

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2022 - Anno XLIII

LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO DI APPALTO A SEGUITO DI INFORMATIVA ANTIMAFIA INTERDITTIVA: L'ESPERIENZA DI UN ENTE DI PICCOLE DIMENSIONI

di **Ciro Giardinetto**, Segretario Comunale

Sommario:

I. CAPITOLO I: L'INTERDITTIVA ANTIMAFIA E I SUOI EFFETTI SUI CONTRATTI PUBBLICI.....	
Premessa	3
1. Analisi normativa della informativa antimafia: fonti, <i>ratio</i> e disciplina	4
2. Le delimitazioni dell'ambito discrezionale della Pubblica Amministrazione: i poteri della Prefettura	6
3. Gli effetti dell'interdittiva antimafia sui contratti pubblici. La risoluzione contrattuale e l'escussione della cauzione definitiva	8
II. CAPITOLO II: LA RISOLUZIONE CONTRATTUALE A SEGUITO DELL'INFORMAZIONE ANTIMAFIA: IL CASO DEL COMUNE DI CORBARA.....	
1. Le determinazioni assunte dal Comune di Corbara a seguito dell'informazione antimafia	11

2. Richiesta di escussione della cauzione definitiva a seguito della sopravvenienza della interdittiva antimafia	12
3. La decisione del Tar Napoli: sentenza n. 2177/2022	14
Conclusioni	16

Premessa.

Le interdittive antimafia raffigurano un importante presidio di legalità per preservare l'economia dall'infiltrazione criminale. Si tratta di provvedimenti fortemente restrittivi, in grado di paralizzare l'attività dell'impresa compromessa con le mafie, così salvaguardando l'ordine pubblico economico.

L'adozione dell'informazione interdittiva antimafia - rispondendo ad una *ratio* di tutela anticipata dell'ordine pubblico economico a fronte del rischio di infiltrazione della criminalità organizzata - produce un effetto di incapacità giuridica parziale e temporanea in capo al soggetto destinatario, a cui è precluso intrattenere rapporti con le Pubbliche Amministrazioni in quanto considerato "inaffidabile".

Infatti, il privato interdetto non può ottenere atti ampliativi dall'Amministrazione né stipulare contratti pubblici che, qualora già conclusi, devono essere risolti dall'amministrazione ai sensi dell'art. 108 del D.Lgs 50/2016.

Trattasi di un'attività vincolata non avendo l'amministrazione comunale alcun margine di apprezzamento in ordine alla incapacità di contrarre della società colpita da interdittiva antimafia.

I provvedimenti adottati dalle amministrazioni rappresentano la logica e vincolata conseguenza del provvedimento prefettizio.

Le stazioni appaltanti possono evitare di risolvere il contratto nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, nel caso di forniture di beni e servizi essenziali per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi.

Soprattutto, in Comuni di piccole dimensioni detti provvedimenti prefettizi producono effetti che richiedono interventi rapidi da parte delle Amministrazioni, le quali devono assicurare la continuità del servizio.

La tematica oggetto del presente elaborato è generata da una peculiare vicenda che ha interessato il Comune di Corbara che, nel 2018, a seguito di espletamento di una gara - ex art. 60 D.Lgs 50/2016 - affidava il

servizio di raccolta porta a porta, trasporto, conferimento e recupero/smaltimento dei rifiuti raccolti in forma differenziata sul territorio comunale, ad una ditta specializzata nel settore colpita, successivamente, da interdittiva antimafia.

Alla stregua della normativa di settore, la stazione appaltante procedeva alla risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 108 del D.Lgs 50/2016 e alla successiva richiesta di escussione della cauzione definitiva, indicando quale data di cessazione del rapporto il 01.09.2021. Ciò al fine di non interrompere improvvisamente il servizio, anche in considerazione della complessa situazione emergenziale connessa al COVID19, che imponeva la necessità di assicurare il servizio a tutela della salute pubblica.

Vedremo, nel prosieguo del lavoro, come anche un Ente di piccole dimensioni, attraverso la sua esperienza, può rappresentare il terreno elettivo per poter contribuire a delineare in modo più nitido la *ratio* e la portata applicativa della disciplina dell'interdittiva antimafia.

Particolare attenzione sarà destinata agli strumenti che la disciplina in parola appresta nel farsi carico della posizione delle amministrazioni pubbliche e alle scelte effettuate dal Comune per garantire che il servizio in parola, *medio tempore*, venisse assicurato senza soluzione di continuità.

CAPITOLO I: L'interdittiva antimafia e i suoi effetti sui contratti pubblici

1. Analisi normativa della informativa antimafia: fonti, *ratio* e disciplina.

La lotta alle organizzazioni criminali trova un utile strumento nell'istituto della informativa antimafia¹: una delle principali misure volte a contrastare il coinvolgimento di associazioni di stampo mafioso nell'ambito dei rapporti economici tra Pubblica Amministrazione e privati.

Tale informativa, infatti, consente al Prefetto territorialmente competente di estromettere un imprenditore dai rapporti contrattuali con le Pubbliche Amministrazioni, a seguito di indagini che portano a valutare immeritevole di "fiducia" il soggetto privato.

L'autorità prefettizia, attraverso la misura della informativa, esprime un giudizio motivato (trattandosi di un provvedimento amministrativo²) in chiave preventiva sul rischio di una possibile infiltrazione mafiosa all'interno dell'impresa privata³.

La *ratio* dell'istituto in esame risiede nella salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra imprese e buon andamento dell'Amministrazione Pubblica⁴, difatti il D.Lgs n. 159 del 2011, ha introdotto detta istituto di carattere preventivo, il quale trova fondamento negli accertamenti effettuati dagli organi di polizia,

¹ La fonte normativa dell'istituto oggetto del presente contributo si rinviene nel c.d. Codice antimafia e delle misure di prevenzione, d.lgs. n. 159 del 2011 agli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, come modificato e integrato dai decreti legislativi 15 novembre 2012, n. 218 e 13 ottobre 2014, n. 153. Originariamente l'istituto fu introdotto nell'ordinamento dalla legge n. 575 del 1965, poi rafforzata dalla legge Rognoni-La Torre, che predispose il meccanismo delle comunicazioni antimafia. La svolta del sistema fu data dalla legge delega n. 136 del 2010 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia), di cui è promanazione il Codice delle leggi antimafia.

² Sugli elementi del provvedimento amministrativo e sulla disciplina in generale dello stesso la letteratura è vasta, *ex multis*P. VIRGA, Il provvedimento amministrativo, Milano, 1968; cfr. Cons. St., sez. III, sent. n. 1743 del 2016, Cons. St., sez. III, 31 dicembre 2014, n. 6465.

³G. AMARELLI, S. DAMIANI, Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici, Giappichelli Editore, 2019;

⁴cfr. ancora Cons. St., sez. III, sent. n. 1743 del 2016, Cons. St., sez. III, 31 dicembre 2014, n. 6465.

successivamente sottoposti alla valutazione del Prefetto territorialmente competente⁵.

Avendo tale figura natura preventiva, la finalità dell'informativa si sostanzia nell'anticipazione della soglia di difesa sociale, in modo tale da garantire una forma di tutela avanzata contro le attività della criminalità organizzata⁶.

Da ciò ne consegue, *in primis*, che l'indagine posta alla base dell'informativa non dovrà necessariamente avere ad oggetto accertamenti di carattere definitivo ma potrà anche basarsi su fattori indiziari, sintomatici, da cui ricavare elementi bastevoli a far emergere il pericolo di un tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale di associazioni criminali⁷.

L'ottica del legislatore delle leggi c.dd. antimafia si pone anche in una clausola di bilanciamento: se da un lato deve garantirsi la fiducia e la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, dall'altro è fortemente sentita anche l'esigenza di incentivare e coinvolgere l'iniziativa economica di soggetti privati. Si tratta di due poli opposti aventi entrambi una matrice costituzionale e comunitaria.

È sufficiente anche un mero giudizio di possibilità sulla circostanza che l'attività di impresa privata possa agevolare l'attività di soggetti legati a traffici o commerci di stampo malavitoso⁸.

Va da sé che la base indiziaria deve rispettare determinati standard: la sussistenza di infiltrazioni o collegamenti deve innanzitutto risultare da un quadro d'insieme logico e attendibile; le componenti sono da

⁵Sulla valutazione effettuata dal Prefetto in ambito di informativa antimafia ci si soffermerà nel proseguito, trattandosi di un delicato passaggio vista l'ampia discrezionalità vigente in materia.

⁶ La giurisprudenza è pacifica in tal senso, recentemente tale orientamento è stato ribadito dal Cons. St., sent. del 21 aprile 2017, n. 1866.

⁷ Sul punto, *ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, sent. 23 febbraio 2015, n. 898, si v. anche P. PIRRUCCIO, *L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti* (Nota a T.a.r. Lazio, sez. III, 31 luglio 2008, n. 7786, Soc. Alfa marmi c. Min. sviluppo economico), in *Giur. merito*, 1/2009.

⁸ cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2342; 6 settembre 2011, n. 5019; 12 novembre 2011, n. 5130; 19 gennaio 2012, n. 254; 5 marzo 2012, n. 1240; 9 maggio 2012, n. 2678; 15 maggio 2012, n. 2806; 23 luglio 2012, n. 4208; 5 marzo 2013, n. 1329; sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4119; sez. III, 4 settembre 2013, n. 4414; 28 settembre 2015, n. 4527; 1° dicembre 2015, n. 5437; TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2011, n. 1951; TAR Campania, Napoli, sez. I, 17 giugno 2011, n. 3242; 7 luglio 2011, n. 3622; 5 giugno 2012, n. 2628; 20 giugno 2012, n. 2882; 15 ottobre 2012, n. 4127; 23 ottobre 2013, n. 4674; 6 febbraio 2014, n. 858; TAR Calabria, Reggio Calabria, 4 giugno 2012, n. 401; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 2 luglio 2012, n. 1875; TAR Basilicata, Potenza, 29 aprile 2013, n. 210; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 10 dicembre 2014, n. 1923

considerarsi in una visione unitaria e devono condurre, univocamente, alla deduzione di un tentativo di ingerenza nell'attività del privato esercente da parte dell'organizzazione criminale: è necessario il carattere dell'oggettiva significatività degli elementi indiziari.

Al fine di agevolare l'attività delle Stazioni Appaltanti, l'emissione della informazione interdittiva antimafia, comporta a carico dell'impresa anche l'impossibilità di iscrizione nella c.d. *white list*⁹: trattasi di elenchi istituiti presso ogni Prefettura, di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazioni mafiose¹⁰.

2. Le delimitazioni dell'ambito discrezionale della Pubblica Amministrazione: i poteri della Prefettura.

La *ratio* della informativa risiede nella massima anticipazione della soglia di tutela dell'azione di prevenzione in ordine ai pericoli di inquinamento mafioso.

La scelta prefettizia si basa sul ragionevole convincimento di un condizionamento mafioso. Il provvedimento caratterizzandosi per¹¹ l'astrattezza dei dati, le presunzioni, gli elementi indiziari, si rende

⁹ La normativa di riferimento è data dall'art. 1, commi 52-57, della legge n. 190 del 6 novembre 2012, come modificata dal d.l. 190/2014, e nel d.P.C.M. 18 aprile 2013, che ne detta le modalità operative.

¹⁰ Ricorda Piemontese (2021) che il rilievo dei pubblici appalti per l'economia mafiosa era stato già evidenziato da Giovanni Falcone in un contributo per la Rivista della Guardia di Finanza, scritto nel 1991. Per il concetto di "mafia imprenditrice", v. Arlacchi (1983). Della pericolosità della "mafia imprenditrice" appare ben consapevole il giudice amministrativo: cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, laddove afferma che «i fenomeni criminali di cui sono espressione le organizzazioni e le attività mafiose, in effetti, hanno progressivamente assunto, nel corso dei decenni, carattere sempre più "asimmetrico", nel senso che metodi e obiettivi hanno sempre più accentuato i caratteri della adattabilità alle circostanze più favorevoli al profitto ingente e facile, della imprevedibilità di strategie grazie alla estrema flessibilità nel mutamento di operazioni, alleanze e strategie e della graduale, ma costante penetrazione, con una serie di atti apparentemente non eccezionali o eclatanti, nei più diversi contesti della economia legale, e con una proiezione ormai anche internazionale».

¹¹ Il provvedimento ostativo a carattere antimafia è fondato sulla base di elementi sintomatici ed indiziari, come ad esempio una condanna penale non irrevocabile, la pregressa adozione di misure cautelari, coinvolgimenti in indagini penali, frequentazioni o parentele con soggetti notoriamente malviventi, ecc. «In questo quadro di, per vero, manifesta e, peraltro dichiarata, labilità probatoria anche i legami di natura parentale assumono pregnante rilievo qualora emerga un intreccio di interessi economici e familiari, dai quali sia possibile desumere la sussistenza dell'oggettivo pericolo che rapporti di collaborazione intercorsi a vario titolo tra soggetti inseriti nello stesso contesto familiare abbiano a porsi come strumento atto a diluire e a travisare aspetti di infiltrazione mafiosa nell'impresa oggetto di attenzione prefettizia» così L. M. DELFINO, *L'eccesso di potere nelle interdittive antimafia*, Intervento tenuto il 16 dicembre 2015 presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria nel seminario di studio su "Il controllo delle giurisdizioni sulla discrezionalità amministrativa".

facile bersaglio del sindacato giurisdizionale sulla presenza o meno della figura sintomatica di eccesso di potere¹².

Sulla scorta di quanto visto finora, è naturale giungere alla conclusione che l'attività del Prefetto fa leva su un margine di apprezzamento discrezionale molto ampio, quasi senza precedenti¹³.

Essendo la stessa una misura di carattere preventivo, prescinde dall'accertamento di singole responsabilità penali nei confronti dei soggetti che hanno rapporti con la Pubblica Amministrazione nello svolgimento dell'attività imprenditoriale: ciò che rileva sono gli accertamenti compiuti dai diversi organi di polizia, poi valutati dal Prefetto territorialmente competente.

La misura interdittiva non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazioni malavitose, e quindi del condizionamento in atto dell'attività d'impresa¹⁴.

Si è sostenuto in giurisprudenza che gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione¹⁵.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte sottolineato la necessità di un collegamento logico tra i vari elementi fattuali su cui si basa la misura interdittiva, tali da andare oltre quella che è la soglia del mero sospetto, per arrivare ad un livello superiore a quello della ipotesi

¹² La bibliografia in tema di eccesso di potere è vasta, tra le fonti più autorevoli: si v. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000; M. D'AMELIO e A. AZARA, *Novissimo Digesto Italiano*, voce Eccesso di potere, 23 Cfr. L. COSTANZO, *Il controllo del giudice amministrativo sull'informativa antimafia*, www.federalismi.it, 2017.

¹³ L. COSTANZO, *Il controllo del giudice amministrativo sull'informativa antimafia*, www.federalismi.it, 2017.

¹⁴ Lo stesso legislatore ha elencato i c.dd. delitti-spia, dell'infiltrazione mafiosa, di cui all'art. 84, comma 1, lett. a), del d. lgs. n. 159 del 2011, cioè delitti indicativi di un approccio mafioso al settore dei pubblici appalti e di una "presunzione di mafiosità", poggiante sulla valutazione compiuta "a monte" dal legislatore. La norma citata difatti statuisce che «le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356».

¹⁵ Cons. St., sez. III, sentenza del 20 dicembre 2017, n. 12.

astratta della possibilità dell'infiltrazione mafiosa. Così i contatti, le frequentazioni, le conoscenze, i rapporti di colleganza, amicizia con titolari, soci amministratori, dipendenti dell'impresa con soggetti raggiunti da provvedimenti di carattere penale o da misure di prevenzione antimafia, sono elementi che possono, in astratto, assumere rilevanza nel momento in cui non siano frutto di casualità. Se, da un lato è irrilevante un episodio isolato, stante la logica del *"più probabile che non"*, non lo sono invece dall'altro i contatti che l'imprenditore intrattiene direttamente o a mezzo intermediario, con soggetti colpiti da provvedimenti antimafia.

In merito al criterio del *"più probabile che non"* in giurisprudenza è stato osservato che l'impianto motivazionale dell'informativa antimafia deve fondarsi su una rappresentazione complessiva, imputabile all'autorità prefettizia, degli elementi di permeabilità criminale che possono influire anche indirettamente sull'attività d'impresa, la quale si viene a trovare in una condizione di potenziale asservimento o, comunque, di condizionamento, rispetto alle iniziative della criminalità organizzata di stampo mafioso (15 mettere sentenza più probabile che non stampata).

La enunciata regola del *"più probabile che non"*, integra un criterio di giudizio di tipo empirico-induttivo, che ben può essere integrato da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, qual è quello mafioso, e che risente della estraneità al sistema delle informazioni antimafia di qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio, poiché simile logica vanificherebbe la finalità anticipatoria dell'informazione antimafia, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente rilevante.

Sul significato di questa regola, si può dire che l'interdittiva antimafia, per la sua natura cautelare e per la sua funzione di massima anticipazione della soglia di prevenzione, non richiede la necessaria

prova di un fatto, ma la sola presenza di una serie di indizi in base ai quali sia plausibile ritenere la sussistenza di un collegamento con organizzazioni mafiose o di un possibile condizionamento da parte di queste. Pertanto, ai fini della sua adozione, da un lato, occorre non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi dai quali, secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale, sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata; dall'altro lato, detti elementi vanno considerati in un modo unitario, e non atomistico, cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri.

3. Gli effetti dell'interdittiva antimafia sui contratti pubblici. La risoluzione contrattuale e l'escussione della cauzione definitiva.

In presenza di un'informazione antimafia le stazioni appaltanti devono procedere alla revoca dell'aggiudicazione o, se la stipulazione del contratto è già intervenuta, alla risoluzione del contratto poiché l'avvenuta "interdittiva antimafia" determina un'incapacità giuridica *ex lege*¹⁶ ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinano (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la P.A.¹⁷

In particolare, l'art. 94, comma 2, stabilisce che "Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92, comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3,

¹⁶ parere AG 68/15/AC del 21.5.2015

¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 2 luglio 2016 n. 3247; Ad. Plen. n. 3/2018; conf. Ad Plen. n. 23/2020.

revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono 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". Altresì l'art. 108, comma 2, del D.Lgs. 50/2016 prevede che "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, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80".

Pertanto, l'interdittiva antimafia vincola la stazione appaltante a risolvere il contratto essendo ogni successiva statuizione di questi ultimi soggetti dovuta e vincolata a fronte del giudizio di disvalore dell'impresa e non deve essere corredata da alcuna specifica motivazione¹⁸, essendo l'apprezzamento (con gli effetti che ne discendono sull'impossibilità di mantenere rapporti giuridici con la P.A.) "riservato in via esclusiva all'Autorità di pubblica sicurezza e non può essere messo in discussione da parte dei soggetti che alla misura di interdittiva devono prestare osservanza"¹⁹.

Non residua in capo alla Stazione Appaltante alcuna possibilità di sindacato nel merito dei presupposti che hanno indotto il Prefetto alla sua adozione, atteso che si tratta di un provvedimento volto alla cura dell'ordine e della sicurezza pubblica nel settore dei trasferimenti e di impiego di risorse economiche dello Stato, degli enti pubblici e degli altri soggetti contemplati dalla normativa in materia.

Invero, in fase di esecuzione del contratto il potere discrezionale riconosciuto alla P.A. è estremamente ridotto atteso che il contratto potrebbe essere conservato solo in presenza di interessi contingenti

¹⁸ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 6 luglio 2020, n. 1285.

¹⁹ Tar Sicilia - Catania, n. 355/2021, cit.;

quali quelli di pubblica utilità che indurrebbero a ritenere la prevalenza di questi sulle esigenze di tutela antimafia.

Nel caso di conservazione del contratto, la rilevata discrezionalità amministrativa imporrebbe alla P.A. di giustificare una tale scelta eccezionale attraverso una motivazione c.d. rafforzata.

Una delle ipotesi di conservazione del contratto è cristallizzata nell'art. 94, comma 2, del codice antimafia, il quale prevede che nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi.

Conseguentemente alla risoluzione contrattuale, secondo costante giurisprudenza amministrativa, la stazione appaltante ha la possibilità di escutere la cauzione definitiva ex art. 103, del D.Lgs 50/2016. In particolare, se sotto il profilo soggettivo, l'informativa antimafia costituisce una sopravvenienza non prevedibile, tuttavia sicuramente conosciuti, o conoscibili, dall'impresa colpita sono i fatti posti a fondamento dell'interdittiva. I giudici di Palazzo Spada hanno infatti statuito che "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, conseguente al sopravvenire dell'interdittiva"²⁰.

CAPITOLO II: La risoluzione contrattuale a seguito dell'informazione antimafia: il caso del Comune di Corbara

1. Le determinazioni assunte dal Comune di Corbara a seguito dell'informazione antimafia.

²⁰ Cons Stato, sez III n.6052 del 24/10/2018, nello stesso senso, id. n. 5533 del 29/12/2016.

Nell'anno 2017 il Comune di Corbara indiceva una gara (ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs 50/2016) per il servizio di raccolta porta a porta, trasporto, conferimento e recupero/smaltimento dei rifiuti raccolti in forma differenziata sul territorio comunale.

A seguito dell'espletamento della gara il servizio veniva aggiudicato alla società OMISSIS, la quale in data 21.05.2018 stipulava il contratto di appalto.

Successivamente alla conclusione del contratto *de quo*, la Prefettura territoriale notiziava l'amministrazione comunale che nei confronti della società era intervenuto provvedimento amministrativo ostativo antimafia, promanato ai sensi dell'art. 91, comma 7 bis del D.Lgs n. 159/2011 dalla Prefettura di Napoli.

In conseguenza di ciò, l'amministrazione comunale si determinava per la risoluzione contrattuale, e, successivamente, richiedeva l'escussione della cauzione definitiva²¹.

Detti provvedimenti venivano impugnati nei termini dalla società OMISSIS dinanzi il Tribunale Amministrativo di Napoli.

Orbene, prima di esporre le conclusioni dei Giudici Partenopei, è necessario soffermarci sul contenuto dei provvedimenti consequenziali adottati dall'amministrazione civica aventi ad oggetto la risoluzione contrattuale, la richiesta di escussione della cauzione definitiva e l'affidamento diretto del servizio ad altra società.

Innanzitutto, occorre evidenziare che l'amministrazione comunale ha adottato un provvedimento di risoluzione essendo l'interdittiva antimafia intervenuta in fase di esecuzione del contratto. Sul punto, la determina richiama l'art. 108 del D.Lgs 50/2016 secondo il quale le stazioni appaltanti risolvono il contratto qualora, durante il periodo di efficacia dello stesso, sia intervenuto un provvedimento definitivo che disponga l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al

²¹ In ossequio alla normativa di settore, la deducente Amministrazione ha prontamente segnalato all'ANAC il disposto provvedimento di risoluzione. Conseguentemente, l'Anac ha provveduto all'inserimento dell'annotazione nel Casellario informatico.

codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione nei confronti dell'appaltatore.

Al riguardo, la determinazione è sorretta da costanti orientamenti giurisprudenziali del Consiglio di Stato, il quale ha affermato che l'avvenuta interdizione determina, per l'effetto, un'incapacità giuridica *ex lege* ad intrattenere rapporti giuridici con la pubblica amministrazione. Trattasi di una misura tipica che accerta, ai sensi dell'art. 4, comma 4, del D.Lgs n. 490/1994, il pericolo di condizionamento dell'impresa da parte della criminalità organizzata, non residuando in capo all'amministrazione alcuna possibilità di sindacato nel merito dei presupposti che hanno condotto il Prefetto alla sua adozione.

Ma vi è di più. La determina, nella parte motivazionale, evidenzia come la intervenuta risoluzione sia da qualificarsi come vincolante, non lasciando all'amministrazione comunale alcun margine discrezionale di apprezzamento in ordine alla incapacità di contrarre della OMISSIS. Inoltre, evidenziata la natura consequenziale e doverosa della determinazione assunta, si rileva l'assenza di interessi contingenti quali quelli di "pubblica utilità" che indurrebbero a conservare il contratto.

Invero, sul punto, con successiva determinazione, al fine di non interrompere improvvisamente il servizio di pubblica utilità, ricorrendone le ragioni di "estrema urgenza" derivanti da eventi "imprevedibili", e ricevuta l'indisponibilità del primo ed unico soggetto utilmente collocato in graduatoria, l'amministrazione ha affidato il servizio alla ad una ditta sotto il controllo pubblico, nelle more dell'espletamento di una nuova gara ad evidenza pubblica.

Siffatta scelta è stata giustificata attraverso una motivazione cd. rafforzata in cui l'amministrazione ha evidenziato la necessità di non interrompere improvvisamente il servizio, anche in considerazione della complessa situazione emergenziale connessa al COVID19, che

imponere la necessità, di assicurare il servizio a tutela della salute pubblica.

2. Richiesta di escussione della cauzione definitiva a seguito della sopravvenienza della interdittiva antimafia.

A seguito e per l'effetto del provvedimento di risoluzione contrattuale, l'amministrazione comunale ha richiesto, a norma dell'art. 103 del D.Lgs 50/2016, l'escussione della cauzione definitiva potendosi addebitare la risoluzione alla OMISSIS chiamata, pertanto, a rispondere del mancato adempimento.

Infatti, se, da un lato, l'informativa antimafia rappresenta una sopravvenienza, i fatti che ne costituiscono il fondamento giustificativo sono sicuramente conosciuti, o conoscibili, dalla OMISSIS e ricadono nella sua "sfera di signoria", non potendo di certo essere sussunti nella fattispecie esimenti del caso fortuito, forza maggiore o fatto del creditore.

L'impossibilità ad adempiere è stata cagionata dalla OMISSIS resasi protagonista dei fatti richiamati dalla informativa prefettizia, pertanto, non par dubbio che tale evento ricada nell'ambito di operatività della garanzia offerta dalla cauzione definitiva essendo la stessa posta a presidio - ex art. 103 D.Lgs 50/2016 - "dell'adempimento di tutte le obbligazione 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".

Dall'altro canto, lo stesso art. 7 del contratto di appalto stipulato con la OMISSIS ha stabilito che "la garanzia copre l'intero periodo contrattuale restando vincolata sino a quando saranno state definite tutte le contestazioni e vertenze che fossero, eventualmente, insorte nel corso dell'espletamento del contratto".

Sul punto, costante e copiosa giurisprudenza amministrativa ha affermato 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 fidejussioni. 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 contratto²².

In conseguenza di ciò, il Comune di Corbara ha - con successivo provvedimento- richiesto l'escussione della cauzione definitiva.

3. La decisione del Tar Napoli: sentenza n. 2177/2022.

Con i motivi aggiunti la OMISSIS ha contestato le determinazioni con le quali la resistente amministrazione ha disposto (previo contraddittorio) la risoluzione del rapporto contrattuale, in pedissequa esecuzione dell'informativa antimafia interdittiva, nonché l'incameramento della cauzione definitiva.

Nella sentenza n. 2177/22 i Giudici Partenopei hanno proceduto, innanzitutto, ad esaminare la fondatezza della interdittiva antimafia e successivamente la legittimità delle determinazioni consequenziali adottate.

Con particolare riferimento ai provvedimenti emanati dall'amministrazione di Corbara, la OMISSIS - a sua difesa - ha sostenuto che, a prescindere dalla fondatezza dell'interdittiva antimafia, l'Ente non avrebbe potuto escludere la ricorrente senza

²² Cons. Stato sez. III, n. 5039 del 21 giugno 2022; Cons. Stato sez. II, n. 7810 del 22 settembre 2021; Cons. Stato sez. III, n. 6052 del 24 ottobre 2018, 29 settembre 2016 n. 5533.

alcuna valutazione discrezionale, poiché l'adozione dell'interdittiva non è causa di esclusione automatica, ex art. 80, co. 2, del d.lgs. n. 159/2011. L'Amministrazione avrebbe dovuto valutare la portata di circostanze conseguenti al provvedimento prefettizio. La società ricorrente ha sostenuto che il rinvio operato dall'art. 80, co. 2, del codice dei contratti pubblici all'art. 92, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 159/2011 andrebbe esteso all'art. 94, tra cui il co. 3, pervenendo al risultato di non dover escludere l'operatore economico "nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi" (art. 94, co. 3, cit.).

La censura è stata disattesa dal T.a.r. Napoli.

A giudizio dello stesso, nel caso di specie, come ribadito da costante giurisprudenza amministrativa, si configura la doverosità dell'esclusione da parte del Comune di Corbara, non residuando in capo allo stesso spazi per una valutazione discrezionale.

Il provvedimento di cd. "interdittiva antimafia" ha determinato l'impossibilità per la OMISSIS - che di esso è destinatario - ad essere titolari di rapporti con la pubblica amministrazione ovvero di quelle situazioni giuridiche soggettive che determinino rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione.

Pertanto, l'atto di ritiro del Comune di Corbara si mostra coerente con l'esigenza di sottrarre la posizione di contraente della Pubblica Amministrazione al destinatario dell'interdittiva, la quale esclude che l'imprenditore sia da considerarsi come "affidabile" e possa essere, di conseguenza, titolare di rapporti contrattuali con la predetta amministrazione.

Si è in presenza di un provvedimento valido, legittimo ed efficace.

Con ulteriori motivi aggiunti la OMISSIS ha impugnato la determinazione con cui il Comune di Corbara ha richiesto l'escussione della cauzione definitiva per i motivi suesposti.

Sul punto, la ricorrente ha eccepito che l'art. 103 del codice dei contratti pubblici (per il quale le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei servizi nel caso di risoluzione del contratto in danno dell'esecutore) atterrebbe al mancato o inesatto adempimento delle prestazioni di ordine tecnico, non ricadendovi la risoluzione o recesso o decadenza come conseguenza dell'interdittiva; denunciando, pertanto, il carattere vessatorio dell'incameramento della cauzione, non allineato alla cessazione del rapporto contrattuale.

Anche dette censure sono state ritenute prive di pregio.

Invero, l'adito Giudice ha rilevato in parte qua che l'art. 103 del d.lgs. n. 50/2016 (che prevede l'escussione della garanzia che l'esecutore è obbligato a costituire per il mancato o inesatto adempimento) è applicabile anche in caso di emanazione di una successiva informazione antimafia, riconnettendosi per un verso a un fattore comunque imputabile al contraente privato e, per altro verso, dovendosi preservare la posizione della stazione appaltante incolpevole²³.

Infine, alcun rilievo può assumere la circostanza che l'incameramento della cauzione sia stato richiesto con qualche mese di anticipo rispetto alla cessazione del rapporto, stante la definitività dell'atto di ritiro del

²³Il sopravvenire di una interdittiva antimafia, ignorata al momento della sottoscrizione del contratto, configura una ipotesi di inadempimento imputabile, sul piano soggettivo, alla società contraente atteso che i fatti posti alla base del provvedimento prefettizio non possono considerarsi estranei alla sfera di controllo (e, quindi, di conoscenza/conoscibilità) dell'impresa medesima (operatore professionale di settore), non integrando caso fortuito, forza maggiore o fatto del creditore. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha, infatti, statuito 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, che era espressamente richiesto dall'art. 113 dell'abrogato D.lgs. n. 163/2006 e che era direttamente ed esclusivamente imputabile da parte della società ricorrente, conseguente al sopravvenire dell'interdittiva". (Cons Stato, sez III n.6052 del 24/10/2018, nello stesso senso, id. n. 5533 del 29/12/2016; Cons. Stato, sez. II, 22/11/2021 n. 7810).

contratto, che ne rende impossibile la prosecuzione e legittima l'escussione della garanzia.

Pertanto, anche i motivi aggiunti sono stati interamente respinti.

In conclusione, ad oggi, la OMISSIS ha subito l'interruzione di tutti i rapporti contrattuali posti in essere con il Comune di Corbara non essendo ritenuta "affidabile".

Conclusioni

Il Comune di Corbara notiziato dell'interdittiva antimafia ha proceduto *ex lege* alla risoluzione del contratto e all'incameramento della cauzione definitiva.

La necessità di non interrompere il servizio pubblico oggetto del contratto, anche in considerazione della complessa situazione emergenziale connessa al COVID-19, ha imposto all'amministrazione di affidare, in via d'urgenza, nelle more dell'espletamento della gara pubblica, il servizio ad altra società individuata a seguito di consultazione dell'elenco delle aziende attive sul mercato presente sul sito dell'Agenzia Nazionale dei Beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Tale consultazione deriva dalla necessità di individuare un soggetto economico "affidabile".

Il ricorso a tale sistema derogatorio ha postulato la verifica da parte dell'amministrazione della presenza dei requisiti necessari per potere procedere a tale affidamento.

Infatti, oltre all'esistenza di motivi d'urgenza (incompatibili con l'ordinaria attivazione di una procedura selettiva evidenziale), il provvedimento di affidamento pone l'attenzione sull'importo del servizio e sulle nuove soglie introdotte dal decreto semplificazione.

Oggi il D.L. 70/2021, in deroga all'art. 36 del D.Lgs 50/2016, ha individuato la soglia di 139.000,00 euro per l'affidamento di servizi e forniture. In ragione di ciò, è stato possibile affidare d'urgenza il servizio in commento, avendo un importo inferiore.

In conclusione, tale scelta ha consentito all'Amministrazione civica di garantire continuità al servizio di raccolta rifiuti data l'urgenza e l'inderogabilità della situazione e di evitare il blocco di un servizio primario e essenziale.

Inoltre, la scelta di consultazione dell'elenco delle aziende attive sul mercato presente sul sito dell'Agenzia Nazionale dei Beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata ha consentito all'amministrazione di poter individuare in tempi "brevi" un operatore economico "affidabile".

Occorre rilevare che, oggi pende giudizio di appello dinanzi il Consiglio di Stato avverso la sentenza del Tar Napoli che ha dichiarato la legittimità dei provvedimenti amministrativi consequenziale adottati dall'amministrazione comunale. Si resta in attesa della relativa pronuncia di merito.

BIBLIOGRAFIA

G. AMARELLI, S. DAMIANI, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli Editore, 2019.

L. COSTANZO, *Il controllo del giudice amministrativo sull'informativa antimafia*, www.federalismi.it, 2017.

L. M. DELFINO, *L'eccesso di potere nelle interdittive antimafia*, Intervento tenuto il 16 dicembre 2015 presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria nel seminario di studio su "Il controllo delle giurisdizioni sulla discrezionalità amministrativa".

M. D'AMELIO e A. AZARA, *Novissimo Digesto Italiano*, voce Eccesso di potere;

P. PIRRUCCIO, *L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti* (Nota a T.a.r. Lazio, sez. III, 31 luglio 2008, n. 7786, Soc. Alfa marmi c. Min. sviluppo economico), in *Giur. merito*, 1/2009.

P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968

V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000.