

Publicato il 21/06/2022

N. 05093/2022REG.PROV.COLL.  
N. 07613/2021 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7613 del 2021, proposto dalla società - OMISSIS-in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Generoso Grasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

l'Azienda Casa Emilia Romagna - -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

il Ministero dell'Interno e l'Ufficio Territoriale del Governo di Caserta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

*nei confronti*

di -OMISSIS-non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna (Sezione Prima), n. -OMISSIS-.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Casa Emilia Romagna - - OMISSIS-, del Ministero dell'Interno e dell'Ufficio Territoriale del Governo di Caserta;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2022 il Cons. Umberto Maiello e dato atto, quanto ai difensori e alla loro presenza, di quanto indicato a verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La società appellante, aggiudicataria dell'appalto per la “realizzazione di una rotonda in -OMISSIS-”, ha impugnato in primo grado la deliberazione n. 103 del 14 settembre 2018, con la quale il consiglio di amministrazione dell'Azienda Casa Emilia-Romagna per la provincia di Modena (-OMISSIS-) ha disposto il recesso contrattuale dall'affidamento della gara precedentemente bandita dalla stessa -OMISSIS-per la realizzazione di una rotonda stradale di cui la società ricorrente era stata riconosciuta aggiudicataria, nonché l'escussione della cauzione definitiva prestata dalla ricorrente.

1.1. -OMISSIS- impugnava, inoltre, la nota del 22 ottobre 2018, con cui la -OMISSIS-le comunicava il disposto recesso contrattuale dai lavori per la realizzazione della rotonda e, infine, il provvedimento del 31 luglio 2017, con il quale l'U.T.G. - Prefettura di Caserta adottava l'informazione interdittiva antimafia ai sensi dell'art. 84, comma 4, e art. 91, comma 6, del D. Lgs. n. 159 del 2011.

2. Con sentenza n. -OMISSIS-, pubblicata in data 17 maggio 2021, il TAR, ritenuta la giurisdizione, respingeva il ricorso, rilevando, da un lato, come il

provvedimento interdittivo fosse stato emanato nel rispetto della disciplina di settore, e dall'altro, la natura di atto dovuto sia del consequenziale recesso dal rapporto contrattuale che del coevo incameramento della cauzione definitiva, posta a presidio della regolare esecuzione del contratto.

3. Con il ricorso qui in rilievo, la società appellante, rinunciati i motivi di ricorso proposti avverso il provvedimento interdittivo antimafia, ha impugnato il capo della decisione recante la convalida della deliberazione n. 103 del 14 settembre 2018 del consiglio di amministrazione dell'-OMISSIS- nella parte in cui ha ritenuto legittima l'escussione della cauzione definitiva a suo tempo versata da -OMISSIS- nella misura di Euro 74.447,06, pari al 10% del valore dell'appalto.

3.1. La società deduce che l'articolo 11 del contratto prevede che - qualora venisse accertata la sussistenza di procedimento o provvedimenti di cui D. Lgs n. 159/2011 "Nuovo Codice Antimafia", *"il responsabile del procedimento (...) chiederà il risarcimento di eventuali danni"*.

L'escussione della polizza nella misura del 10% del valore dell'appalto sarebbe illegittima anche sotto diverso, concorrente profilo: la quantificazione della pretesa nella misura del 10% del valore del contratto si potrebbe avere solo nell'ipotesi in cui, proprio per le evenienze qui in rilievo, il danno non fosse determinato o determinabile. Di contro, nel caso di specie, sarebbe evincibile dal contratto un criterio speciale di quantificazione del danno in caso di sopravvenienza di interdittiva antimafia in corso di esecuzione, definito come *"(...) pari al valore delle prestazioni al momento eseguite (...)"* e che *"(...) le predette penali saranno applicate mediante automatica detrazione, da parte della stazione appaltante, del relativo importo delle somme dovute all'impresa in relazione alla prima erogazione utile (...)"*.

La stazione appaltante quantificava l'importo dei lavori eseguiti per complessivi € 437.923,89, ragion per cui il 10 % del contratto liquidato in modo forfettario non potrebbe ritenersi qui giustificato.

3.2. Resiste in giudizio -OMISSIS-, che ha concluso per l'inammissibilità dell'appello per difetto di giurisdizione e, comunque, per la sua infondatezza.

3.3. All'udienza del 9 giugno 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. Il ricorso è fondato nei limiti di seguito indicati.

4.1. Va, anzitutto, disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'appello per difetto di giurisdizione sollevata da -OMISSIS-, secondo cui la controversia afferirebbe ad aspetti prettamente civilistici siccome relativi all'ammontare della pretesa coperta da garanzia.

Secondo la suddetta parte resistente, nel caso oggetto del presente giudizio di appello sarebbe evidente la volontà di -OMISSIS- di censurare esclusivamente il *quantum* dovuto e non già l'*an* del preteso diritto di escutere la garanzia definitiva da parte di -OMISSIS-.

L'eccezione risulta irritualmente proposta.

L'articolo 9 del cod. proc. amm. prevede che il difetto di giurisdizione “*Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione*”.

Si è ulteriormente chiarito in giurisprudenza che, con particolare riferimento al processo amministrativo, laddove il difetto di giurisdizione non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di specifico motivo di appello, deve ritenersi maturato sul punto il giudicato implicito, stante la preclusione di cui all'art. 9 c.p.a., che regola la deduzione delle questioni di giurisdizione nell'ambito delle specifiche norme processuali che strutturano il rito del relativo plesso giurisdizionale. Peraltro, il passaggio in cosa giudicata di una pronuncia del giudice, recante statuizioni sul merito di una pretesa attinente ad un determinato rapporto, estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di detto giudice su tale rapporto, indipendentemente dal fatto che essa sia stata o meno oggetto di esplicita declaratoria (cfr. Cass. civ. Sez. Unite, 12 novembre 2021, n. 33846).

In applicazione dei suindicati principi, si deve rilevare che il giudice di prime cure ha espressamente disatteso l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata

in prime cure, di guisa che la devoluzione al Consiglio di Stato del relativo tema di discussione implicava la proposizione di apposita domanda di riforma del corrispondente capo di decisione mediante la rituale proposizione di appello incidentale, che viceversa non risulta qui proposto.

4.2. Sotto distinto profilo Acer eccepisce l'inammissibilità dell'appello anche per difetto di interesse, evidenziando di non aver escusso la garanzia definitiva, ma di aver semplicemente "disposto l'escussione della cauzione definitiva a suo tempo versata da -OMISSIS-; e ciò a cagione della messa in stato di liquidazione dell'impresa assicuratrice -OMISSIS-.

Anche tale eccezione va respinta poiché qui in contestazione, in apice, lo stesso diritto, nella misura fissata dal provvedimento, della stazione appaltante di procedere all'incameramento della cauzione definitiva, non essendo comprovata la definitiva e irreversibile possibilità di poter concretamente ottenere l'importo assicurato.

5. Quanto al merito, l'odierna appellante è risultata aggiudicataria dell'appalto per la realizzazione dei lavori di "realizzazione di una rotatoria in -OMISSIS-" e, pertanto, ha stipulato con -OMISSIS- il contratto di appalto di lavori per un importo di € 437.923,89.

5.1. In data 31 luglio 2017 la Prefettura di Caserta ha adottato un'informazione antimafia interdittiva a carico di -OMISSIS- e la legittimità del suddetto provvedimento ablatorio è stata convalidata, all'esito del giudizio incardinato presso il TAR Campania, con sentenza n. -OMISSIS- confermata anche in appello.

5.2. A seguito e per effetto del suddetto provvedimento, -OMISSIS- ha proceduto al recesso dal contratto e all'incameramento della cauzione definitiva, affidando la commessa qui in rilievo alla ditta che si era classificata al secondo posto della graduatoria, che ha ultimato i lavori il 23 dicembre 2019, con quasi due anni di ritardo rispetto al termine originariamente previsto nel contratto stipulato con -OMISSIS-

6. Le stazioni appaltanti, ai sensi degli artt. 92 e 94 del Codice Antimafia, nel caso di sopravvenienze di un'interdittiva antimafia, cui si riconnette l'accertamento dell'incapacità originaria del privato ad essere destinatario di un rapporto con la pubblica amministrazione, sono tenute a recedere dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

Le determinazioni amministrative di caducazione del contratto d'appalto sono emanate, dunque, nell'esercizio di un potere vincolato della stazione appaltante.

6.1. Sotto diverso profilo, a giudizio del Collegio, non può essere revocato in dubbio che siffatta evenienza sia addebitabile all'appaltatore che resta, pertanto, tenuto a rispondere del mancato adempimento.

E, invero, se, da un lato, l'informativa antimafia costituisce una sopravvenienza, i fatti che ne costituiscono il fondamento giustificativo e di cui la citata misura costituisce semplice sviluppo sono sicuramente conosciuti, o conoscibili, dall'impresa colpita e ricadono nella sua 'sfera di signoria', non potendo di certo essere sussunti nelle fattispecie esimenti del caso fortuito, forza maggiore o fatto del creditore.

È, quindi, detta impresa ad aver cagionato l'impossibilità di adempiere e non par dubbio che tale evento ricada nell'ambito di operatività della garanzia offerta dalla cauzione definitiva essendo questa posta a presidio, a norma dell'art. 103 del d. lgs. 50/2016, (...) *dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore.*

6.2. D'altro canto, l'art. 4 del contratto di appalto, in relazione alla garanzia definitiva, ha specificato che: *“In merito a detta cauzione il legale rappresentante della impresa appaltatrice, concede ampia facoltà di utilizzarla in tutto o in parte nel caso di*

*inadempienza ai patti contrattuali, così come riconosce il diritto ai maggiori danni ove questi dovessero essere superiori all'importo della cauzione?.*

*In subiecta materia* la giurisprudenza di settore ha evidenziato che, sotto il profilo soggettivo, l'informativa antimafia costituisce una sopravvenienza non prevedibile, collegata ad elementi e fatti sicuramente conosciuti dall'impresa incisa, e comunque costituisce una circostanza oggettivamente addebitabile all'appaltatore soggetto a fenomeni di infiltrazione mafiosa, che, in conseguenza, è quindi tenuto a rispondere del mancato adempimento mediante l'attivazione delle previste penali e fideiussioni. Le conseguenze patrimoniali della risoluzione del contratto, ivi compresa la sanzione della violazione dell'obbligo di diligenza, comporta necessariamente la responsabilità per i danni incolpevolmente subiti dalla Stazione Appaltante per il "mancato adempimento" del contratto (cfr. Cons. Stato Sez. II, 22 settembre 2021, n. 7810; Cons Stato, sez III, 24 ottobre 2018, n. 6052, 29 settembre 2016, n. 5533).

7. Nella suddetta prospettiva l'iniziativa della stazione appaltante deve ritenersi coerente con il divisato quadro di riferimento, dal momento che, fermi gli emolumenti dovuti ai sensi degli artt. 92 e 94 del Codice Antimafia, la garanzia *de qua* copre giustappunto la mancata esecuzione del contratto per causa imputabile all'appellante.

E ciò in linea con la finalità della garanzia in argomento che, a differenza di quella cd. provvisoria, riflette i caratteri della garanzia in senso stretto, rendendosi, dunque, operativa nei limiti del credito vantato dalla stazione appaltante. La stessa previsione della sua utilizzabilità "*in tutto o in parte nel caso di inadempienza dei patti contrattuali?*" ovvero della risarcibilità del maggior danno costituiscono un'indiretta conferma di ciò, con la conseguenza che la stazione appaltante può azionarla soltanto nei limiti del danno effettivamente subito.

7.1. Nel caso di specie, il rapporto risulta specificamente conformato, proprio rispetto all'evenienza qui in rilievo, dalla clausola contrattuale n. 5 dell'art. 21 del contratto di appalto, con cui è stato recepito il protocollo di intesa per la

prevenzione dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata. Tale clausola prevede che, *“Qualora il contratto sia stato stipulato nelle more dell’acquisizione delle informazioni del Prefetto, sarà applicata a carico dell’impresa, oggetto dell’interdittiva successiva, anche una penale nella misura del 10% del valore del contratto ovvero, qualora lo stesso non sia determinato o determinabile, una penale pari al valore delle prestazioni al momento eseguite; le predette penali saranno applicate mediante automatica detrazione, da parte della stazione appaltante, del relativo importo delle somme dovute all’impresa in relazione alla prima erogazione utile”*.

Orbene, la cornice regolatoria di riferimento prevedeva una forfettizzazione del danno per l’evenienza qui in rilievo nella misura del 10 % del contratto ovvero, in mancanza del suo perfezionamento, delle prestazioni al momento eseguite.

7.2. Ne discende che l’incameramento dell’intera cauzione nell’importo qui contestato, nella misura cioè di Euro 74.447,06, eccedente la misura del 10% del contratto, si sarebbe dovuto giustificare mediante l’allegazione di danni ulteriori.

7.3. Di contro, deve evidenziarsi che, avuto riguardo al contenuto del provvedimento impugnato, l’esercizio della facoltà qui esercitata risulta rigidamente e in via automatica ancorato al recesso manifestato a cagione della sopravvenuta interdittiva prefettizia senza che risultino allegati ulteriori e diversi addebiti o danni, ai quali si fa cenno solo nella memoria difensiva dell’appellata e che, però, non può integrare i provvedimenti impugnati in prime cure.

7.4. Alla stregua delle divise emergenze, va qui ribadito che il valore del contratto all’atto della stipula risultava determinato in € 437.923,89. In assenza di una specifica motivazione sulla sussistenza di un danno maggiore, su tale base andava, dunque, liquidata la penale nella misura del 10 %, di guisa che, nei limiti suddetti, l’appello va accolto con conseguente riduzione dell’importo della cauzione incamerata.

Restano evidentemente salvi gli ulteriori provvedimenti della stazione appaltante, qualora siano configurabili eventuali maggiori danni.

Conclusivamente, l'appello va accolto nei limiti suddetti con conseguente riforma, *in parte qua*, della decisione di primo grado.

Le spese del doppio grado di giudizio, in ragione della reciproca soccombenza, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 7613 del 2021, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti indicati in parte motiva e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, annulla nei limiti suddetti gli atti di incameramento della cauzione definitiva, salvi gli ulteriori provvedimenti.

Spese del doppio grado compensate.

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 dell'articolo 10 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, nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone, fisiche e giuridiche, menzionate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Umberto Maiello**

**Luigi Maruotti**

## IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.