unit Concessioni.

Nel 2003, pertanto, la D risulta indirettamente partecipata dalla A per l'82,26 %: 67 % B; 2,55 % E; 2% (...) e 10,71 % (...).

C Spa è controllata da A per l'87,4 % : B 77,5 %; (...) 5.35 %, E 2,55 %; (...) e (...), rispettivamente, 1 % e 1 %.

E è controllata da A Spa per il 51 % ; F per il 60,21 % attraverso E, (...), M.

Nelle relazioni accompagnative dei bilanci A risulta sistematicamente evidenziata, tra le varie commesse del gruppo, quella relativa al progetto Napoli, del quale vengono esposte, di volta in volta, le problematiche connesse alla costruzione e all'avvio dell'attività degli impianti, all'approvazione della progettazione dei termovalorizzatori, ai ricavi dell'attività, ai rapporti con gli istituti finanziatori del progetto.

Il ruolo di diretto e fattivo coordinamento dell'attività da parte della società capogruppo è ulteriormente confermato dalle dichiarazioni di (...), il quale ha dichiarato che l'amministratore delegato della A, J, provvede a nominare, per conto della società capogruppo, quale coordinatore generale del progetto Campania, l'ing. N, ponendolo a capo della Business Unit Concessioni, alle dirette dipendenze dell'amministratore delegato, (...) e, successivamente, (...). Nella Business Unit Costruzioni con a capo l'ing. (...) era a sua volta inquadrato P.

N, in pensione dal giugno 2006, ha contestualmente ricoperto la carica di presidente del consiglio di amministrazione di Ce D; P, dirigente A, ha rivestito contemporaneamente la carica di amministratore delegato della E e membro del CdA di C e D; K è stato dirigente commerciale E e dirigente di A; L, dirigente A, ha ricoperto la carica di amministratore delegato di C e D; O, prima amministratore delegato di E, è divenuto successivamente direttore generale di A Spa; R, direttore operativo C e D, è divenuto responsabile della gestione degli impianti di E nonché presidente della F Spa; S, è stato ed è direttore generale di C e D; Q ha ricoperto l'incarico di responsabile della gestione impianti e del laboratorio di analisi di E.

Il tutto a dimostrazione e ulteriore riprova dei rapporti strettissimi esistenti tra le società e della medesimezza della politica di impresa.

Ed è proprio il coinvolgimento nei fatti di cui alla provvisoria imputazione di un numero così rilevante di soggetti apicali ed anzi dei più alti vertici delle società che, rimasta incontestata ed anzi esclusa dal dato probatorio la sussistenza dell'interesse esclusivo proprio o di terzi che ne abbia teleologicamente orientato l'azione, induce a ritenere che l'ente sia stato "il vero istigatore, esecutore e beneficiario delle condotte materialmente commesse" dalle persone fisiche in esso inserite e che vi svolgevano le più alte funzioni di rappresentanza, amministrazione e direzione.

Del resto le condotte ascritte agli indagati, che si connotano per l'omogeneità dei contenuti, per l'uniformità delle modalità di approccio nei rapporti e nelle interlocuzioni con la stazione appaltante, per la medesima callidità degli espedienti utilizzati ed abusati per supportare la falsa rappresentazione di un'apparente regolarità dell'attività contrattuale, per la comune concertazione di strategie operative sono altrettanti dati di natura fattuale, prima ancora che logica, che consentono, con tranquillante certezza, di iscrivere ogni singolo e personale comportamento nel contesto della politica di impresa: gli apici hanno agito nell'interesse esclusivo delle società, uniche beneficiarie dei vantaggi effettivamente conseguiti.

E analoga conclusione è autorizzata dall'univoco dato probatorio, chè tale può qualificarsi il dato che in questa fase basterebbe fosse indiziario, per i soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza, giacchè essi non hanno agito, come autenticamente ammesso nelle conversazioni riservate e negli interrogatori resi al P.M. (cfr. dichiarazioni di V), violando le regole comportamentali e aggirando i presidi di controllo apprestati dalle rispettive società, ma in esecuzione delle direttive ricevute, pienamente condivise, volontariamente realizzate.

Le loro condotte, in piena aderenza agli imput forniti dai vertici preposti alla loro vigilanza e

controllo, si sono uniformate alle istruzioni, alle prassi aziendali; esse si iscrivono nella complessiva strategia imprenditoriale concretamente assunta, sicchè è la persona giuridica attraverso i suoi organi, e nella pienezza della immedesimazione con gli stessi, che risulta ispiratrice e complice dei comportamenti delittuosi e, dunque, responsabile di fatti che certamente non possono esserle addebitati a titolo di mera colpa in vigilando.

Le considerazioni appena svolte rendono ridondante ogni ulteriore valutazione in ordine all'imputazione soggettiva alle indagate dell'illecito da cui dipenderebbe la loro responsabilità in applicazione dei criteri di cui agli artt. 6 e 7 D.lvo 231/2001.

Solo per completezza va osservato quanto segue.

Rispetto al modello di imputazione contemplato dall'art. 7 per il reato commesso da soggetto eterodiretto, l'accusa ha senz'altro assolto il suo onere probatorio, invero agevolata dalle stesse ammissioni consapevoli o inconsapevoli dei dipendenti.

Rispetto alla sussistenza delle condizioni per l'esonero da responsabilità di cui all'art. 6, viceversa, le società non hanno assolto il proprio.

All'udienza del 26.2.07 sono stati prodotti i modelli organizzativi e di controllo rispettivamente adottati dalla A Spa con delibera del consiglio di amministrazione del 29.1.03, successivamente modificato con delibere del 30.5.05 e del 12.9.06 (la versione sottoposta all'esame di questo Giudice è quella aggiornata e modificata al 12.9.2006); dalla E in data 5.3.04; dalla C e D in data 28.10.04. Per il periodo rilevante ai fini della decisione (fino al 15.12.05, data di risoluzione dei contratti e, secondo questo Giudice, termine ad quem della condotta delittuosa in contestazione) le indagate non hanno fornito alcun elemento di prova in ordine all'efficace attuazione dei modelli organizzativi adottati.

Come è noto, il modello di organizzazione e di controllo è uno strumento di gestione del rischio specifico di realizzazione di determinati reati.

Il legislatore delegato, all'art. 6 II comma, ne ha sinteticamente specificato i contenuti in relazione alle esigenze alle quali il modello deve rispondere: individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi i reati, in ragione delle cc.dd vulnerabilità oggettive; prevenzione del rischio, attraverso l'adozione di protocolli dotati di specificità e diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; individuazione di modalità di gestione delle risorse finanziarie che consentano in primo luogo la tracciabilità di ogni singola operazione; la previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato alla vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello; infine, l'adozione di un sistema disciplinare specifico e idoneo a perseguire e sanzionare l'inosservanza delle misure organizzative adottate. La documentazione del piano di gestione del rischio ovvero del modello è necessaria sia per consentire l'adattamento ad esso dell'intera organizzazione dell'ente, sia per procedere alle successive implementazioni rese necessarie dalla sua concreta attuazione.

Ed invero, l'esonero da responsabilità, ai sensi dell'art. 6 I comma lett. a, nonché l'operatività della presunzione iuris et de iure di cui all'art. 7 II comma presuppongono non solo che l'ente abbia adottato un modello di organizzazione idoneo, ma che lo abbia efficacemente attuato, attraverso la sua concreta applicazione, attraverso la verifica in corso d'opera della idoneità del suo funzionamento, attraverso il progressivo aggiornamento sì da garantirne un costante adeguamento ai sopravvenuti mutamenti di natura operativa e/o organizzativa.

L'oggetto della verifica rimessa al Giudice è, dunque, duplice, essendo necessaria una valutazione sull'idoneità del modello e cioè sulla completezza, esaustività e specificità delle sue previsioni, in punto individuazione e tipizzazione delle misure di organizzazione e di controllo, nonché sull'efficacia della sua attuazione, sulla concreta misurazione dei presidi predisposti alla realtà effettuale ed operativa.

La prima indagine va svolta sul modello, sul suo contenuto dichiarativo e descrittivo; la seconda, comportando la valutazione di circostanze fattuali concrete, necessita di ulteriori elementi e dati di natura obiettiva, alla cui emersione, nella fase del giudizio ovvero nella fase incidentale della

cautela, deve provvedere il soggetto su cui incombe il relativo onere dimostrativo e cioè lo stesso ente che subisce il rischio sostanziale del mancato accertamento.

Ebbene, avuto riguardo all'arco temporale in cui è stata realizzata la condotta delittuosa in contestazione, non appare possibile svolgere alcuna positiva valutazione sul comportamento ante factum delle indagate. La società A ha prodotto il modello organizzativo nella sua ultima versione del settembre 2006, insuscettibile di valutazione, giacchè, in quanto aggiornato, contenutisticamente divergente da quello adottato nel marzo del 2003, sulla cui idoneità non è possibile compiere alcuna verifica.

Tutti i modelli, inoltre, risultano intempestivi sotto il profilo della loro adozione, siccome di molto successivi al dies a quo della condotta delittuosa presupposta, rilevante ai fini della responsabilità amministrativa e in corso di esecuzione sin dalla seconda metà dell'anno 2001.

Priva di pregio è, infatti, l'argomentazione sviluppata dalla difesa, con cui si sostiene che sarebbe astrattamente ipotizzabile una responsabilità delle indagate solo a partire dall'adozione dei rispettivi modelli di organizzazione, non essendo concretamente esigibile nei loro confronti una maggiore tempestività di quella dimostrata, avuto riguardo ai necessari tempi tecnici per l'elaborazione dei codici e per il loro iniziale necessario rodaggio. Benchè il decreto legislativo non contenga alcuna disposizione che individui un termine entro il quale consentire agli enti di uniformarsi alle nuove disposizioni, dotandosi dei rispettivi modelli, ragioni di ordine logico ed alcuni testuali spunti normativi, dovrebbero precludere la possibilità di fondare l'imputabilità dell'impresa sulla mancata adozione di modelli quando fosse dimostrabile che la mancata adozione non sia dipesa da colpa, ma da oggettiva impossibilità.

La fragilità dell'assunto è evidente.

In difetto di una testuale ed esplicita previsione, appare opinabile ricorrere a "ragioni di buon senso" per colmare l'asserita lacuna del dato normativo con il rischio di un pericoloso relativismo nell'individuazione del termine di c.d. tolleranza, della cui determinazione, peraltro, dovrebbe farsi carico, di volta in volta, il Giudice chiamato a valutare l'esigibilità di comportamenti più tempestivi di quelli in concreto adottati.

Ma soprattutto sfugge che il legislatore, pur avendo inteso ancorare il rimprovero dell'ente alla mancata adozione ovvero al mancato rispetto di standards doverosi e, dunque, a motivarlo all'osservanza degli stessi, non ha previsto il modello organizzativo come adempimento obbligatorio, al quale l'ente sia sempre e comunque tenuto, ma come mero onere che l'ente stesso ha interesse ad assolvere per prevenire e paralizzare gli effetti della commissione di reati da parte delle persone fisiche che agiscono al suo interno.

L'eventualità e non l'obbligatorietà dell'adozione del modello, oltre che da univoche indicazioni testuali del decreto (" l'ente non risponde se prova"; "la violazione degli obblighi di vigilanza è esclusa se l'ente ...") è vieppiù rafforzata dalla previsione degli specifici effetti ricollegati all'adozione post factum dei modelli stessi (esclusione della sanzione interdittiva, diminuzione della sanzione pecuniaria, conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria).

Trattandosi di onere che la persona giuridica è portata ad assolvere nel suo stesso interesse e non in adempimento di un obbligo normativo, è del tutto ragionevole la mancata previsione di un termine di c.d. tolleranza per consentire alle imprese di tenere un comportamento, del tutto libero, viceversa, sia nel an che nel quando.

D'altro canto soffermarsi sul contenuto dei modelli adottati solo nel 2004 da E, C e D ai fini di valutarne l'idoneità, deve ritenersi indagine del tutto superflua, non solo per le ragioni sostanziali ed assorbenti sopra indicate non essendo stato francamente nemmeno prospettato che i soggetti apicali abbiano pervertito e frustrato con l'inganno l'intero sistema decisionale e di controllo delle società), ma anche perché non è stato sottoposto all'attenzione di questo Giudice alcun dato o elemento che rendesse possibile la necessaria verifica della effettiva ed efficace attuazione dei modelli.

Le relazioni, scarse, sintetiche e ripetitive, dei rispettivi organismi di vigilanza deputati al controllo sull'osservanza dei modelli e sul loro aggiornamento sono solo quelle relative all'anno 2006, prive,

dunque, di ogni valenza ai fini della verifica del comportamento tenuto dalle società prima e durante la perpetrazione degli illeciti presupposti in contestazione.

Il difetto di una dimostrazione positiva sull'efficace attuazione dei modelli preclude qualsiasi favorevole valutazione sul comportamento ante factum rilevante ai fini che ne occupano.

Anzi, del tutto involontariamente, risulta fornita adeguata dimostrazione della natura solo formale e niente affatto sostanziale delle regole organizzative, di gestione e di controllo e, dunque, dei presidi di cui le società si sarebbero munite nell'anno 2004.

Nell'ultima udienza camerale del 7.5.2007 sono stati prodotti i verbali del 2.5.2007 del consiglio di amministrazione di C e D relativi all'approvazione dei nuovi modelli di organizzazione e alla nomina dei nuovi componenti dell'organismo di vigilanza. Dai verbali risulta che il precedente organismo di vigilanza, i cui membri erano stati nominati con delibera del 28.10.04, era composto dal dott. (...) e dal dott. (...), entrambi dimissionari a partire dal 26.4.07.

(...), dipendente delle società C e D, risulta inserito nell'organigramma, fornito dalle stesse società alla P.G. nell'anno 2005, quale Admin. & Finance Manager, ma soprattutto numerose sono le conversazioni telefoniche intercettate da cui si ricavano significativi elementi dimostrativi della commistione di ruoli diversi, posto che (...), membro dell'OdV, contestualmente era impegnato in compiti di pura gestione ed anche partecipava agli incontri tenutisi con il Commissario (...) aventi ad oggetto problematiche ed aspetti di natura puramente organizzativa e gestionale, interloquendo direttamente nella sua qualità di dirigente delle due società (cfr. tra le altre, utenza n. ...: conv. n. 266 del 12.3.05; utenza n. ...: con. n. 371 del 15.3.05; conv. n. 1074 del 2.4.05).

Il globale apprezzamento del complesso ma omogeneo dato probatorio e le considerazioni che precedono conducono a ritenere pienamente realizzato il primo dei presupposti richiesti dall'art. 45 del decreto, non potendosi negare né seriamente revocare in dubbio la sussistenza di un grave compendio indiziario, in base al quale risultano pienamente soddisfatti i requisiti, oggettivo e soggettivo, del rubricato illecito amministrativo.

Prima di verificare la sussistenza dell'ulteriore requisito cautelare tipico, la natura anticipatoria della misura impone di verificare, sempre nel perimetro della sommaria delibazione propria della presente fase, la sussistenza delle condizioni richieste dall'art. 13 per la comminazione delle corrispondenti sanzioni interdittive che, come è noto, possono essere irrogate quando ricorra almeno una delle condizioni contemplate dalle lettere a) e b) della ridetta disposizione: la reiterazione degli illeciti (lett b) ovvero il conseguimento da parte dell'ente di un profitto di rilevante entità, quando il reato sia stato realizzato da soggetto apicale o, in caso di reato commesso da eterodiretto, la sussistenza di gravi carenze organizzative determinatrici o agevolatrici della condotta delittuosa del dipendente (lett. a).

La condizione di cui alla lettera a) ricorre, certamente, nella fattispecie in esame. Ribadito che le condotte delittuose tipiche non sono state determinate da alcuna carenza organizzativa, né lieve né grave, ma sono state deliberatamente realizzate in attuazione della politica di impresa, la sussistenza del profitto di rilevante entità, la cui nozione (come da ultimo sostenuto anche dal S.C. – cfr. Cass. sez VI n. 32627/06) rimanda ad un concetto dinamico del profitto, comprensivo anche di vantaggi economici non immediati, è conclamata dallo stesso oggetto degli appalti e dei contratti, stipulati ed eseguiti, che hanno determinato l'acquisizione di un'indubbia posizione di vantaggio nel mercato e nello specifico settore del servizio di smaltimento dei rifiuti svolto in via esclusiva nell'intero ambito territoriale della Regione Campania.

Il valore dei contratti, secondo le indicazioni desunte dai bilanci A è di 253 milioni di euro, quello per la Provincia di Napoli e di 233 milioni di euro, quello per le altre Province campane; dalla relazione trimestrale al 30.9.2002, risulta che le immobilizzazioni materiali ammontano a 465 milioni di euro; gli importi fatturati durante l'esecuzione dei contratti relativi alla sola voce tariffa di smaltimento sono nell'ordine di svariate centinaia di milioni di euro.

E nel vantaggio rientra anche il diritto a costruire termovalorizzatori di proprietà esclusiva delle affidatarie nonché il vantaggio economico non immediato, ma comunque rilevante ai fini che ne

occupano, dei ricavi conseguibili attraverso la vendita dell'energia elettrica derivante dalla combustione del CDR prodotto nel corso dell'affidamento.

Indizi tutti, quelli sopra indicati, convergenti e fondanti la sussistenza del requisito richiesto dalla disposizione in esame.

Né, a considerare l'entità dei danni patrimoniali cagionati come specificamente indicati nell'imputazione provvisoria, può ritenersi configurabile l'attenuante della particolare tenuità del danno (art. 12 I comma lett b), la cui sussistenza preclude l'adozione di sanzioni interdittive, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 13 III comma del decreto.

Infine, l'applicazione della misura cautelare interdittiva non è preclusa dalla sussistenza delle condizioni, necessariamente concorrenti, contemplate dall'art. 17 (realizzazione di condotte riparatorie e risarcitorie, eliminazione delle carenze organizzative e messa a disposizione del profitto conseguito), la cui compresenza non consente l'applicazione delle corrispondenti sanzioni.

Quanto alla sussistenza del secondo ma fondamentale presupposto legittimante l'adozione della cautela, l'art. 45 si limita a richiedere che il concreto pericolo di recidivanza (il *periculum* considerato dalla disposizione è solo quello corrispondente all'esigenza cautelare di cui all'art. 274 lett. c) c.p.p.) derivi da elementi fondati e specifici.

Il dato testuale, dunque, autorizza a considerare e valutare qualsiasi elemento , che possenga tali connotati e possa essere idoneo a fondare una prognosi di pericolosità circa la reiterazione degli illeciti.

E giacchè il procedimento cautelare specifico è stato delineato sul modello codicistico, deve ritenersi che anche in questo caso - come nel caso dell'art. 274 lett c) c.p.p. - il requisito della concretezza del pericolo non presupponga una condotta delittuosa in corso di esecuzione, né l'attualità del pericolo e cioè la riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi reati; è, viceversa, necessaria e sufficiente solamente la sussistenza di elementi concreti e non meramente congetturali, sulla base dei quali poter ritenere, all'esito di una rigorosa valutazione prognostica, che l'indagato possa facilmente, verificandosene l'occasione, commettere ulteriori reati della medesima indole di quelli per cui si procede.

E sempre il rinvio al modello codicistico impone che l'esigenza cautelare emerga dalla valutazione di due tipologie di elementi, il primo di carattere obiettivo, relativo alle specifiche modalità e circostanze del fatto, l'altro di natura soggettiva attinente alla personalità dell'ente.

Sotto il primo profilo, la lettura sinottica del materiale probatorio ha indubbiamente evidenziato la sistematicità con la quale i soggetti apicali delle persone giuridiche indagate hanno realizzato comportamenti decettivi durante l'esecuzione del contratto di servizio.

Il ricorso a condotte artificiose e fraudolente è stato sistematico, diffuso e pienamente condiviso, anzi organizzato, dai vertici delle società ed attuativo della stessa politica di impresa.

L'oggettiva reiterazione di uniformi comportamenti che hanno connotato l'intero svolgimento del rapporto contrattuale; la medesimezza del disegno criminoso che li sorregge e tutti li avvince; la particolare intensità dell'elemento psicologico che ha supportato le condotte delle persone fisiche, sia in punto di preordinazione e programmazione di un'azione unitaria non determinata dalle obiettive contingenze, ma telelogicamente diretta ed obiettivamente idonea a piegare la contingenza, volgendola a proprio vantaggio, sia in punto di concreta attuazione dell'omogenea strategia di fondo (attraverso il reiterato ed anzi costante ricorso ad espedienti artificiose; attraverso l'impegno profuso, con l'impiego di risorse umane, strumentali e materiali, nel giustificare le inadempienze contrattuali, nell'addomesticare i risultati delle analisi delle qualità dei prodotti, adoperandosi nel violentare i campioni e successivamente nell'alterare i risultati; attraverso le modifiche impiantistiche e gli accorgimenti tecnici per tenere separate le due linee di produzione del CDR; attraverso il concreto contributo fornito nell'iter di adozione dei provvedimenti della stazione appaltante non soltanto con la prospettazione di fallaci e inveritiere argomentazioni, ma anche fornendo precedenti e pareri del Ministero dell'Ambiente del tutto inconferenti al caso concreto); la evidente complessità della compagine soggettiva degli illeciti che ricomprende praticamente tutti i vertici delle società, una

parte considerevole del management e un numero altrettanto considerevole di dipendenti; la rilevante entità del profitto conseguito e la rilevante entità del danno cagionato sono altrettanti elementi che singolarmente, e vieppiù se globalmente apprezzati, inducono a ritenere pienamente integrato e soddisfatto il primo elemento di carattere obiettivo e fattuale.

Sotto il secondo profilo relativo alla verifica di natura soggettiva, la circostanza che ad essere indagate siano delle persone giuridiche non impedisce di considerare la personalità dell'ente collettivo stesso, attraverso la valutazione della sua condotta anteatta, concomitante e susseguente che non può che essere riguardata, complessivamente e oggettivamente, come politica di impresa, nonché attraverso la valutazione della sua organizzazione.

Lo stato di organizzazione dell'ente è senz'altro rilevante per una prognosi sulla pericolosità, in quanto la disorganizzazione o la non adeguata ed efficace organizzazione lo rendono pericoloso nell'ottica cautelare.

E sempre nell'ottica cautelare sono sicuramente degne di specifico apprezzamento le modifiche apportate alla struttura dirigente, attraverso la sostituzione o l'estromissione dei soggetti apicali indagati dei reati presupposti, a condizione che le medesime siano concretamente sintomatiche di una rottura tra il vecchio e il nuovo management.

Ebbene, a sostegno dell'insussistenza di esigenze cautelari che possano legittimare l'adozione della cautela, le società hanno evidenziato quanto segue:

- esse proseguono nell'esecuzione del servizio e nella costruzione del termovalorizzatore di Acerra in adempimento dell'obbligo di legge imposto dal D.L. 30.11.2005 n. 245, conv. nella L.27.1.2006 n. 21 che ha dichiarato la risoluzione dei contratti di servizio;
- la nuova attività è eseguita sotto lo stretto controllo e nel rispetto della puntuale azione di coordinamento svolta dal Commissario delegato e, dunque, senza alcuna autonomia gestionale;
- le imprese, in considerazione del preminente pubblico interesse, non hanno inteso, ricorrendo ai rimedi giuridici del caso, sottrarsi all'adempimento di tale specifica obbligazione di fare per la quale percepiscono importi corrispondenti ai soli costi sostenuti senza il conseguimento di utili e si sono, inoltre, rese disponibili a proseguire nella costruzione del termovalorizzatore anticipando risorse finanziarie proprie, in attesa che i relativi costi siano corrisposti dalla struttura commissariale ovvero dal nuovo aggiudicatario dell'appalto;
- tutte le imprese hanno modificato radicalmente i loro assetti rilevanti, posto che la struttura dirigenziale è ormai completamente modificata a dimostrazione della intervenuta netta cesura tra il passato e il presente;
- la politica imprenditoriale della società capogruppo ha subito una profonda trasformazione in primo luogo attraverso un riassetto azionario verificatosi nel primo semestre dell'anno 2005 con l'ingresso di nuovi soci industriali e finanziari (...), in secondo luogo con l'assunzione della carica di amministratore delegato da parte di (...), proveniente da altre realtà aziendali e che ha da subito intrapreso un risanamento dell'azienda e un cambiamento dell'assetto organizzativo del Gruppo. Nell'ottobre 2006 la (...) ha attestato la propria partecipazione al 29,866 % di A con la conseguente scomparsa dalla compagine sociale della (...) riconducibile alla famiglia (...);
- sia la società E, società a socio unico sottoposta alla direzione e al controllo di A, sia le società C e D, indirizzate e guidate da A, si sono adeguate alle nuove politiche della società capogruppo;
- tutte le società hanno accumulato perdite ed attualmente stanno lavorando al termovalorizzatore in regime di autofinanziamento a riprova della totale insussistenza del rilevante profitto asseritamente conseguito;
- l'amministratore delegato (...) con nota del 3.5.2006 ha formalmente esternato la desistenza del Gruppo dalla partecipazione alle nuove gare di appalto;
- tutte le società hanno revisionato ed adeguato i rispettivi modelli di organizzazione, gestione e controllo.

Le prospettazioni difensive, in punto di carenza delle esigenze cautelari, sono da un lato e in parte non corrette sotto il profilo strettamente giuridico e conseguentemente del tutto neutre ai fini della

valutazione che ne occupa; dall'altro contraddette da un divergente dato fattuale di segno opposto o comunque non soddisfatti ai fini di una prognosi positiva e favorevole alle odierne indagate.

Ad alcune specifiche argomentazioni è facile obiettare che:

- la nozione di profitto penalmente rilevante non coincide con quella di utile netto. Essa è, lo si ribadisce, comprensiva di ogni vantaggio, anche non immediatamente economico, ma solo di posizione, conseguito attraverso la commissione dell'illecito e il requisito del profitto, da qualificarsi come rilevante, non difetta, per le ragioni sopra esposte, nella fattispecie de qua;
- il pericolo di recidivanza rilevante ex art. 45 è il medesimo pericolo rilevante ex art. 274 lett. c): quello di concreta e qualificata probabilità di reiterazione di illeciti caratterizzati dalla medesimezza dell'indole e non dalla medesimezza del soggetto passivo. Di tal che la risoluzione dei contratti, la prosecuzione della prestazione in adempimento dell'obbligo di legge e sotto la direzione e il coordinamento del Commissario delegato sono elementi irrilevanti e del tutto inidonei ad escludere il pericolo di futura commissione di illeciti amministrativi dipendenti da reati della medesima indole di quello oggetto del procedimento.

Né può essere attribuito rilievo risolutivo al comportamento tenuto dalle società che, in considerazione del "preminente interesse pubblico", non avrebbero reagito, attraverso l'esperimento dei relativi rimedi giuridici, all'obbligo di fare legislativamente imposto ed anzi avrebbero anche accettato di anticipare, nella prosecuzione dei lavori di costruzione del termovalorizzatore, i necessari mezzi finanziari che il legislatore aveva stanziato a tale precipuo scopo.

Concomitanti e prevalenti ragioni di natura economica, di politica imprenditoriale e di logica aziendale, facilmente e logicamente intuibili, hanno sorretto e determinato la prosecuzione del rapporto e le ridette anticipazioni finanziarie.

Esse non solo sono intuibili, ma sono esplicitate e concretamente esemplificate dalle dichiarazioni di promessa di vendita da parte di D s.p.a e di C Spa, autorizzate dal consiglio di amministrazione e trasmesse da L alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, al capo dell'ufficio legislativo e all'Avvocatura di Stato.

Nella dichiarazione di promessa di vendita del 24.3.2006 la D si impegnava a vendere al Commissariato, specificandone i singoli importi, i terreni di sua proprietà per la costruzione del termovalorizzatore di Santa Maria La Fossa per un importo complessivo di euro 5.891.858 comprensivo degli oneri di capitalizzazione; la proprietà delle attrezzature utilizzate per la gestione degli impianti (1.603.078,00); i cespiti relativi ai siti di stoccaggio per un valore di circa venti milioni di euro (distinti in costi di capitalizzazione, affitti anticipati, quantità e valore stoccato). Dichiarava di impegnarsi a negoziare con il commissariato il trasferimento della tecnologia relativa al progetto approvato per la costruzione del termovalorizzatore e l'eventuale realizzazione dei lavori dello stesso.

Dichiarava di consentire, tra l'altro, il subentro del commissariato nella proprietà delle ecoballe accumulate al 15.12.05 e delle ulteriori ecoballe accumulate nel periodo successivo, divenendone titolare a tutti gli effetti delle utilità e degli oneri da esse conseguenti.

Gli impegni della dichiarazione, da intendersi fermi sino al 30.9.06, non avrebbero comportato acquisiscenza rispetto a maggiori oneri e danni subiti o subendi e derivanti dalla risoluzione del contratto, né rinuncia alla partecipazione alla gara per l'individuazione del nuovo affidatario. La futura vendita era, inoltre, espressamente condizionata all'accettazione, avendone già effettuato ispezione, dei beni promessi in vendita (terreni, attrezzature e cespiti relativi ai siti di stoccaggio), alla risoluzione del problema del personale impiegato nella gestione degli impianti nonchè al pagamento dei costi non ammortizzati relativi agli impianti di produzione di CDR, impianti dei quali doveva essere incondizionatamente accettato lo stato di fatto.

Di analogo contenuto la promessa di vendita effettuata da C Spa. Anzi, nella medesima e in aggiunta alle cennate condizioni, la futura vendita era espressamente condizionata al subentro da parte del commissariato nel contratto di appalto stipulato in data 14.3.01 tra C e l'ATI costituita da E, (...) e (...) per la costruzione del termovalorizzatore.

La promessa di vendita veniva prorogata dalle società affidatarie, per consentire la nuova gara, sino al 31.3.07 agli stessi prezzi, patti e condizioni ivi apposti. Nella nota dell'1.8.06 a firma di L, nella quale si reitera la promessa di vendita, si precisa, inoltre, che restano fermi in ogni caso gli obblighi e gli oneri di legge gravanti su codeste amministrazioni in virtù, tra l'altro, degli artt. 1 comma 7 e art. 6 L. 21/2002, di prosecuzione del regime transitorio e dei lavori di realizzazione del termovalorizzatore di Acerra mediante utilizzazione delle strutture delle scriventi ...".

Ebbene, appare evidente l'interesse delle società alla prosecuzione del servizio, ma soprattutto alla prosecuzione della costruzione del termovalorizzatore, rispetto alla quale l'amministrazione avrebbe dovuto impegnarsi a subentrare nella posizione di C nel contratto di appalto stipulato con le società facenti parte del consorzio dei costruttori che, dunque, avrebbe dovuto e potuto portare a compimento la realizzazione dei lavori; come pure non va sottaciuto l'interesse a che gli impianti di produzione fossero accettati nel loro stato di fatto, senza alcuna valutazione sull'effettiva funzionalità, vetustà e stato di manutenzione; ovvero l'interesse a negoziare il trasferimento della tecnologia relativa al progetto esecutivo e l'eventuale esecuzione dei lavori di realizzazione del termovalorizzatore di Santa Maria La Fossa; ovvero ancora l'interesse al subentro da parte del commissariato nei contratti di affitto dei siti di stoccaggio e nella stessa proprietà delle ecoballe, ulteriori espresse condizioni alle quali la futura vendita era stata subordinata.

Tutte condizioni, quelle sopra cennate, integralmente recepite nei capitoli di oneri relativi alle nuove gare pubbliche indette nel marzo e nell'agosto 2006 (la prima gara è andata deserta; la seconda annullata dall'art. 3 del D.L. 9.10.2006 n. 263 convertito nella L. 6.12.2006 n. 290).

In essi, infatti, veniva posto a carico del nuovo aggiudicatario l'obbligo a subentrare nella posizione giuridica di C Spa nel contratto di appalto per la realizzazione del termovalorizzatore da parte di E, in qualità di mandataria del consorzio dei costruttori, nonché l'obbligo a subentrare nella gestione delle piazzole di stoccaggio alle condizioni e per gli importi di cui alle promesse di vendita avanzate dalle affidatarie.

Ebbene, le condizioni dettate dalle società, oltre che concludarne l'interesse economico alla prosecuzione ex lege della gestione del servizio e della costruzione del termovalorizzatore sono senz'altro sintomatiche anche della medesimezza della politica di impresa, rispetto alla quale non è dato effettuare alcun reale distinguo tra un prius e un posterius.

Valga, per tutte, la soluzione proposta (e alla quale veniva espressamente subordinata la promessa di vendita) per la futura destinazione delle ecoballe, nella piena consapevolezza, ormai generale, che la frazione secca stoccata non aveva le caratteristiche del CDR promesso, né del CDR allo stato concretamente utilizzabile per la combustione nel termovalorizzatore e, soprattutto, nella consapevolezza che, sotto tale specifico profilo, le affidatarie non vantavano alcun diritto discendente dai contratti di servizio risolti (cfr. l'art. 19 e le precise disposizioni in esso contemplate) a che la stazione appaltante si facesse carico di remunerare le medesime anche del valore del CDR prodotto e stoccato.

Ed anzi, vale la pena a tale proposito segnalare che, solo successivamente, con ordinanza n. 341 del 20.9.06 il Commissario delegato provvedeva ad integrare i capitoli tecnici, prevedendo che le balle stoccate potessero essere smaltite nell'erigendo termovalorizzatore previa caratterizzazione ed adeguato trattamento per renderle idonee alla combustione secondo le prescrizioni di cui al parere della commissione VIA.

Del resto non è del tutto ovvio osservare che, ad onta dell'asserita inversione di rotta nella politica del gruppo, temporalmente coincidente con l'intervento di nuovi soci e con la nomina del nuovo amministratore delegato della A Spa (fatti tutti realizzatisi nella prima metà dell'anno 2005), le condotte delittuose siano proseguite sino alla risoluzione dei contratti di servizio e la compagine dirigenziale delle società sia rimasta pressochè identica per tutto l'anno 2006 e sino ai primi mesi del corrente anno.

Ma è dalla viva voce del nuovo amministratore delegato (...) che si ricava ennesima conferma della prosecuzione della medesima politica imprenditoriale, ad onta dell'intervenuto riassetto azionario.

Nel corso della sua audizione presso la commissione bicamerale d'inchiesta, in data 6.7.2005, (...) chiariva che a seguito della situazione precaria attestata dal bilancio del 31.12.04, la (...), attraverso la famiglia (...), si era rivolta agli istituti di credito, i quali avevano manifestato la disponibilità "ad aiutare A a superare la situazione di emergenza, dettando alcune condizioni: una discontinuità nella proprietà del pacchetto di controllo, nel management dell'azienda e nella strategia della stessa". Erano state, dunque, le condizioni dettate dai futuri finanziatori ad aver determinato "la comparsa di una nuova società creata allo scopo denominata (...), formata dal gruppo (...), dal gruppo (...), dal gruppo (...) e da (...)" dichiaratasi disponibile, in occasione di un aumento del capitale, ad acquistare tante azioni in modo da possedere il pacchetto di controllo relativo all'azienda (intorno al 12,5 %) e che aveva inteso conferire a (...), in data 2.5.05, la carica di amministratore delegato della A.

(...) confermava, inoltre, la disponibilità della società alla massima flessibilità nella ricerca delle soluzioni, dalla revisione dei contratti alla risoluzione degli stessi.

E alla domanda del senatore (...) diretta a conoscere le intenzioni della società sulla destinazione delle ecoballe prodotte e sulle ragioni sottese alla prosecuzione della produzione di materiale che, "secondo la normativa vigente, a meno di un nuovo intervento del Governo con un secondo decreto salva-A che permetta di bruciare anche ciò che oggi non è combustibile", non sarebbe stato utilizzabile negli impianti di incenerimento della Campania, (...) così testualmente rispondeva: " sono tre giorni che domando a destra e a sinistra se queste ecoballe abbiano valore o meno, perché se hanno un valore le trasportiamo da qualche altra parte e le bruciamo ... Mi è stato risposto che le ecoballe non hanno un valore, perché chi ha la capacità di termodistruzione la usa per sé, guardandosi bene dall'andare a bruciare i rifiuti di un altro. Altrimenti, avremmo risolto il problema dello smaltimento di quei tre milioni di ecoballe che sono destinate a diventare 5 ... Le ecoballe non hanno valore verso i terzi ma rispetto agli impianti di Acerra e Santa Maria La Fossa sicuramente l'avranno. Si tratta di riserve di combustibile che sono lì".

E all'invito rivolto da (...) a rivedere la politica di impresa sulla produzione di CDR "che tale non è e che va additivato", in considerazione dei problemi connessi alle esigenze di stoccaggio e all'aggravamento dell'emergenza, (...) rispondeva: "bisogna prendere atto che il CDR che viene prodotto non può essere allineato ai dati di target del decreto Ronchi. A questo punto bisogna andar avanti e realizzare il più velocemente possibile i due termovalorizzatori - noi o altri se ne può parlare - e in essi bruciare le ecoballe che si sono accatastate. Per questo basterà solo aggiungere qualche copertone ... Quindi, in questo momento, stiamo producendo non materiale inutile, bensì rifiuti che il sistema, nel suo complesso, discrimina e ci dice che non sono a norma e che non possono essere stoccati. In realtà dobbiamo uscire da questa situazione abbastanza intricata e assurda. Se si può arrivare ad una ridiscussione del contratto con noi, saremo onorati e felici di farlo. Se non sarà possibile che il commissario faccia ciò almeno con qualcun altro...."

E nella relazione al bilancio A del 31.12.05 si legge : "A partire dal luglio 2005 il Gruppo ha avviato con la controparte pubblica un confronto finalizzato al superamento di tale situazione. L'obiettivo delle iniziative intraprese era rivolto a pervenire ad una rapida risoluzione dei menzionati contratti di servizio, onde porre fine alle rilevanti perdite registrate dalle due società di progetto e al tempo stesso recuperare il valore dei crediti e degli investimenti realizzati, onde poter saldare i debiti finanziari e commerciali accumulati nei confronti di terzi e società del gruppo. Tale legittima e ragionevole posizione del Gruppo è stata recepita al massimo livello istituzionale tanto che, in data 30.11.05, è stato emanato un apposito decreto legge, entrato in vigore il 15.12.05 ...".

Le risultanze testè cennate non solo dimostrano che la risoluzione dei contratti non è stata subita; smentiscono, peraltro, l'assunto dell'inversione di tendenza e della necessità di "distinguere due periodi ben diversi dal punto di vista delle politiche imprenditoriali e delle responsabilità". La politica imprenditoriale, come chiaramente esplicitata dallo stesso nuovo amministratore delegato, non pare abbia subito significativi mutamenti.

Viceversa, appare significativo che il mutamento dei vertici aziendali è stato tutt'altro che tempestivo: J è stato membro del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo di A Spa sino al 2.11.06 e sino alla stessa data ha ricoperto la carica di presidente del comitato per il controllo interno; solo a partire dal 16.2.2007 P ha rassegnato le sue dimissioni da consigliere del CdA di E, da amministratore delegato e Direttore Generale, senza interruzione del rapporto di lavoro con la società. Sempre in pari data K si è dimesso dalla carica di membro del CdA di E. Solo in data 22.2.2007 ha rassegnato le proprie dimissioni dalle cariche ricoperte in C e D anche L.

Sia P che L fanno attualmente parte del management di A Spa, come testimoniato per il primo dal verbale del consiglio di amministrazione di E del 16.2.07; per il secondo dalla sua partecipazione al corso di aggiornamento del 16.4.2007 "Formazione dirigenti e top management" organizzato dalla A per i propri dirigenti (cfr. documentazione prodotta dalla difesa per l'udienza del 7.5.07).

S continua a svolgere il ruolo di direttore generale nelle società C e D.

Né alcuna effettiva valenza può essere attribuita alla dedotta desistenza dalla partecipazione alla gara indetta nel 2006 per la nuova aggiudicazione dell'appalto, asseritamente dimostrativa dell'"insussistenza di qualsivoglia pericolo che le misure cautelari dovrebbero prevenire".

Al riguardo corre l'obbligo di precisare che nel bando di gara per la nuova aggiudicazione dell'appalto del marzo 2006 era stato espressamente richiesto, quale indefettibile requisito di partecipazione, che l'offerente non avesse un contenzioso in corso, direttamente connesso alla corretta esecuzione dei contratti risolti, con l'amministrazione appaltante. L'esclusione dalla partecipazione era prevista anche a carico di società controllate o controllanti società che avessero un contenzioso in corso con la stazione appaltante.

La ridetta disposizione escludeva di fatto dalla partecipazione alla nuova gara tutte le società odierne indagate, per effetto del contenzioso civile in corso con il Commissario delegato.

Avverso tale precipua disposizione le società del gruppo reagivano per rivendicare il loro diritto di partecipazione e il loro interesse alla partecipazione. L'iniziativa giudiziaria sortiva esito positivo ed il TAR del Lazio con ordinanze presidenziale e collegiale dell'11.4.2006 e del 21.4.2006 riteneva la sussistenza delle condizioni per la sospensione dei provvedimenti.

La medesima clausola non veniva, infatti, più inserita nel successivo bando di gara dell'agosto 2006. Ebbene, in data 3.5.2006, con nota indirizzata al Commissariato, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e all'Avvocatura Generale dello Stato, (...), premesso che la A, dopo aver da tempo ricercato con il Commissario di Governo e con il responsabile del Dipartimento della protezione civile ogni opportuna soluzione dei rapporti contrattuali e di aver da ultimo subito, senza reagire giudizialmente, la risoluzione per legge dei contratti (sic!), consapevole della prospettiva costituita dall'indizione di una nuova procedura di gara e profondamente convinta della sostanziale bontà del sistema dei termovalorizzatori e della necessità solo di un'opportuna revisione di quelle clausole di affidamento rivelatesi inidonee ad una corretta gestione del sistema di smaltimento rifiuti in una Regione come la Campania, precisava che la società si era vista costretta a reagire contro una disposizione studiata appositamente per intenderle, unitamente alle società del proprio gruppo, la partecipazione alla nuova procedura di affidamento del servizio.

Nonostante l'esito positivo dell'iniziativa giudiziaria, la A era pervenuta alla conclusione di dover assumere un atteggiamento responsabile di desistenza, potendo la propria partecipazione rivelarsi inopportuna. Il nuovo orientamento, aggiungeva l'amministratore delegato, era stato anche suggerito dai rapporti di fattiva collaborazione instauratisi nel corso della gestione transitoria, propizi ad un'adeguata sistemazione delle complesse problematiche derivanti dalla risoluzione dei contratti. Ebbene, in data 1.8.06 L reiterava, prorogandola sino al 31.3.07, la promessa di vendita già formulata in data 24.3.06, agli stessi prezzi, patti e condizioni ivi apposti e, come sopra precisato, nella precedente dichiarazione, cui si faceva rinvio, era espressamente previsto che gli impegni assunti non comportavano rinuncia alla partecipazione alla gara per l'individuazione del nuovo affidatario.

In ogni caso la prospettata autolimitazione dell'operatività, manifestata dall'amministratore delegato

dell'A Spa, unilaterale, non deliberata dall'assemblea della società, non impegnativa per le altre società del gruppo, è di per se stessa priva di qualsivoglia idoneità e decisività nell'ottica cautelare. Infine, i nuovi modelli di organizzazione, di gestione e di controllo adottati di recente dalle società (con delibera del 12.9.2006 da A, in sostituzione della versione adottata il 29.1.2003 e aggiornata il 30.3.2005; con delibera del 26.4.07 da E e con delibere del 2.5.07 da C e D), non appaiono strumenti organizzativi in grado di eliminare o di ridurre il pericolo di recidivanza.

I modelli, in quanto strumenti organizzativi della vita dell'ente, devono qualificarsi per la loro concreta e specifica efficacia e per la loro dinamicità: essi devono scaturire da una visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali e non esclusivamente giuridico-formale.

Quelli adottati ex post, dopo la contestazione anche provvisoria dell'illecito, non possono prescindere dalle concrete vicende che hanno visto coinvolto l'ente ed anzi devono considerare seriamente i segnali di rischio che tali concrete vicende hanno evidenziato.

Anche nell'ottica squisitamente cautelare, la valutazione da compiersi è duplice: la prima attiene all'idoneità del modulo organizzativo, esaminato nel suo contenuto strettamente dichiarativo, al fine di considerare l'eshaustività, la concretezza e la specificità dei singoli enunciati; la seconda attiene all'efficacia della sua attuazione.

Nel caso in esame, la valutazione sull'efficace attuazione dello strumento è preclusa dalla recentissima adozione del medesimo; quanto alla prima l'intera vicenda oggetto del presente procedimento impone di considerare con particolare attenzione i protocolli adottati soprattutto con riferimento alle attività che hanno già evidenziato segnali di rischio: quelle di partecipazione alle pubbliche gare, di presentazione delle offerte, di intrattenimento di rapporti con la P.A., di esecuzione degli appalti e dei contratti; di documentazione dei rapporti di dare- avere con le P.A.; di documentazione delle richieste presentate e delle circostanze nelle stesse dedotte.

Ebbene, i moduli organizzativi recentemente predisposti non appaiono sufficientemente soddisfattivi per le seguenti ragioni.

Occorre premettere che, sotto l'aspetto strutturale e contenutistico, il modello deve rappresentare l'esito di una corretta analisi del rischio e, pertanto, l'esito della corretta individuazione delle vulnerabilità oggettive dell'ente in rapporto alla sua organizzazione e alle sue attività. Una volta effettuata la c.d. mappatura del rischio, individuate cioè tutte le aree sensibili, deve stabilire per ognuna di esse degli specifici protocolli di prevenzione che regolamentino nel modo più stringente ed efficace possibile le attività pericolose, sottoponendo le regole ad un'efficace e costante azione di controllo e presidiandole con altrettante e adeguate specifiche sanzioni per perseguirne le violazioni e per garantire un'effettiva attuazione dell'intero sistema organizzativo così approntato, per rendere cioè il modello non un mero strumento di facciata, dotato di una valenza solo formale, ma uno strumento concreto e soprattutto dinamico, idoneo a conformarsi costantemente con il mutamento della realtà operativa ed organizzativa della persona giuridica.

Benchè il modello di organizzazione sia unico, le sue previsioni devono diversificarsi in relazione allo specifico rischio-reato da prevenire e considerata la pluralità degli agenti del rischio devono essere modulate sia sul momento della formazione e dell'attuazione della volontà dell'ente che sul successivo momento meramente esecutivo. Inoltre, quando già determinati reati si sono verificati ovvero è altamente probabile che si siano verificati, il contenuto programmatico del modello, in relazione all'area in cui gli indicatori di rischio sono più evidenti, dovrà necessariamente essere calibrato e mirato all'adozione di più stringenti misure idonee a prevenire o a scongiurare il pericolo di reiterazione dello specifico illecito già verificatosi.

Generalmente, e massimamente quando appare altamente probabile l'avvenuta perpetrazione di reati da parte dei soggetti preposti ai vertici della persona giuridica, dovranno essere esattamente determinate le procedure relative alla formazione e all'attuazione delle decisioni che riguardano le attività ritenute pericolose: l'adozione di un protocollo con regole chiare da applicare e che preveda la sequenza, il più possibile precisa e stringente, in cui tali regole vadano applicate per il conseguimento del risultato divisato.

Ciò comporta un'esatta individuazione dei soggetti cui è rimessa l'adozione delle decisioni, l'individuazione dei parametri cui attenersi nelle scelte da effettuare, le regole precise da applicare per la documentazione dei contatti, delle proposte, di ogni singola fase del momento deliberativo e attuativo della decisione.

Quanto più dettagliata e specifica è la regolamentazione dell'iter di ogni processo, tanto più si riduce il rischio che la singola attività sia occasione di commissione di illeciti.

La dettagliata definizione contenutistica delle tipologie comportamentali deve essere affiancata dalla previsione e dall'adozione di un correlato sistema sanzionatorio, specifico sia nel precetto che nella sanzione.

Ciò premesso e precisato, i moduli organizzativi delle odierne indagate possono essere congiuntamente analizzati siccome quasi del tutto sovrapponibili nel loro contenuto.

Essi prevedono innanzitutto l'istituzione dell'Organismo di vigilanza (art. 6 lett. b del decreto), cui è demandato il compito di vigilare continuamente sull'efficace funzionamento, sull'osservanza del modello, proponendone l'aggiornamento. È, espressamente, previsto che il medesimo, pur essendo interno alla società, sia dotato nell'esercizio delle sue funzioni di autonomia e indipendenza dagli organi societari e dagli altri organismi di controllo interno. I suoi componenti devono essere dotati della professionalità e della competenza necessaria per lo svolgimento dei compiti assegnati e dei requisiti di onorabilità vigenti per gli amministratori delle imprese. Ne costituiscono cause di ineleggibilità e di decadenza le condanne con sentenza passata in giudicato per uno dei reatipresupposto

previsti dal decreto n. 231/2001 o la condanna con sentenza passata in giudicato ad una pena che comporta l'interdizione anche temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche o delle imprese.

Nominato dal consiglio di amministrazione con provvedimento motivato che dia atto della sussistenza dei requisiti di indipendenza, autonomia e professionalità di ciascun componente, l'OdV è composto in forma collegiale da almeno tre membri, di cui un membro appartenente al personale della società ed individuato nel responsabile dell' Internal Audit, due o più membri non appartenenti al personale della società (gli OdV di C e D sono composti da almeno due membri non appartenenti al personale della società).

Dispone di autonomi poteri di iniziativa e di controllo e, a tal fine, si dota di proprie regole di funzionamento attraverso l'adozione di un regolamento predisposto dall'organismo medesimo ed approvato dal consiglio di amministrazione.

Non gli competono poteri di gestione, decisionali, organizzativi di modifica della struttura aziendale, né poteri sanzionatori.

Si coordina con gli altri organi o funzioni di controllo esistenti nella società, nonché con le funzioni aziendali interessate dalle attività a rischio per tutti gli aspetti relativi all'implementazione delle procedure di attuazione del modello.

Svolge periodica attività ispettiva, secondo le modalità e le scadenze indicate nel Regolamento dell'OdV; accede a tutte le informazioni concernenti le attività a rischio di reato; chiede informazioni o esibizioni di documenti in merito alle attività a rischio di reato a tutto il personale dipendente della società e laddove necessario agli amministratori, al collegio sindacale e alla società di revisione; riceve periodicamente informazioni dai responsabili di funzioni interessate dalle aree a rischio; chiede informazioni agli organismi di vigilanza delle società appartenenti al gruppo; propone l'adozione delle sanzioni disciplinari; coordina, in unione con il Direttore delle risorse umane, la definizione dei programmi di formazione del personale; sottopone il modello a verifica periodica e ne propone l'aggiornamento quando siano intervenute violazioni o elusioni delle prescrizioni dello stesso che ne abbiano dimostrato inefficacia ed incoerenza ai fini della prevenzione ovvero quando siano intervenuti mutamenti significativi nel quadro normativo, nell'organizzazione o nell'attività della società; redige semestralmente una relazione al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulla attività svolta; informa il presidente del CdA di

circostanze e fatti significativi emersi nel corso della propria attività.

Ciascuna società appartenente al gruppo nomina un proprio autonomo ed indipendente organismo di vigilanza. Sono previsti flussi di informazione tra gli odv delle società del gruppo che trasmettono una relazione semestrale all'omologo organo della società capogruppo che, dal suo canto e ai fini dello svolgimento delle proprie funzioni di controllo, può chiedere informazioni ai primi.

In ordine a tale specifico contenuto del modello va osservato:

- non vi è alcuna indicazione sulla professionalità richiesta ai membri del OdV. In particolare non è richiesto che i medesimi abbiano precipe competenze di attività ispettiva, consulenziale ovvero la conoscenza di tecniche specifiche, idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandati;

- le cause di ineleggibilità e/o di revoca sono tali che la relativa funzione potrebbe essere svolta da soggetto già condannato per uno dei reati contemplati nel decreto, fino al passaggio in giudicato della sentenza;

- nei verbali del 2.5.2007 del consiglio di amministrazione C e D con i quali sono stati approvati i nuovi modelli di organizzazione e nominati i propri organismi di vigilanza non si rinviene alcuna motivazione che "dia atto della sussistenza dei requisiti di indipendenza, autonomia, onorabilità e professionalità dei suoi membri", ma si rinvia meramente ai relativi curricula e a quanto dai medesimi dichiarato in ordine al possesso dei requisiti soggettivi prescritti;

- il regolamento dell'OdV di A Spa risulta approvato con delibera del 10.11.06. In esso nulla è previsto sulla periodica attività ispettiva, le cui scadenze e modalità avrebbero dovuto essere indicate nel regolamento stesso; dalla documentazione prodotta si evince che il nuovo Organismo di vigilanza di A Spa, in sostituzione del precedente OdV monocratico, è composto da due membri esterni alla società, (...) e da uno interno e cioè il responsabile dell'Internal Audit (...).

In ragione dei rapporti esistenti tra gli organismi di vigilanza delle società del gruppo (v. punto 7.4.3) e soprattutto dei rapporti infragruppo (disciplinati al punto 8) desta perplessità che un membro dell'organismo di vigilanza della società capogruppo, titolare di un potere di controllo sulle prestazioni di servizio effettuate dalla medesima in favore delle società appartenenti al gruppo, ricopra all'interno delle società controllate la carica di membro del consiglio di amministrazione (... è membro del nuovo consiglio di amministrazione Ce D nominato con delibera del 23.2.07).

Tutti i modelli, in conformità a quanto richiesto dall'art. 6 II comma lett. d), prevedono flussi informativi da e verso l'organismo di vigilanza.

In particolare, l'organismo ha l'obbligo di redigere una relazione semestrale per il CdA e il Collegio sindacale, nella quale sintetizza le attività svolte nel semestre, evidenzia problematiche relative alle procedure operative di attuazione del modello, effettua il resoconto delle segnalazioni ricevute da soggetti interni ed esterni su presunte violazioni del modello e dell'esito delle verifiche su dette segnalazioni.

A loro volta i responsabili delle funzioni interessate trasmettono almeno trimestralmente una relazione scritta sullo stato di attuazione dei protocolli di prevenzione delle attività a rischio di propria competenza, sugli indicatori sintetici di rischio relativi a ciascuna attività preventivamente individuati dall'OdV e forniscono indicazioni motivate dell'eventuale necessità di modifiche ai protocolli di prevenzione.

È previsto per tutti i dipendenti e i membri degli organi sociali il dovere di segnalare all'OdV la commissione o la presunta commissione dei reati, nonché ogni violazione del codice etico, del modello o delle procedure di attuazione dello stesso.

La violazione degli obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza non è specificamente sanzionata.

Il sistema sanzionatorio si compone di una parte relativa all'indicazione delle violazioni e di altra relativa a sanzioni e misure disciplinari.

Le violazioni non presuppongono specifici precetti, non vi è cioè una effettiva tipizzazione dei comportamenti, ma "a titolo esemplificativo" si precisa che costituiscono infrazioni disciplinari: la

violazione, anche con condotte omissive, delle procedure previste dal modello o stabilite per la sua attuazione; la redazione di documentazione incompleta o non veritiera; l'omessa redazione della documentazione prevista dal modello o dalle procedure per l'attuazione dello stesso; la violazione o l'elusione del sistema di controllo previsto dal modello in qualsiasi modo effettuata, incluse la sottrazione, distruzione o alterazione della documentazione inerente alla procedura, l'ostacolo ai controlli, l'impedimento di accesso alle informazioni e alla documentazione da parte dei soggetti preposti ai controlli o alle decisioni.

Per le violazioni del codice etico e del modello da parte dei dipendenti trova applicazione il sistema disciplinare in conformità all'art. 7 della L. n. 300/1970 e ai CCNL vigenti per i lavoratori dipendenti.

Per gli amministratori che abbiano commesso una violazione del codice etico o del modello, a seconda della gravità del fatto o della colpa e delle conseguenze derivate, il CdA può applicare il richiamo formale scritto, la sanzione pecuniaria, la revoca totale o parziale delle eventuali procure. Nei casi più gravi propone all'assemblea la revoca dalla carica.

Non è prevista per i soggetti apicali alcuna sanzione per violazione del loro specifico obbligo di vigilanza sui sottoposti.

Ma, soprattutto, fermo restando il rispetto delle procedure previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori e/o da altre normative speciali, non sono previste violazioni tipiche e corrispondenti sanzioni altrettanto tipiche.

Relativamente alla comunicazione e alla formazione, la società si impegna alla divulgazione del modello a tutti i dipendenti e ai soggetti con funzioni di gestione, amministrazione, direzione e controllo, attraverso i mezzi informativi ritenuti più opportuni, nonché ad attuare programmi di formazione sul modello e sul codice etico al fine di garantirne un'effettiva conoscenza. Una formazione specifica è destinata ai membri dell'OdV.

Non è previsto a carico dei dipendenti un obbligo di partecipazione e di frequenza dei corsi di formazione, né una verifica sulla qualità dei contenuti dei programmi di formazione.

Nell'ambito delle attività sensibili individuate per ciascuna delle tipologie di reato contemplate nel decreto legislativo sono previsti dei protocolli di prevenzione.

Alcuni sono di carattere generale e riguardano ogni tipo di operazione. Essi consistono in principi di carattere generale: descrizione delle mansioni; dei livelli di dipendenza gerarchica; formalizzazione delle responsabilità di gestione, di coordinamento e di controllo; documentazione di tutte le fasi di formazione degli atti e di autorizzazione alla formazione degli atti; predisposizione di poteri di delega e di firma verso l'esterno; congruenza tra potere decisionale e relativa posizione di responsabilità; distinzione, sotto il profilo soggettivo, tra fase deliberativa, fase attuativa, di controllo e di evidenza contabile; riservatezza nella trasmissione delle informazioni; tracciabilità e verificabilità delle fasi di ciascuna operazione; archiviazione e conservazione dei documenti (non sono indicati modalità, meccanismi e tempi di archiviazione); individuazione di un responsabile interno competente per la gestione dell'operazione a rischio che ha potere di chiedere informazioni a tutti i soggetti che si occupano dell'operazione a rischio, di identificare gli strumenti più adeguati per garantire che i rapporti con la P.A. siano sempre documentati e verificabili, che la documentazione relativa a richieste di sovvenzioni, finanziamenti et similia sia conforme al vero; ha un dovere di informazione periodico nei confronti dell'OdV in ordine ai fatti relativi alle operazioni a rischio della propria funzione ed interpella l'organo di vigilanza in caso di difficoltà nell'attuazione dei protocolli di prevenzione.

Trattasi di enunciati privi di contenuti concreti e dettagliati e che non contemplano alcuna procedimentalizzazione delle relative attività.

Per quanto concerne i reati contro la P.A. sono individuate le attività sensibili (cfr. punto 11.1.1). La mappatura appare specifica. Essa spazia dalla partecipazione alle gare di pubblico appalto ai successivi aspetti dei rapporti intrattenuti con l'ente pubblico. Del tutto generici i protocolli di prevenzione.

Essi consistono in quelli comuni a tutte le attività a rischio e consistono in regole di condotta generali, per nulla specificate nei loro contenuti e nelle loro procedure. In aggiunta ai protocolli generali valevoli per ogni tipo di operazione, il protocollo specifico adottato prescrive che "i dati e le informazioni riportati in atti, attestazioni e richieste aventi come destinatario la P.A. sono sempre preventivamente vagliate ed autorizzate dai responsabili delle funzioni che hanno prodotto ed elaborato i dati ivi contenuti".

Enunciati altrettanto generici sono contenuti nei protocolli di prevenzione relativi alla gestione dei rapporti con il Commissario di Governo della Regione Campania per l'esecuzione del servizio di smaltimento rifiuti ai sensi di quanto disposto dalla L. 21/2006 (cfr. modelli di organizzazione E, C e D).

Per le aree di maggiore rischio, avuto riguardo alla prospettazione accusatoria, e cioè quelle che dovevano essere oggetto di specifica considerazione volta a scongiurare rischi, rispetto alle quali, cioè, già vi erano specifici indicatori di rischio (partecipazione a trattative e a gare di pubblico appalto, ivi compresa la fase di prequalifica; stipula dei contratti, selezione di subappaltatori durante la fase di esecuzione dei lavori, produzione di documentazione attestante l'esecuzione del contratto), non risultano previsioni specifiche, procedure esattamente determinate e determinabili, regole individuate anche nella loro rigida sequenza e funzionalmente dirette a garantire il conseguimento di precisi risultati. La necessaria applicazione di un rigido metodo protocollare è del tutto carente. Più specifici i protocolli di prevenzione relativi alla gestione risorse finanziarie.

Quanto alle operazioni di selezione e assunzione del personale è previsto che siano preventivamente accertati e valutati i rapporti, diretti e indiretti, tra il candidato e la P.A.

Richiamate le considerazioni sopra svolte e soprattutto tenuto conto della estrema genericità che caratterizza i singoli protocolli di prevenzione, del difetto di procedure esattamente determinate e dell'astrattezza che connota il metodo protocollare adottato per la procedimentalizzazione delle attività relative ad aree contraddistinte da indicatori di rischio maggiormente evidenti, deve concludersi per l'inadeguatezza e l'inidoneità dei moduli organizzativi adottati.

La gravità dell'illecito in contestazione e la negativa personalità delle indagate, testimoniata dalla politica imprenditoriale attuata negli anni e rimasta sostanzialmente immutata, ad onta dei formali mutamenti soggettivi dei vertici e della modifica dell'assetto societario, nonché dalle perduranti carenze organizzative, depongono in ordine alla sussistenza di un concreto ed attuale pericolo di recidivanza, autorizzano la formulazione di una prognosi negativa e consentono l'accoglimento della domanda cautelare, nei termini di seguito indicati.

La più grave misura cautelare invocata dal P.M. (l'interdizione della capacità di contrattare con la P.A.) va senz'altro applicata alle società A Spa, E Spa, C Spa e D Spa.

L'anzidetto presidio cautelare, oltre che proporzionato all'obiettiva entità del fatto ed alla sanzione concretamente irrogabile, appare specificamente idoneo a fronteggiare le esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto e, tenuto conto dei criteri direttivi indicati dall'art. 11 e valevoli per le corrispondenti sanzioni interdittive (cfr. art. 14), esso va applicato nella durata massima di anni uno. In omaggio al generale principio di economicità e di proporzione e alla frazionabilità della corrispondente sanzione interdittiva (cfr. art. 14 II comma), considerato il contesto in cui si è realizzato l'illecito, si ritiene che il divieto di contrattare con la P.A. possa essere limitato alla sola attività svolta nel settore di smaltimento e trattamento dei rifiuti nonché nelle relative attività di recupero dei medesimi attraverso la termovalorizzazione.

L'istanza di coercizione va, viceversa, respinta nella parte in cui è richiesto l'avvio del trattamento cautelare nei confronti della B N.V., della F Spa e nei confronti di tutte le società facenti parte del gruppo.

Ed invero, essendo la responsabilità amministrativa correlata a presupposti oggettivi riferibili ad una particolare realtà aziendale, deve escludersi che, sussistendo i presupposti di cui all'art. 45 legittimanti l'adozione della misura cautelare nei confronti di alcune delle persone giuridiche appartenenti ad un gruppo societario, il relativo presidio cautelare possa essere genericamente esteso

a tutte le società del gruppo. Il coinvolgimento delle altre società può essere ipotizzato e valutato solo quando siano offerti specifici elementi probatori in base ai quali sia possibile fondatamente ritenere che i rispettivi soggetti in posizione apicale o i rispettivi dipendenti abbiano contribuito alla commissione dell'illecito in concorso con quelli della capogruppo o delle altre società del gruppo. Nella fattispecie in esame difetta qualsivoglia elemento e/o dato fattuale dal quale desumere la compartecipazione al rubricato illecito delle società controllate da A, in generale, e della B, in particolare, giacché il criterio di imputazione del reato commesso dalla persona fisica implica la sussistenza di un rapporto qualificato tra l'agente e l'ente, rapporto che nel caso in esame non è stato nemmeno dedotto in contestazione, attraverso l'indicazione dei soggetti interni alle società controllate e alla B, autori di condotte delittuose alle quali ancorare la responsabilità amministrativa dei rispettivi enti di appartenenza.

Infine, la difesa ha prodotto verbale di assemblea straordinaria del 28.2.2006 nel quale sono stati deliberati lo scioglimento anticipato di F Spa e la sua messa in liquidazione, contestualmente conferendo al liquidatore il potere di concedere in locazione o di alienare l'azienda sociale, rami della stessa o anche singoli beni o blocchi di essi. Lo stato di liquidazione in cui versa la società e l'effettiva neutralizzazione della sua attività inducono ad escludere la configurabilità di un pericolo di recidivanza della medesima.

§. La mozione di cautela reale.

Letta la richiesta del P.M., avanzata in data 1.12.2006, successivamente specificata ed integrata in data 23.4.2007 e in data 28.4.2007, diretta ad ottenere l'emissione del decreto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, quale profitto del reato sulle somme, sui beni e sulle utilità di seguito indicate:

- somma di euro 53.000.000,00, corrispondente all'importo anticipato dal Commissariato per la costruzione degli impianti delle Province diverse da Napoli;
- importo pari alla tariffa di smaltimento regolarmente e globalmente incassata indicato in euro 301.641.238,98;
- importo dei crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti dei Comuni e non ancora incassati indicato in euro 141.701.456,56 o comunque dei documenti rappresentativi del predetto credito;
- importo relativo alle spese sostenute dal Commissariato, ma contrattualmente a carico delle affidatarie siccome inerenti allo smaltimento dei RSU e delle frazioni a valle della lavorazione degli impianti di CDR indicato in euro 99.092.457,23;
- importo di euro 51.645.689,9 corrispondente al mancato deposito cauzionale, il cui versamento era stato pattuito a garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali;
- somme percepite a titolo di aggio per l'attività di riscossione svolta per conto del commissariato e dei comuni nell'importo da determinarsi in sede di esecuzione;

il tutto con i relativi interessi da calcolarsi in sede di esecuzione nonché il sequestro dell'erigendo termovalorizzatore di Acerra o, in via subordinata, il sequestro per equivalente del valore dell'impianto al 31.12.05, pari a euro 103.404.000,00

OSSERVA

Contestualmente alla richiesta di applicazione della misura interdittiva l'ufficio del P.M. ha proposto l'intervento di natura reale, chiedendo l'imposizione del vincolo ai sensi dell'art. 53 D.lvo n. 231/2001 sulle somme e sui beni sopra indicati, siccome profitto del reato di cui è obbligatoria la confisca ai sensi dell'art. 19 del medesimo decreto.

Si impongono alcune precisazioni di carattere preliminare e generale.

Va osservato, innanzitutto, che in tema di sequestro preventivo, la disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 231/2001 non differisce da quella codicistica, essendo necessario e sufficiente per l'imposizione del vincolo la verifica della sussistenza del fumus dell'illecito ipotizzato e della confiscabilità della res. Il controllo del giudice non deve investire la concreta fondatezza dell'accusa, ma solo deliberare se il fatto attribuito ad un soggetto sia configurabile quale fattispecie astratta di reato, ossia se sul piano astratto sussista l'antigiuridicità del fatto, nei termini di sommarietà e

provvisorieta' propri della fase delle indagini preliminari.

Sotto tale primo e specifico profilo va rilevato che la prescritta verifica deve considerarsi più che positivamente esperita. Invero, nel caso di specie, sono stati ritenuti raggiunti gravi indizi di responsabilità in ordine all' incolpazione preliminare e per la quasi totalità delle persone giuridiche indagate. Al riguardo non può che operarsi un rinvio recettizio all' esposizione del grave quadro indiziario raggiunto e al percorso motivazionale seguito nell' ordinanza applicativa della misura coercitiva contestualmente adottata, nella quale si è tentato di esplicitare, nella maniera più completa possibile, l' insieme dei dati di fatto e le ragioni che hanno condotto questo Giudice alla formulazione di un giudizio di più che qualificata probabilità in ordine alla sussistenza dell'illecito amministrativo ipotizzato a carico delle società, nelle sue componenti oggettiva e soggettiva.

L'obbligatorietà della misura ablativa del profitto del reato esonera, inoltre, da qualsivoglia onere motivazionale sulla pericolosità delle res oggetto dell'imposizione del vincolo.

In ordine, poi, alla nozione di profitto del reato non sussistono appigli testuali e normativi per discostarsi dalla generale nozione di profitto del reato da ultimo ribadita e specificata con chiarezza nella sentenza n. 29952/2004 delle Sezioni Unite della Cassazione: "Per profitto del reato si deve intendere il vantaggio di natura economica che deriva dall'illecito. Vantaggio economico non significa "utile netto" né "reddito", ma sta ad indicare un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale. Deve essere tenuta ferma, però, in ogni caso, per evitare un'estensione indiscriminata ed una dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa scaturire dal reato, l'esigenza di una diretta derivazione causale dall'attività del reo, intesa quale stretta relazione con la condotta illecita".

L'anzidetta nozione non è contraddetta da alcun dato normativo ricavabile dalla lettura sinottica del decreto legislativo sulla responsabilità degli enti, tale da autorizzare la ricostruzione di una diversa voluntas legis e, in particolare, da indurre a sostenere, come pure è stato sostenuto, che il profitto riguardato dalla disposizione debba essere inteso in senso contabile quale utile netto, determinato previa decurtazione dei ricavi dai costi sostenuti per l'attività illecita. Siffatta interpretazione restrittiva del profitto rinvia al concetto di profitto, quale utile netto, contemplato dagli artt. 15 IV comma e 79 II comma del decreto (prosecuzione, previa nomina di un commissario giudiziale, dell'attività dell'ente passibile della più grave misura interdittiva e/o della corrispondente sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività), che dispongono la confisca del profitto conseguito attraverso la prosecuzione dell'attività.

La ratio di tali disposizioni, però, va identificata nell'esigenza e nella necessità di lasciare immutata la situazione dell'ente, nel senso che il medesimo, alla fine della gestione commissariale, debba trovarsi nella medesima situazione patrimoniale ed economica in cui si troverebbe se gli fosse stata interdetta l'attività. È perfettamente logico, pertanto, che l'ente sia privato del solo profitto netto che avrebbe ottenuto da tale attività, così impedendosene il corrispettivo arricchimento. Ed è appena il caso di rilevare che, nell'ipotesi contemplata dagli artt. 15 e 79, il profitto inteso come utile netto da sottoporre a confisca è pur sempre un profitto da attività lecita e non illecita.

Viceversa nel caso di confisca-sanzione la misura ablatoria non è finalizzata ad ottenere nei confronti dell'ente un effetto equivalente a quello che si sarebbe conseguito ove l'attività non fosse stata compiuta. Ed anzi, se per un'attività lecita risulta del tutto logico ipotizzare costi imputabili al ricavo di cui si consenta la deduzione, nel caso di attività illecita non sussiste alcuna ragione per consentire al reo di trattenere quanto necessario a coprire le spese, chè altrimenti, e del tutto irragionevolmente, si autorizzerebbe il recupero dei costi sostenuti per l'espletamento di un'attività penalmente rilevante. Deve ritenersi, pertanto, che il profitto da assoggettare a confisca ai sensi dell'art. 19 sia tutto quanto costituisca, come ribadito dal S.C., un beneficio aggiuntivo di tipo patrimoniale, nozione nella quale non può non farsi rientrare anche la mancata diminuzione patrimoniale determinata dal mancato esborso di somme per costi che si sarebbero dovuti sostenere. L'unico temperamento è che il profitto deve essere profitto da reato e quindi il denaro o altre utilità debbono essere legate da un rapporto di pertinenzialità diretta con il delitto da cui dipende l'illecito a

carico dell'ente, con esclusione, dunque, dei vantaggi eventuali o indiretti e delle maggiorazioni conseguenti ad attività ulteriori e non essenziali alla commissione dell'illecito.

Va, inoltre, precisato, che l'entità del profitto, nel senso sopra precisato, ben può nella fase incidentale della cautela non essere determinato nel suo esatto ammontare, essendo necessari a tal fine specifici accertamenti, il cui espletamento oltre che particolarmente laborioso, è contrario alla stessa funzione del procedimento incidentale volto all'emissione di un provvedimento temporaneo. Del resto anche nella stessa richiesta del P.M. le somme indicate nella parte conclusiva della domanda differiscono in parte dagli importi indicati nella precedente parte motiva.

Ciò induce a disporre il vincolo per equivalente sugli importi in relazione alle loro specifiche causali, ferma restando la necessità di successive specificazioni ed approfondimenti onde determinarne l'esatto ammontare. Va, infine, evidenziato che tutte le somme, in ordine alle quali è richiesto il sequestro, consistono in incrementi patrimoniali o mancati decrementi immediatamente derivanti dal rapporto contrattuale e, dunque, eziologicamente riconducibili all'attività illecita in contestazione che ha consentito e direttamente determinato la prosecuzione del rapporto contrattuale medesimo, simulando una corretta e regolare attività negoziale e dissimulando artificiosamente violazioni e inadempimenti contrattuali. Non si ritiene, viceversa, accoglibile nella sua interezza la richiesta di sequestro dell'erigendo termovalorizzatore. L'accoglimento della mozione cautelare comporterebbe l'imposizione del vincolo su un bene che, per la parte realizzata dopo la risoluzione dei contratti, non risulta essere una componente attiva del patrimonio delle società indagate.

Invero, il d.L. 30.11.2005 n. 245 con. in L. 27.1.06 n. 21, risolti i contratti di servizio, ha posto a carico delle ex affidatarie, nelle more della nuova aggiudicazione dell'appalto, l'obbligo di assicurare la prosecuzione del servizio, sia attraverso la gestione degli impianti di produzione di CDR nel puntuale rispetto dell'azione di coordinamento svolta dal Commissario delegato, sia attraverso il compimento di ogni necessaria prestazione e della connessa realizzazione dei necessari interventi ed opere ivi compresi i termovalorizzatori.

L'obbligo imposto è dunque, un obbligo di facere funzionale alla tutela del preminente interesse pubblico che sarebbe stato irrimediabilmente compromesso sia da un'interruzione del servizio di smaltimento, sia dall'interruzione della costruzione del termovalorizzatore che, con gli impianti di CDR, è parte di un sistema unico concepito per il superamento dell'emergenza e nell'ottica di una gestione globale del servizio di smaltimento dei rifiuti.

Invero sia l'art. 1 comma 7 ultima parte, sia l'art. 6 comma II (testualmente "il Commissario delegato prosegue i lavori per la realizzazione dei termovalorizzatori") indicano i fondi da destinare al finanziamento dei lavori che la struttura commissariale prosegue nel pubblico interesse e che certamente, per la parte realizzata a partire dalla risoluzione del contratto, non costituisce un valore attivo del patrimonio delle ex affidatarie, mere esecutrici dei lavori di costruzione.

La disposizione normativa in commento non è suscettibile di differente interpretazione sia perché, diversamente opinando, si arriverebbe a sostenere lo stanziamento di fondi pubblici per un'opera di proprietà privata ed anzi di proprietà delle ex affidatarie del servizio; sia perché il legislatore si è limitato a risolvere i contratti, senza entrare nel merito delle inadempienze contrattuali e facendo espressamente salvi gli eventuali diritti derivanti dai rapporti contrattuali risolti, laddove l'espressione utilizzata (eventualità e non certezza dei diritti), lascia impregiudicato ogni successivo accertamento sia sotto il profilo dell'inadempimento contrattuale, sia sotto il profilo della rilevanza penale delle condotte oggetto di accertamento da parte dell'A.G. nell'ambito del procedimento penale in cui erano stati già adottati reiterati provvedimenti cautelari di natura reale sugli impianti, la cui efficacia prossima ad essere ripristinata avrebbe avuto ripercussioni sulla regolarità del servizio (cfr. preambolo del provvedimento legislativo).

La salvezza degli eventuali diritti derivanti dal rapporto contrattuale comporterebbe, poi, l'applicazione delle clausole contrattuali disciplinanti la degenerazione patologica del rapporto e in particolare dell'art. 19 dei contratti di servizio che, quale che sia la causa della risoluzione, sotto lo specifico profilo che ne occupa, prevedeva che l'affidataria fosse remunerata attraverso il rimborso

del valore delle opere ovvero, nel caso in cui l'opera non avesse ancora superato la fase del collaudo, con il rimborso dei costi effettivamente sostenuti.

Le determinazioni amministrative, successivamente adottate, confortano e corroborano siffatta interpretazione. Invero, nei capitolati d'oneri delle procedure di gara successivamente indette era espressamente contemplato che il nuovo aggiudicatario, per acquistare la proprietà dell'erigendo termovalorizzatore, avrebbe dovuto corrispondere alla società C, nella qualità di proprietaria, un importo pari a euro 100.369.853,00 in ragione del valore delle opere eseguite e contabilizzate sino alla data del 15.12.05 (data di risoluzione del contratto di servizio), oltre all'ulteriore somma costituita dalla capitalizzazione sull'importo degli oneri finanziari calcolati al tasso del 5 % annuo per il periodo intercorrente tra il 16.12.05 e la data di versamento, nonché corrispondere a F, nella sua qualità di anticipataria, le somme successive alla medesima fatturate sulla base del contratto di appalto con l'associazione temporanea di imprese facenti parte del consorzio dei costruttori, e dalla C contabilizzate.

Alla stregua delle considerazioni che precedono solo l'importo corrispondente al valore delle opere appostato, nello stato patrimoniale attivo, tra le immobilizzazioni materiali in corso, può essere oggetto di sequestro siccome profitto del reato.

P.Q.M.

Letti gli artt. 45 e ss D.lvo n. 231/2001, 292 e ss. c.p.p.

Applica

Nei confronti di:

A Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore con sede legale in (...);

C Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore con sede in (...);

D Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore con sede in (...);

E Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore con sede in (...)

la misura interdittiva del divieto di contrattare con la P.A. limitatamente alle sole attività relative allo smaltimento, trattamento e recupero energetico dei rifiuti, per un periodo di anni uno;

Letto l'art. 53 del Dlvo n. 231/2001;

Dispone

Nei confronti delle predette società il sequestro preventivo delle somme e dei relativi interessi di seguito indicate:

- l'importo di euro 53.000.000,00, corrispondente a quello anticipato dal Commissariato per la costruzione degli impianti delle Province diverse da Napoli;

- l'importo complessivo, relativo alla tariffa di smaltimento regolarmente incassata, di euro 301.641.238,98, ovvero la maggiore o minore somma effettivamente incassata a tale titolo nell'importo da determinarsi in sede di esecuzione;

- i documenti rappresentativi dei crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti dei Comuni e non ancora incassati pari a euro 141.701.456,56 ovvero la maggiore o minore somma nell'importo da determinarsi in sede di esecuzione;

- l'importo, relativo alle spese sostenute dal Commissariato, ma contrattualmente a carico delle affidatarie siccome relative allo smaltimento dei RSU e delle frazioni a valle della lavorazione degli impianti di CDR, pari a euro 99.092.457,23, ovvero la maggiore o minore somma nell'importo da determinarsi in sede di esecuzione;

- l'importo di euro 51.645.689,9 corrispondente al mancato deposito cauzionale, il cui versamento era stato pattuito a garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali;

- le somme percepite a titolo di aggio per l'attività di riscossione svolta per conto del commissariato e dei comuni nell'importo da determinarsi in sede di esecuzione;

- l'importo di euro 103.404.000,00 pari al valore delle opere realizzate nella costruzione del termovalorizzatore di Acerra sino al 31.12.05.

Respinge

Nel residuo le domande cautelari nei sensi di cui in motivazione.

Dispone

Che il presente provvedimento sia immediatamente trasmesso, in duplice copia, all'ufficio del P.M. richiedente che ne curerà l'esecuzione.

Manda

Alla Cancelleria per gli adempimenti di rito.

Napoli, 26.6.2007

Il Giudice per le indagini preliminari

Rosanna Saraceno