

Publicato il 10/02/2023

N. 00291/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01307/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1307 del 2019, proposto da-OMISSIS-s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani e Giuliano Antonio Insalata, con domiciliazioni digitali come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Interno, U.T.G. - Prefettura di Foggia e Autorità nazionale anticorruzione, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Bari alla via Melo n. 97;

Comune di Foggia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angela Paradiso, Renata Fiore e Antonella Carlomagno, con domiciliazioni digitali come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di Canosa di Puglia (BT), non costituito in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS- s.r.l., -OMISSIS- s.r.l., -OMISSIS-s.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- dell'informazione antimafia interdittiva prot. -OMISSIS- del 16.9.2019 emessa dalla Prefettura di Foggia nei confronti della-OMISSIS- s.r.l., comunicata con nota prot.-OMISSIS- del 17.9.2019;
 - di tutti gli atti del procedimento, che hanno condotto all'adozione dei provvedimenti impugnati;
- nonché, in via derivata:
- della determinazione dirigenz. -OMISSIS- del 20.9.2019 con cui il Comune di Foggia ha disposto la risoluzione della concessione del servizio di accertamento e riscossione delle entrate tributarie, extratributarie e patrimoniali del Comune di Foggia (concessione-OMISSIS- s.r.l.), giusta determina dirigenziale-OMISSIS-del 7.8.2017 e successive, a firma del dirigente del servizio contratti e appalti, ed il contestuale incameramento della cauzione definitiva di importo pari a €. 1.250.000,00;
 - della nota prot. -OMISSIS- del 24.9.2019 con cui il Comune di Foggia ha richiesto l'incameramento della cauzione definitiva *ex art.* 103 del d.lgs. n. 50/2016;
 - della determinazione --OMISSIS-del 1°10.2019 con cui il Comune di Foggia ha disposto l'affidamento diretto, ai sensi dell'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, del servizio di affissione su impianti pubblicitari di proprietà comunale a favore della società -OMISSIS-;
 - della determinazione dirigenziale --OMISSIS-del. 3.10.2019 con cui il Comune di Foggia ha determinato di avviare la procedura di affidamento diretto, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. *a)*, del d.lgs n. 50 del 2016, mediante ordine di acquisto sul mercato delle PP.AA., per una spesa complessiva stimata di € 3.900,00, acquistando il software esposto sul portale MEPA dal fornitore -OMISSIS- s.r.l.;
 - della determinazione dirigenziale Re. Gen. --OMISSIS-del 9.10.2019 con cui il Comune di Canosa di Puglia ha disposto la risoluzione contrattuale del

“servizio di accertamento, liquidazione e riscossione anche coattiva dei tributi minori e della riscossione coattiva delle entrate tributarie e patrimoniali di cui ai contratti rep.-OMISSIS- del 9.1.2014 e rep. -OMISSIS- del 17.6.2014” e l’escussione della cauzione definitiva, come rettificata dalla successiva determinazione dirig. --OMISSIS-del 17.10.2019;

- della determinazione dirig. --OMISSIS-del 12.10.2019 con cui il Comune di Foggia ha determinato di acquistare la licenza d’uso del software “-OMISSIS-” dalla ditta -OMISSIS-s.r.l. di Casarano (LE) per un importo pari ad € 5.500,00 oltre IVA;

- per quanto occorrer possa, dell’annotazione dell’interdittiva nel casellario informatico ANAC, comunicata con nota prot. -OMISSIS- del 18.10.2019;

- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

e per la condanna degli enti intimati a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati, e con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario, qualora sia impossibile la reintegrazione in forma specifica, per fatto non imputabile alla società ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno - Prefettura di Foggia, dell’Autorità nazionale anticorruzione e del Comune di Foggia;

Vista la nota del 7 ottobre 2022 e la memoria del 9 dicembre 2022, con le quali parte ricorrente ha dichiarato di non aver più interesse al ricorso, limitatamente al gravame sull’interdittiva antimafia, a seguito dell’esito positivo del “controllo giudiziario” e quindi della sopraggiunta nuova informativa antimafia “liberatoria”; mentre, ha insistito sul III motivo di ricorso concernente la dedotta illegittima escussione delle due “garanzie definitive” effettuate sia dal Comune di Foggia sia dal Comune di Canosa di Puglia (BT);

Visti gli artt. 35, comma 1, lett. c), e 85, comma 9, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2023 il dott. Lorenzo Ieva e uditi per le parti i difensori l'avv. Alessandra De Pascalis, su delega orale degli avvocati Saverio Sticchi Damiani e Giuliano Antonio Insalata, per la ricorrente, l'avv. Angela Paradiso, per il comune di Foggia, e l'avv. dello Stato Giuseppe Zuccaro, per la difesa erariale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso depositato come in rito, la società istante impugnava provvedimento interdittivo antimafia emesso, in presenza dei presupposti *ex lege* previsti, dalla Prefettura di Foggia, nonché i conseguenti atti pregiudizievoli emessi dai comuni di Foggia e di Canosa di Puglia (BT), in relazione a taluni appalti in corso, lamentandone l'illegittimità per diversi profili.

2.- Si costituiva la difesa erariale per la Prefettura e l'A.NaC., nonché il Comune di Foggia, i quali contestavano ogni avversa deduzione e affermavano la piena legittimità dei provvedimenti adottati. Venivano inoltre depositati i documenti rilevanti la controversia. Non si costituiva invece il Comune di Canosa di Puglia (BT).

3.- Alla fissata camera di consiglio, la domanda cautelare veniva respinta, attesa la natura di polizia di prevenzione dell'atto gravato, fondato sull'acquisizione di una *serie di indizi*, tali da far ritenere plausibili collegamenti (compiacenti) con la criminalità organizzata e/o perlomeno condizionamenti (soggiacenti).

4.- Indi, la società chiedeva ed otteneva dal preposto Tribunale ordinario per le misure di prevenzione l'ammissione al "controllo giudiziario", ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. 6 settembre 2011 --OMISSIS-- ("Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione [...]"); all'esito del prestabilito periodo di

“osservazione”, l'amministratore giudiziario nominato, sotto la propria responsabilità, si esprimeva in senso positivo.

5.- Riesaminata la complessa posizione della società, con atto motivato, seguente il precedente atto interdittivo, alla luce del nuovo materiale acquisito, in particolare conseguente al controllo giudiziario esperito, la Prefettura di Foggia emanava *provvedimento antimafia liberatorio*.

6.- Scambiati ulteriori documenti, memorie e repliche, alla successiva udienza pubblica, dopo breve discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7.- Il ricorso è in parte improcedibile e in altra parte va accolto.

7.1.- *In primis*, va evidenziato che parte ricorrente ha precisato, in apposita nota del 7 ottobre 2022, poi meglio circostanziata con successiva memoria del 9 dicembre, che permane esclusivo interesse alla decisione del ricorso con riferimento agli atti unilaterali di incameramento delle due “cauzioni definitive” prestate, ai sensi dell'art. 103, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, per gli appalti di servizi stipulati con il Comune di Canosa di Puglia (BT) e con la Città di Foggia, per importi, rispettivamente, pari a € 1.250.000,00 ed € 80.786,00.

Difatti, a seguito del percorso proficuamente attivato dalla stessa società ricorrente, che ha condotto all'ammissione del “controllo giudiziario”, prima, e all'emissione di provvedimento liberatorio antimafia, poi, non residua più alcun interesse al gravame posto avverso il legittimo provvedimento interdittivo iniziale.

Di tale circostanza parte ricorrente ne dà pur atto alle controparti.

Pertanto, limitatamente a tale parte dell'impugnativa ne va statuita l'improcedibilità per sopravvenuto difetto d'interesse, ai sensi degli artt. 35, comma 1, lett. c), e 85, comma 9, c.p.a.

7.2.- Ben diversa è invece la situazione, con riferimento al gravame posto avverso i due atti unilaterali di incameramento delle cauzioni definitive, prestate ai sensi dell'art. 103 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

In prima battuta, può dirsi che l'appalto del Comune di Canosa – peraltro non costituito nell'odierno processo – era pressoché giunto a conclusione, per cui alcun danno è stato procurato a detto ente locale.

Invero, in base all'art. 108 (*Risoluzione*), comma 2, lett. *b*), d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (*"Codice dei contratti pubblici"*): "Le stazioni appaltanti devono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di efficacia dello stesso qualora: [...] *b*) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione".

Per invero, già gli artt. 92, comma 3, ult. parte, e 94, commi 2-3, d.lgs. 6 settembre 2011 --OMISSIS-- prevedono un potere-dovere qualificato – più propriamente – come "*recesso*" per evidenziare come trattasi dell'esplicazione di uno *speciale potere*, previsto da norme a matrice pubblicistica e proteso a tutelare l'ordine pubblico economico. In tal senso è anche la regola fondamentale tracciata dall'art. 21-*sexies* della legge 7 agosto 1990 n. 241, che prevede appunto che: "*Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto*".

Orbene, intanto è chiaro che alcuna risoluzione o recesso può pronunciarsi se il contratto di appalto abbia pressoché esplicito la propria efficacia, giungendo or dunque a "scadenza contrattuale", ovvero sia compendosi il *termine finale*. E in tale situazione ricade il contratto di appalto di servizi concluso con il Comune di Canosa di Puglia (BT).

Per quanto riguarda la natura e funzione della "*garanzia definitiva*" prevista dall'art. 103, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, va pur detto che essa è – come *expressis verbis* recita il testo normativo – precipuamente posta: "[...] a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse [...]. La garanzia cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione".

In base all'art. 103, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50: “Le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione [...], per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore [...]”.

Da tali disposizione emerge, *claris verbis*, come la funzione della “garanzia definitiva” sia quella di assicurare, da un lato, l'adempimento del contratto di appalto stipulato e, dall'altro lato, quella di tenere indenne l'amministrazione dagli oneri conseguenti al pronunciamento di risoluzioni in danno dell'appaltatore disposte per inadempienza contrattuale di questi. Ovverosia, la causa di risoluzione tutelata è quella riconducibile alla corretta esecuzione delle obbligazioni negoziali ed opera, per così dire, “all'interno” del contratto. Diverso è, invece, il caso della risoluzione (o *rectius* recesso), che sia pronunciata, a causa del *factum principis* costituito dal sopravvenire di un provvedimento pubblicistico interdittivo, che, al contrario, opera “all'esterno” del contratto, precludendone l'ulteriore corso. In tal caso, solo la richiesta – epperò in modo tempestivo – di misure di mitigazione, qual è il “controllo giudiziario”, ai sensi dell'art. 34-*bis* d.lgs. 6 settembre 2011 -OMISSIS-59, può salvaguardare l'operatività del soggetto interessato (T.A.R. Puglia, sez. II, 16 dicembre 2022 -OMISSIS-738).

Nella fattispecie concreta, l'ammissione al rimedio del “controllo giudiziario” è stato richiesto solo dopo l'ordinanza di rigetto della Sezione delle domandate misure cautelari e, comunque sia, dopo la pronuncia delle due risoluzioni contrattuali, ai sensi dell'art. 108, comma 2, lett. *b*), d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, da parte dei due enti locali.

Tuttavia, il provvedimento di incameramento della “garanzia definitiva” prestata, in virtù dell'art. 103 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, non è affatto consequenziale a qualsiasi risoluzione contrattuale, bensì solo alla pronuncia della risoluzione in danno per inadempienze negoziali. Inadempimenti che dunque devono essere sia imputabili all'aggiudicatario, sia pregiudizievoli all'amministrazione procedente.

Sul punto, invero, v'è contrasto in giurisprudenza. Nel senso che la risoluzione-recesso del contratto di appalto affidato, a seguito della “sopravvenienza” dell'interdittiva antimafia, non comporti affatto di per se stesso l'incameramento della “cauzione definitiva” è la giurisprudenza che il Collegio ritiene preferibile (Cons. St., sez. IV, 15 dicembre 2021 n. 8367; T.A.R. Sardegna, sez. Cagliari, sez. I, 23 gennaio 2020 n. 48; T.A.R. Emilia-Romagna, sez. II, 13 maggio 2015 n. 461; Idem 29 aprile 2015 n. 46). Mentre, altra giurisprudenza (Cons. St., sez. III, 21 giugno 2022 n. 5093) “dilata” la nozione di inadempimento contrattuale fino ad includervi il sopraggiungere del “fatto esterno” dell'interdittiva antimafia, senza distinguere tra “cauzione provvisoria” (art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 cit.) e “cauzione definitiva” (art. 103 d.lgs. n. 50 cit.).

Più rispondente alla lettura, anche sistematica delle norme, e alla *ratio* delle disposizioni normative sopra riportate è invece la tesi che ritiene che, a seguito della sopravvenienza dell'interdittiva, debba, finché sia operativa, escutersi la “garanzia provvisoria” (data cioè a corredo dell'offerta economica *ex* art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 cit.), perché questa tutela dalla mancata sottoscrizione del contratto, dopo il provvedimento di aggiudicazione, dovuta ad ogni fatto che sia riconducibile all'affidatario, ivi comprendendosi *expressis verbis* anche “l'adozione di informazione antimafia interdittiva” (Cons. St., Ad. plen., 26 aprile 2022 n. 7).

Mentre, la “garanzia definitiva” (ossia quella data in seno alla stipulazione del contratto *ex* art. 103 d.lgs. n. 50 cit.) obbedisce ad una diversa funzione, ovverosia a quella di tutelare l'amministrazione da inadempienze contrattuali *stricto sensu*, tant'è che, significativamente, il testo normativo, in questa seconda ipotesi, non contempla la sopravvenienza costituita dall'informativa interdittiva antimafia.

Può soggiungersi che, mentre in fase di affidamento può in effetti esigersi che l'operatore economico risponda del possesso di tutti i requisiti utili all'affidamento del contratto, anche dopo l'espletamento della gara e fino al

contratto, talché la “garanzia provvisoria” significativamente come da disposizione normativa: *“copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l’aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all’affidatario o all’adozione di informazione antimafia interdittiva”* (art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 cit.).

Una volta invece che sia stato stipulato il contratto, la diversa “garanzia definitiva” viene prestata *“a garanzia dell’adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall’eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse”* e *“per l’eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell’esecutore”* e per altre ipotesi assimilabili (art. 103, commi 1-2, d.lgs. n. 50 cit.).

Eventi successivi, a questo punto, tra cui il sopraggiungere, dopo la stipulazione del contratto, di un provvedimento interdittivo antimafia, legittimano la risoluzione-recesso, ma non automaticamente l’incameramento della “cauzione definitiva” per inadempienza negoziale.

Tornando alla *quaestio facti*, mentre per il Comune di Canosa di Puglia (BT), il contratto di appalto era comunque giunto a scadenza, ragion per cui non si pongono particolari problematiche di sorta e l’incameramento della “garanzia definitiva” è priva di causa lecita e indebita, parzialmente diversa è invece la posizione del Comune di Foggia.

In quest’ultimo caso, infatti, emerge, sulla scorta dei documenti agli atti del processo, come il Comune di Foggia, dopo la risoluzione-recesso (e cessazione dei canoni da corrispondersi) abbia provveduto alla gestione dei servizi già affidati alla società, in parte procedendo alla loro internalizzazione, anche acquistando *software* occorrenti (segnatamente per il servizio gestione e riscossione dei tributi) e in altra parte (ossia per il più modico servizio di affissione pubblicitaria) procedendo all’affido diretto ad altro soggetto appaltatore.

E quindi non si è proceduto ad alcuna “risoluzione in danno”, bensì alla semplice adozione, peraltro solo alcuni giorni dopo alle disposte risoluzioni-

recesso, di “*misure organizzative compensative*” all’interno dell’amministrazione comunale e a vantaggio dello stesso, ai fini della prosecuzione dei servizi, né sono stati dedotti o dimostrati danni specifici subiti da parte del Comune di Foggia.

Di conseguenza, anche l’incameramento disposto dal Comune di Foggia della “cauzione definitiva” è da ritenersi priva di causa e indebita.

8.- In conclusione, per le sopra esposte motivazioni, va dichiarata l’improcedibilità del ricorso, ad esclusione del motivo III, che va invece accolto. Per l’effetto, sono annullati i provvedimenti gravati limitatamente alla parte in cui hanno disposto l’incameramento delle “cauzioni definitive”, prestate per il corretto adempimento dei contratti di appalto di servizi, sottoscritti con i comuni di Canosa di Puglia (BT) e di Foggia.

9.- Le spese del giudizio vanno integralmente compensate tra le parti per la complessità e peculiarità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (sezione seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile, ad esclusione del solo motivo III, che è accolto nei sensi in motivazione, con annullamento dei gravati atti *in parte qua*.

Spese 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, -OMISSIS-96 (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.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2023 con l’intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere

Lorenzo Ieva, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Lorenzo Ieva

IL PRESIDENTE

Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO

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