

Publicato il 23/01/2020

N. 00048/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00210/2019 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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 210 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Consorzio Stabile Eragon S.c. a r.l. e Sa.Gi.Le. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Daniela Piras, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio, in Cagliari, via Sonnino n. 84;

contro

Abbanoa S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonello Rossi, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Ada Negri n. 32;

per l'annullamento:

A) con il ricorso introduttivo:

- della determinazione del Direttore Generale n. 27 del 23 gennaio 2019, comunicata il successivo giorno 29, con la quale Abbanoa S.p.A. ha disposto di risolvere, ex art. 88, comma 4 bis, del d.lgs. 159/2011, il contratto d'appalto stipulato in data 9 dicembre 2016 con il Consorzio Stabile Eragon S.c. a r.l. per la progettazione esecutiva e la realizzazione dei *“Lavori di efficientamento reti idriche e allacci nel Distretto 6-Lotto 6.3 (Comuni di Santa Maria Coghinas, Sennori, Sorso, Tergu, Valledoria, Viddalba)”* e di incamerare la cauzione definitiva di cui all'art. 113 del d.lgs. 163/2006, dell'importo di € 392.492,00;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o connesso alla predetta determinazione, ivi compresa la nota prot. CT/GM 9134 PLP in data 20 febbraio 2019, recante la segnalazione all'ANAC della risoluzione del contratto di appalto;

B) con i motivi aggiunti presentati dell'11 aprile 2019:

- della nota prot. SM-LN7AA/1100772019 SSL in data 4 marzo 2019, a firma del Responsabile dei Servizi Legali, con la quale Abbanoa S.p.A. ha riscontrato negativamente l'istanza di autotutela presentata dalla SA.GI.LE. in relazione al provvedimento principalmente impugnato *“confermando”* il medesimo provvedimento e la *“decisione di incamerare la garanzia fideiussoria in ragione del pregiudizio subito dalla S.A. appaltante a causa delle vicende che hanno interessato l'aggiudicatario Consorzio”*;

C) con i motivi aggiunti del 22 maggio 2019:

- della DDG prot. n. 213 dell'8 maggio 2019 con la quale il Direttore Generale di Abbanoa ha confermato la D.D.G. n. 27 del 23 gennaio 2019, impugnata con il ricorso introduttivo, confermato il rigetto delle istanze presentate da SA.GI.LE. S.r.l. l'8 febbraio 2019,

confermato e ratificato i contenuti della nota Abbanoa S.p.A. prot. n. SM-LN/AA 11007/2019 SSL del 4 marzo 2019 a firma del Responsabile del Settore Servizi legali.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Abbanoa S.p.A.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2019 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione del Direttore Generale 27 giugno 2016, n. 173, Abbanoa S.p.A. aveva aggiudicato al Consorzio Stabile Eragon l'appalto per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di efficientamento delle reti idriche e allacci nel Distretto 6-Lotto 6.3 (Comuni di Santa Maria Coghinas, Sennori, Sorso, Tergu, Valledoria, Viddalba); in sede di gara il Consorzio aveva dichiarato di concorrere per la propria consorziata SA.GI.LE. S.r.l., che avrebbe eseguito materialmente i lavori, e aveva indicato ai fini della progettazione il Raggruppamento temporaneo di professionisti tra l'ing. Francesco Bosincu (mandatario), l'ing. Stefano Tola, il dott. geol. Donatella Giannoni e l'arch. Silvia Sussarellu (mandanti).

Dopo la costituzione della cauzione definitiva mediante polizza fideiussoria emessa dalla Compagnia Unipol Sai Assicurazioni S.p.A., per la somma garantita di euro 392.492,00, in data 9 dicembre 2016 era stato stipulato il contratto ove si prevedeva, tra le altre cose, che:

- la cauzione definitiva sarebbe stata trattenuta dalla stazione appaltante *“in caso di inadempienze contrattuali da parte dell’Appaltatore”* (art. 13);
- non avendo, all’epoca, il Consorzio ancora ottenuto risposta alla richiesta di Certificazione Antimafia presentata il 22 luglio 2016, *“stante l’urgenza, le parti addiventano alla stipulazione del presente contratto ai sensi dell’articolo n. 88, comma 4 bis del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e s.m.i.”* e, dunque, sotto *“condizione risolutiva”* dell’esito non favorevole della richiesta di certificazione, che avrebbe comportato il *“recesso”* della stazione appaltante dal contratto *“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”* (così, testualmente, l’art. 88, comma 4, bis, del d.lgs. n. 159/2011, richiamato in contratto).

Dopo avere depositato la progettazione preliminare, il Consorzio Stabile Eragon era stato attinto da interdittiva antimafia con provvedimento del Prefetto di Roma 20 febbraio 2017, prot. n. 60743/Area I Bis/O.S.P., in quanto tre delle cinquanta imprese consorziate -peraltro poi espulse dalla compagine consortile- erano state, a loro volta, raggiunte da interdittiva antimafia; avverso tale provvedimento interdittivo il Consorzio aveva proposto ricorso innanzi al TAR del Lazio, Roma, che con sentenza della Sezione I Ter, 19 luglio 2017, n. 873, l’aveva annullato, ma la relativa pronuncia era stata, poi, riformata dal Consiglio di Stato, Sezione III, con sentenza 22 febbraio 2018, n. 1112.

Abbanoa, che il 5 aprile 2017 aveva risolto il contratto e che, a seguito della citata decisione del TAR Lazio, aveva annullato in autotutela (in data il 26 settembre 2017) la risoluzione, preso atto della pure citata pronuncia del Consiglio di Stato ha, dapprima, con

determinazione 23 gennaio 2019, n. 27, disposto nuovamente la risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 88, comma 4 bis, del d.lgs. 159/11 e l'incameramento della cauzione definitiva, poi, con nota del Responsabile lavori Pubblici 20 febbraio 2019, prot. CT/GM 9134 PLP, ha segnalato all'A.N.A.C. l'intervenuta risoluzione.

Nel frattempo, con nota dell'8 febbraio 2019, il Consorzio Stabile Eragon aveva chiesto ad Abbanoa S.p.A. il ritiro in autotutela o, comunque, la sospensione dell'efficacia del provvedimento risolutorio.

In assenza di riscontro a tale richiesta, il Consorzio Stabile Eragon ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato in data 20 febbraio 2019, chiedendo l'annullamento della determinazione direttoriale di risoluzione del contratto e incameramento della cauzione definitiva, nonché della nota di segnalazione all'A.N.A.C. dell'intervenuta risoluzione.

A sostegno di tali richieste parte ricorrente ha evidenziato che l'interdittiva antimafia era intervenuta dopo la stipula del contratto, per cui la stazione appaltante, invece che dichiarare risolto il contratto di appalto, avrebbe dovuto recedere dallo stesso, come previsto dall'art. 88, commi 4 bis e 4 ter, del d.lgs. n. 159/2011, ove, peraltro, si precisa che è *“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”*. Ciò in quanto l'interruzione del rapporto non consegue all'inadempimento dell'appaltatore bensì al venir meno di un requisito soggettivo, nel caso di specie rappresentato dal mero rischio di infiltrazioni mafiose, per cui la stazione appaltante *“lungi dal poter incamerare la cauzione definitiva, deve corrispondere all'appaltatore il*

valore delle prestazioni già eseguite e rimborsare le spese sostenute per quelle ancora da eseguire”.

Inoltre parte ricorrente ha evidenziato che, ai sensi dell'art. 113, comma 5, del d.lgs. 163/2006 e ss.mm.ii, la cauzione definitiva “*copre gli oneri per il mancato o inesatto adempimento*”, per cui la stessa potrebbe essere incamerata solo a fronte di una condotta inadempiente ascrivibile all'appaltatore, nel caso di specie non ravvisabile.

Si è costituita in giudizio Abbanoa S.p.A., eccependo l'infondatezza del ricorso e confutandone, altresì, l'ammissibilità per incertezza del *petitum*, in quanto, mentre in alcune parti dell'avverso gravame il Consorzio parrebbe contestare, nella sostanza, il solo incameramento della cauzione, in altre, invece, parrebbe invocare l'annullamento *tout court* dell'atto risolutorio al fine di proseguire nel rapporto contrattuale; tale ambiguità espositiva comporterebbe una lesione del diritto di difesa della resistente.

Con successiva nota 4 marzo 2019, prot. SM-LN7AA/1100772019 SSL a firma del Responsabile dei Servizi Legali, Abbanoa S.p.A. ha riscontrato negativamente la pregressa istanza di autotutela, confermando il proprio precedente provvedimento di risoluzione e incameramento della cauzione.

Avverso tale nuovo provvedimento parte ricorrente ha notificato motivi aggiunti in data 15 maggio 2019, denunciando, oltre all'illegittimità del nuovo atto in via derivata, l'incompetenza del Responsabile del Settore Servizi Legali a esprimersi sull'istanza di autotutela proposta avverso un provvedimento del Direttore Generale.

Con successiva determinazione 8 maggio 2019, n. 213, il Direttore Generale di Abbanoa S.p.A. ha confermato tutti gli atti sino ad allora

adottati, compreso quello di rigetto della richiesta di autotutela, rilevando, altresì, che con la determinazione di risoluzione la stazione appaltante *“si era limitata a dare attuazione al disposto normativo di cui all’art. 94 decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, che impone alla P.A. di recedere dal contratto o di revocare l’autorizzazione”*.

Avverso tale determinazione direttoriale il Consorzio ha notificato ulteriori motivi aggiunti in data 3 aprile 2019, evidenziando come il riferimento operato dalla stessa stazione appaltante all’art. 94 del d.lgs. n. 159/2011 -ove si parla di recesso- confermerebbe l’illegittimità della (confermata) decisione di pronunciare (invece) la risoluzione del contratto e incamerare la cauzione in assenza di qualsivoglia condotta inadempiente dell’appaltatore.

All’esito della camera di consiglio del 5 giugno 2019 l’istanza cautelare proposta dalla ricorrente è stata accolta limitatamente alla domanda di annullamento dell’incameramento della cauzione.

È seguito lo scambio di memorie difensive con cui le parti hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi.

Alla pubblica udienza del 16 ottobre 2019 la difesa del ricorrente, su invito del Collegio, ha precisato che la domanda di annullamento dell’atto di risoluzione è stata proposta solo nella misura in cui lo stesso ha costituito il presupposto dell’incameramento della cauzione e poi della segnalazione all’A.N.A.C., senza che il Consorzio intenda in questa sede continuare nel rapporto concessorio o esigere alcun indennizzo per il recesso.

All’esito della discussione la causa è stata definitivamente trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso proposta dalla difesa di Abbanoa S.p.A., che non merita accoglimento.

Difatti, se è vero che l'esposizione delle domande processuali da parte del Consorzio non era perfettamente chiara, tanto da aver indotto lo stesso Collegio a chiedere chiarimenti in udienza (vedi *supra*), ciò non ha comportato alcuna lesione del diritto di difesa della resistente, la quale, come emerge dalla lettura delle diverse memorie, si è ampiamente difesa tanto in relazione all'ipotesi in cui il ricorrente mirasse al solo annullamento dell'atto di escussione della cauzione quanto in relazione alla diversa eventualità in cui intendesse ottenere il travolgimento integrale dell'atto risolutorio al fine di proseguire nel rapporto contrattuale; in ogni caso la difesa consortile ha, poi, chiarito di non avere interesse alla prosecuzione del rapporto stesso e all'annullamento degli atti con i quali è stata disposta la risoluzione del contratto, limitando il *thema decidendum* e scongiurando così ogni possibile violazione delle altrui prerogative difensive.

2. Ciò posto si passa all'esame del merito, rilevando come la censura d'incompetenza dedotta, con i primi motivi aggiunti, in relazione all'atto di rigetto della domanda di annullamento in autotutela dell'atto di risoluzione, sia stata superata dal sopravvenuto atto di ratifica (denominato "*conferma*") da parte del Direttore generale di Abbanoa S.p.A., mentre le ulteriori doglianze dedotte con i primi e con i secondi motivi aggiunti ripercorrono quelle proposte nel ricorso introduttivo, consentendo un esame unitario dei diversi gravami.

3. Merita accoglimento la domanda di annullamento degli atti impugnati nella parte in cui dispongono l'incameramento della cauzione definitiva.

Infatti, a differenza che in materia di cauzione provvisoria, l'incameramento della cauzione definitiva presuppone un inadempimento in senso tecnico dell'appaltatore, che nel caso di specie non è dato riscontrare, non avendo il Consorzio potuto eseguire la prestazione per fatto estraneo alla sua sfera di controllo a causa dell'intervenuta misura interdittiva antimafia, determinata da fatti riguardanti alcuni dei soggetti consorziati (vedi *supra*) che peraltro non risulta fossero interessati dall'esecuzione dell'appalto.

3.1. E' noto al Collegio il prevalente orientamento del Consiglio di Stato che ritiene giuridicamente ascrivibile alla sfera dell'appaltatore l'impossibilità di eseguire la prestazione per effetto di una sopravvenuta interdittiva antimafia, per cui la stazione appaltante ben potrebbe incamerare la cauzione definitiva; tuttavia si ritiene che tale impostazione non possa trovare applicazione nella fattispecie.

Infatti, il Consorzio ricorrente ha dovuto subire l'incameramento della cauzione definitiva a causa di un'interdittiva antimafia c.d. "a cascata", quale "effetto riflesso" di misure interdittive applicate a monte nei confronti di tre delle cinquanta imprese consorziate -peraltro poi espulse dalla compagine consortile- per fatti cui il Consorzio era presumibilmente estraneo.

In tale contesto ritiene la Sezione che possa ritenersi non applicabile al caso in esame il citato orientamento del giudice di appello, non potendo ascrivere alla sfera diretta dell'appaltatore l'impossibilità di eseguire la prestazione.

3.1.1. Occorre, inoltre, considerare che secondo l'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006, statuisce la cauzione definitiva *“copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento...”*: il riferimento al concetto civilistico di inadempimento parrebbe implicare l'imputabilità al debitore della mancata esecuzione della prestazione e, in questo modo, differenzia la disciplina in esame rispetto a quella della cauzione provvisoria, che secondo l'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 può essere incamerata a fronte del dato oggettivo relativo alla mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione da parte del concorrente (cfr., in termini, T.A.R. Bologna, Sez. II, 13 maggio 2015, n. 461).

Né sembra possa attribuirsi al concetto di “inadempimento” di cui all'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 un significato più ampio rispetto a quello civilistico, quale “oggettiva inesecuzione della prestazione”, giacché il riferimento operato dalla norma del Codice dei contratti (anche) all'adempimento “inesatto” sembra confermare l'intenzione del legislatore di fare propria la nozione civilistica di inadempimento, che notoriamente ricomprende sia l'inadempimento totale che quello parziale (vale a dire, in positivo, l'adempimento parziale o inesatto di cui all'art. 1181 c.c.).

Con riferimento al caso specifico, depone in questo stesso senso anche la terminologia usata nel contratto di appalto stipulato tra il Consorzio ricorrente e Abbanoa S.p.A., a mente del quale la stazione appaltante avrebbe potuto trattenere la cauzione definitiva solo *“in caso di inadempienze contrattuali da parte dell'Appaltatore”* (art. 13).

3.1.2. A ciò occorre aggiungere, a favore di una soluzione più “garantista” per l'appaltatore, che l'interdittiva antimafia, come più volte ribadito dal Giudice d'Appello, è misura priva di portata

sanzionatoria, prescindendo da qualsivoglia colpevolezza dell'impresa colpita (la quale, in certi casi, può addirittura porsi alla stregua di soggetto "da proteggere" dall'infiltrazione mafiosa), trovando giustificazione in fondamentali esigenze di contrasto preventivo della criminalità organizzata in un'ottica di "massima precauzione" (cfr. sul punto, *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 24 ottobre 2018, n. 6052). Orbene 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 all'interdittiva quella stessa "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, come detto, 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.

4. Sulla base di tali considerazioni la Sezione ritiene che Abbanoa (che pure ha dovuto affrontare gli inconvenienti determinati dall'interdittiva e dalle decisioni diverse che sulla questione ha assunto la giustizia amministrativa), nella fattispecie, non potesse procedere all'incameramento della cauzione definitiva.

5. Si deve solo aggiungere che, non assume rilievo il *nomen iuris* “risoluzione” utilizzato dalla stazione appaltante in sede di scioglimento del rapporto contrattuale -così come la riferibilità della misura antimafia applicata all’art. 94 piuttosto che all’art. 88 bis del d.lgs. n. 159/2011, sulla quale pur dibattono le parti- risultando di per sé dirimente il fatto che il sopravvenire al contratto di una misura interdittiva antimafia rappresenta, come detto, un impedimento oggettivo all’esecuzione della prestazione che non consente tuttavia di configurare, nella specie, un inadempimento in senso tecnico dell’appaltatore, necessario ai fini dell’escussione della cauzione definitiva.

6. Per quanto premesso merita accoglimento la domanda di annullamento dell’atto di incameramento della cauzione, mentre deve essere dichiarata inammissibile per difetto di interesse l’ulteriore domanda di parte ricorrente, avente a oggetto l’annullamento della nota di segnalazione all’A.N.A.C. dell’intervenuta risoluzione del contratto di appalto; difatti, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale non vi sono ragioni per discostarsi, le segnalazioni di questo tipo sono prive di carattere provvedimentale, trattandosi di atti prodromici all’annotazione nel Casellario informatico tenuto dall’Autorità e, come tali, privi di autonoma lesività (cfr. Consiglio di Stato 28 luglio 2015, n. 3718 e 26 giugno 2015, n. 3225).

7. Per quanto premesso il ricorso deve essere accolto in relazione alla domanda di annullamento dell’atto di incameramento della cauzione e dichiarato, invece, inammissibile quanto alla domanda di annullamento della nota di segnalazione all’A.N.A.C.

Sussistono giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, limitatamente alla parte in cui dispongono l'incameramento della cauzione definitiva, e dichiara inammissibile la domanda di annullamento della nota di segnalazione all'A.N.A.C. dell'intervenuta risoluzione contrattuale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nelle camere di consiglio dei giorni 16 ottobre 2019, 20 novembre 2019, 4 dicembre 2019 e 14 gennaio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Tito Aru, Consigliere

Antonio Plaisant, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonio Plaisant

IL PRESIDENTE
Dante D'Alessio

IL SEGRETARIO