

APPALTI: Consiglio di Stato -SezioneTerza -Sentenza 12 gennaio 2024, n. 392.

1. -Giurisdizione -Appalti - Risoluzione contrattuale per interdittiva antimafia - Incameramento della cauzione definitiva - Giurisdizione amministrativa - Sussistenza.

2. -Appalti -Incameramento della cauzione definitiva- Presupposti - Individuazione.

3 -Appalti -Risoluzione contrattuale per interdittiva antimafia -Incameramento della cauzione definitiva -Esclusione -Ragioni.

1. Rientra nella giurisdizione amministrativa l'impugnazione dell'atto di incameramento della cauzione definitiva prestata dal privato appaltatore a garanzia del proprio esatto adempimento quando a monte della pretesa amministrativa di incameramento si ponga, come nel caso di specie, una ragione diversa da una mera causa di risoluzione contrattuale.

2. L'art. 103 del codice impone che sussistano due condizioni al ricorrere delle quali la stazione appaltante è legittimata a riscuotere la cauzione definitiva: che vi sia un inadempimento contrattuale imputabile all'aggiudicatario e che risulti, allo stesso tempo, pregiudizievole per l'Amministrazione.

3. Deve essere esclusa l'escussione della garanzia definitiva in via automatica basata sulla risoluzione per la sopravvenuta interdittiva prefettizia, in modo da attribuire alla stessa una funzione sanzionatoria che risulterebbe estranea all'istituto e tale da configurare l'indebito arricchimento della stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 2023 n. 5968 e sez. IV, 15 dicembre 2021 n. 8367).

Ed infatti, nell'ipotesi di risoluzione intervenuta a causa del *factum principis* costituito dal sopravvenire di un provvedimento pubblicistico interdittivo risulta evidente che la ragione di impedimento opera dall'esterno del contratto, precludendone l'ulteriore corso.

D'altra parte, l'interdittiva antimafia non rientra tra le cause legittimanti l'escussione della garanzia definitiva previste dal citato art. 103 (cfr. comma 2 nel quale è indicato come la stessa cauzione può essere trattenuta solo qualora l'Amministrazione debba rivalersi per la maggiore spesa sostenuta in ragione dell'inadempimento di controparte ovvero debba provvedere al pagamento di quanto dovuto sempre dall'esecutore in ragione di inosservanze delle regole contrattuali).

Più in generale, l'interdittiva antimafia è una misura priva di portata sanzionatoria che prescinde da qualsivoglia colpevolezza dell'impresa colpita, trovando giustificazione in fondamentali esigenze di contrasto preventivo della criminalità organizzata. Tale impostazione, che peraltro assicura la compatibilità dell'eccezionale strumento interdittivo con principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, finirebbe per essere sostanzialmente disattesa laddove si equiparasse automaticamente, ai fini della disciplina sulla cauzione definitiva, il caso dell'inadempimento colpevole dell'appaltatore e quello dell'impossibilità di eseguire la prestazione per il sopraggiungere di un'interdittiva antimafia. In questo modo, infatti, si finirebbe per attribuire alla stessa quella base di colpevolezza che fonda la disciplina sull'inadempimento delle obbligazioni e che dovrebbe, invece, rimanere estranea, per evidenti ragioni di coerenza sistematica, rispetto a una fattispecie che non ha natura sanzionatoria perché non colpisce un illecito (quale, invece, è l'inadempimento delle obbligazioni in senso civilistico), configurandosi quale misura preventiva di contrasto della criminalità organizzata.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2023 il consigliere Nicola D'Angelo e uditi per le parti gli avvocati Angela Paradiso e Saverio Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Adriatica Servizi (di seguito indicata come società), impresa operante nel settore riscossione tributi anche nei Comuni di -OMISSIS- e di -OMISSIS- è stata destinataria nel 2019 di una interdittiva antimafia della Prefettura di -OMISSIS-. A seguito dello stesso provvedimento, i due Comuni hanno revocato il servizio di riscossione, incamerando le cauzioni.
2. La società ha impugnato al Tar di Bari l'interdittiva e i provvedimenti di incameramento delle cauzioni.
3. Nel corso del giudizio la società è stata poi ammessa al controllo giudiziario e conseguentemente la Prefettura ha emanato un provvedimento liberatorio per l'interdittiva.
4. Il gravame proposto è stato quindi limitato, quanto alla decisione, al provvedimento di incameramento delle cauzioni prestate ai sensi dell'art. 103 del d.lgs. n. 50 del 2016.
5. Il Tar, con la sentenza indicata in epigrafe (n. -OMISSIS-), ha accolto il ricorso, evidenziando, quanto al Comune di -OMISSIS-, come la risoluzione del contratto operata dal medesimo ente si fosse realizzata non per inadempienze della società, ma a causa del *factum principis* costituito dal sopravvenire di un provvedimento pubblicistico interdittivo, che avrebbe operato “*all'esterno*” del contratto, precludendone l'ulteriore corso.
 - 5.1. Per lo stesso Tribunale, la richiesta di misure di mitigazione, qual è il “controllo giudiziario”, ai sensi dell'art. 34-*bis* d.lgs. n. 159 del 2011, poteva salvaguardare l'operatività del soggetto interessato ed in ogni caso non poteva ritenersi fondato l'automatico incameramento della cauzione per inadempienza negoziale in costanza del provvedimento interdittivo (che avrebbe invece giustificato solo la risoluzione del contratto).
6. Contro la suddetta sentenza ha proposto appello il Comune di -OMISSIS- sulla base di cinque motivi di gravame.
 - 6.1. Con il primo ed il secondo, il Comune ha sostenuto, nella sostanza, l'erroneità della sentenza laddove ha ritenuto che a seguito dell'interdittiva antimafia e del conseguente scioglimento del contratto non fosse possibile l'incameramento della cauzione definitiva (l'appaltatore interdetto sarebbe rimasto comunque imputabile del mancato adempimento) e l'omessa impugnazione del danno cui la cauzione era connessa da parte dell'appellante.
 - 6.2. Con il terzo motivo di appello, l'Amministrazione ha contestato la decisione del Tar che non avrebbe considerato i danni subiti dall'Amministrazione. Tuttavia, l'art. 19 del disciplinare di gara

avrebbe previsto l'incameramento della cauzione definitiva a titolo di penale e pertanto, in presenza di una clausola penale, il creditore, ai sensi dell'art. 1382 c.c., sarebbe stato esonerato dal provare il danno.

6.3. Nel quarto motivo, parte appellante evidenzia come la società appellata, unitamente al gravame presentato al Tar, avesse proposto ricorso dinanzi al Tribunale di Bari per ottenere il pagamento di spese di aggio, di procedura e di notifica e per far dichiarare nullo l'incameramento della cauzione. In tale contenzioso il Comune di -OMISSIS- ha presentato ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, ritenendo sussistente la giurisdizione della Corte dei Conti, stante la qualifica di agente di riscossione della società appellata. Con ordinanza delle Sezioni Unite n. 760 del 12 gennaio 2022 la Corte di Cassazione ha poi concluso per la giurisdizione della Corte dei Conti, cosicché secondo l'Amministrazione emergerebbe, oltre che un difetto di giurisdizione, anche una violazione del giudicato esterno di cui alla medesima ordinanza.

6.4. Nel quinto motivo di appello, infine, Comune sostiene che il Tar avrebbe dovuto al più accogliere il ricorso di primo grado solo nel senso di escludere la possibilità dell'immediata escussione della cauzione, fermo restando il suo mantenimento e il diritto a trattenere sul deposito cauzionale i crediti risultanti in suo favore a seguito della definizione tra le parti delle rispettive ragioni di debito e credito.

7. La società appellata si è costituita in giudizio il 9 giugno 2023 chiedendo il rigetto dell'appello, ed ha depositato una memoria il 4 settembre 2023.

8. Il Comune appellante ha invece depositato ulteriori documenti il 14 luglio 2023 e una memoria il 22 agosto 2023.

9. Entrambe le parti hanno infine depositato repliche, il Comune l'11 settembre e la società il 14 settembre 2023.

10. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 5 ottobre 2023.

11. L'appello non è fondato.

12. Il Collegio esamina, innanzitutto, per la sua evidente priorità ed in assenza di una richiesta sull'ordine di trattazione dei motivi (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 22 maggio 2019, n.3290), la questione posta nel quarto motivo di appello relativamente al difetto di giurisdizione e comunque alla violazione del giudicato di cui all'ordinanza n. 760 del 12 gennaio 2022 delle Sezioni Unite della Cassazione, con la quale, in un diverso giudizio intentato dalla società appellata dinanzi al Tribunale di Bari per le spese di aggio, di procedura e di notifica e conseguentemente per l'incameramento della cauzione, la stessa Corte ha indicato la giurisdizione della Corte dei Conti.

12.1. Il motivo non può ritenersi fondato. Sul punto va preliminarmente osservato che le suddette circostanze, seppure in prossimità della decisione della Corte di Cassazione, erano note all'atto del

giudizio di primo grado. Nella pronuncia impugnata, tuttavia, né in modo esplicito, né implicito, si è statuito in ordine alla giurisdizione, così da potersi ritenere pienamente giustificato, ai sensi dell'art. 9 c.p.a., il motivo di impugnazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2022, n.8934).

12.2. In ogni caso, i due giudizi, quello dinanzi al Tar e quello che ha dato luogo all'ordinanza della Corte di Cassazione, avevano un *petitum* sostanziale diverso (presso il giudice amministrativo il contenzioso ha riguardato la risoluzione contrattuale per interdittiva antimafia e i profili amministrativi conseguenti compreso l'incameramento della cauzione; quello esaminato dalla Corte di Cassazione è stato nella sostanza concentrato sul giudizio di conto derivante dal cessato rapporto e dalla pretesa della spettanza sulle somme riscosse).

12.3. D'altra parte, non sembrano esservi dubbi sul fatto che rientra nella giurisdizione amministrativa l'impugnazione dell'atto di incameramento della cauzione definitiva prestata dal privato appaltatore a garanzia del proprio esatto adempimento quando a monte della pretesa amministrativa di incameramento si ponga, come nel caso di specie, una ragione diversa da una mera causa di risoluzione del rapporto contrattuale.

13. Ciò premesso, con il primo ed il secondo motivo di appello il Comune di -OMISSIS- deduce che l'interdittiva antimafia a carico della società che aveva in corso un contratto con l'Amministrazione integrava *ex se* la fattispecie di inadempimento prevista dall'art. 103 del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici, di seguito indicato come codice) e che di conseguenza tale circostanza avrebbe legittimato l'incameramento della cauzione definitiva. Inoltre, la società appellata non avrebbe eccepito in ordine al *quantum* del danno subito dall'Amministrazione.

13.1. La tesi dell'Amministrazione non può essere condivisa. L'art. 103 del codice impone che sussistano due condizioni al ricorrere delle quali la stazione appaltante è legittimata a riscuotere la cauzione definitiva: che vi sia un inadempimento contrattuale imputabile all'aggiudicatario e che risulti, allo stesso tempo, pregiudizievole per l'Amministrazione.

13.2. Nell'ipotesi di risoluzione intervenuta a causa del *factum principis* costituito dal sopravvenire di un provvedimento pubblicistico interdittivo risulta evidente che la ragione di impedimento opera dall'esterno del contratto, precludendone l'ulteriore corso.

13.3. D'altra parte, l'interdittiva antimafia non rientra tra le cause legittimanti l'escussione della garanzia definitiva previste dal citato art. 103 (cfr. comma 2 nel quale è indicato come la stessa cauzione può essere trattenuta solo qualora l'Amministrazione debba rivalersi per la maggiore spesa sostenuta in ragione dell'inadempimento di controparte ovvero debba provvedere al pagamento di quanto dovuto sempre dall'esecutore in ragione di inosservanze delle regole contrattuali).

13.4. E, seppure volendo ricondurre l'interdittiva all'inadempimento di cui all'art. 103, deve essere sottolineato come la cauzione definitiva prevista dalla stessa disposizione, che si atteggia come

garanzia di adempimento in senso stretto, cioè garanzia reale generica destinata a soddisfare le pretese, anche risarcitorie, vantate anche dalla stazione appaltante per l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, potrebbe operare nei limiti del pregiudizio effettivamente subito (che dunque va dimostrato).

13.5. In sostanza, deve essere esclusa l'escussione della garanzia definitiva in via automatica basata sulla risoluzione per la sopravvenuta interdittiva prefettizia, in modo da attribuire alla stessa una funzione sanzionatoria che risulterebbe estranea all'istituto e tale da configurare l'indebito arricchimento della stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 2023 n. 5968 e sez. IV, 15 dicembre 2021 n. 8367).

13.6. Più in generale, l'interdittiva antimafia è una misura priva di portata sanzionatoria che prescinde da qualsivoglia colpevolezza dell'impresa colpita, trovando giustificazione in fondamentali esigenze di contrasto preventivo della criminalità organizzata. Tale impostazione, che peraltro assicura la compatibilità dell'eccezionale strumento interdittivo con principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, finirebbe per essere sostanzialmente disattesa laddove si equiparasse automaticamente, ai fini della disciplina sulla cauzione definitiva, il caso dell'inadempimento colpevole dell'appaltatore e quello dell'impossibilità di eseguire la prestazione per il sopraggiungere di un'interdittiva antimafia. In questo modo, infatti, si finirebbe per attribuire alla stessa quella base di colpevolezza che fonda la disciplina sull'inadempimento delle obbligazioni e che dovrebbe, invece, rimanere estranea, per evidenti ragioni di coerenza sistematica, rispetto a una fattispecie che non ha natura sanzionatoria perché non colpisce un illecito (quale, invece, è l'inadempimento delle obbligazioni in senso civilistico), configurandosi quale misura preventiva di contrasto della criminalità organizzata.

13.7. Deve dunque ritenersi infondato anche il profilo di censura con il quale il Comune deduce la mancata impugnazione del *quantum* del danno, tenuto conto che la società appellata aveva gravato il difetto stesso dei presupposti per applicare l'art. 103 del codice.

14. Con il terzo motivo di appello, il Comune di -OMISSIS- afferma che l'art. 19 del contratto di concessione avrebbe previsto, nel caso di risoluzione di diritto, l'incamerare a titolo di penale del deposito cauzionale.

14. Anche tale profilo di censura non può essere condiviso, a prescindere dai profili di inammissibilità evocati dall'appellata (il contratto costituirebbe un documento nuovo non prodotto nel giudizio di primo grado).

14.1. Il caso in esame non sembra costituire un'ipotesi di risoluzione di diritto inquadrabile tra quelle previste dal citato art. 19 (disposizione non richiamata nella risoluzione). Quest'ultima è stata

invece operata ai sensi dell'art. 108, comma 2, lett. b), del codice, disposizione quest'ultima relativa alle conseguenze dell'applicazione di misure di prevenzione ai sensi del codice antimafia.

15. Nel quinto motivo di ricorso l'Amministrazione sostiene, in subordine, che il Tar avrebbe dovuto accogliere il ricorso di primo grado alla luce dell'art. 18 del disciplinare di gara limitatamente alla possibilità dell'immediata escussione, fermo restando il mantenimento della cauzione e il diritto del Comune a trattenere sul deposito cauzionale i crediti risultanti in suo favore a seguito della definizione tra le parti delle rispettive ragioni di debito e credito.

15.1. Il richiamato art. 18 non è però conferente alla controversia in esame, considerato che riguarda la fisiologica conclusione del rapporto contrattuale al termine del quale la cauzione viene restituita dopo aver regolato i rapporti tra le parti.

16. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

17. Tenuto conto della natura interpretativa della controversia, le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 4184 del 2023, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità della parte appellata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere