VISTO l'articolo 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 e, in particolare, il comma 7 del citato articolo;

CONSIDERATE le precedenti quattro Linee Guida in materia di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'articolo 32 del decreto legge 90/2014, adottate congiuntamente dal Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e dal Ministro dell'Interno;

RILEVATA la necessità di perfezionare, sotto il profilo operativo, la regolamentazione del regime di accantonamento dell'utile d'impresa derivante dalla esecuzione dei contratti pubblici d'appalto e di concessione sottoposti alla misura di straordinaria e temporanea gestione, ai sensi del citato articolo 32, comma 7, al fine di orientare in modo uniforme le Prefetture e i soggetti incaricati della conduzione "amministrata" dei contratti e di garantire certezza alle stazioni appaltanti e agli operatori economici coinvolti nell'applicazione delle suddette misure;

RITENUTA l'opportunità di adottare un atto d'indirizzo condiviso dalle due Amministrazioni;

CONSIDERATE la complessità della materia e la rilevanza dell'impatto finanziario di tale atto sugli assetti aziendali delle imprese;

VISTA la richiesta di parere al Consiglio di Stato sullo schema di "Quinte Linee Guida", trasmessa con nota prot. n. 29231 in data 4 aprile 2018;

VISTO il parere del Consiglio di Stato n. 706/2018, reso nell'adunanza della Commissione speciale dell'11 maggio 2018;

ADOTTANO

le seguenti Linee Guida.

Quinte Linee Guida per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d'appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell'art. 32 del decreto legge 90/2014

Oggetto e finalità delle Linee Guida

Il presente atto di indirizzo rappresenta la base di partenza per un approfondimento della tematica relativa alla gestione degli utili che derivano dalla esecuzione dei contratti d'appalto e di concessione "commissariati" ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. b) del decreto legge n. 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 114/2014, e si pone in un'ottica risolutiva delle varie e complesse questioni sorte sulla scorta dell'esperienza finora maturata in materia di misure di straordinaria gestione.

Esso muove dall'esigenza di delineare correttamente l'ambito applicativo del comma 7 dell'art. 32 cit., il quale dispone che: «*Nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione di cui al comma 2, i pagamenti sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori di cui al comma 2 e l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto di cui al comma 1, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva*».

Con tale norma, il legislatore si è premurato di prevedere, per il periodo di vigenza della gestione commissariale, un regime provvisorio di accantonamento della quota di corrispettivo contrattuale percepita dall'impresa a titolo di utile, nonché l'indisponibilità di tali somme fino all'esito dei giudizi in sede penale o in sede amministrativa, a seconda che la misura di straordinaria gestione sia stata disposta sulla base di vicende giudiziarie (art. 32, comma 1) ovvero a seguito di informazione antimafia interdittiva (art. 32, comma 10). In via ordinaria, la modalità operativa con cui assolvere all'obbligo previsto dall'art. 32, comma 7, può individuarsi nell'accensione di un conto corrente vincolato, con potere dispositivo esclusivo degli amministratori straordinari, sul quale confluiscono le somme per l'accantonamento dell'utile.

La norma, invece, nulla ha previsto in merito alla definitiva destinazione degli utili accantonati alla scadenza del commissariamento o alla conclusione delle menzionate attività giurisdizionali. L'assenza di regolamentazione specifica su tale aspetto essenziale dell'istituto introdotto con l'art. 32 comporta rilevanti criticità e implicazioni sul versante applicativo e richiede, pertanto, un approccio esegetico improntato a ponderazione, ragionevolezza e coerenza con l'intero ordinamento giuridico.

In prima battuta, occorre indagare la *ratio* sottesa al sistema delle misure straordinarie di gestione con riferimento al regime di congelamento e alla sorte degli utili derivanti dalla conclusione dei contratti d'appalto e concessione, distinguendo già in questa fase le due fattispecie di commissariamento: da un lato, per fatti di matrice corruttiva o fraudolenta ex comma 1, e, dall'altro, per motivi d'infiltrazione mafiosa ex comma 10. Le due misure gestionali mostrano, infatti, una significativa autonomia l'una dall'altra, postulano la sussistenza di presupposti applicativi del tutto differenti e rispondono a finalità diverse, seppur entrambe di natura *lato sensu* preventiva.

1. La gestione degli utili nel commissariamento per finalità anticorruzione Art. 32, comma 1

La misura di straordinaria gestione disposta ai sensi dell'art. 32, comma 1 ha una stretta connessione genetica con il rispettivo procedimento penale, che ne costituisce il fondamentale presupposto applicativo. La dipendenza strutturale e funzionale del commissariamento dalle vicende giudiziarie avviate in ordine a fattispecie delittuose di matrice corruttiva è avvalorata dallo stesso legislatore, che ha previsto in capo al Presidente dell'Anac l'onere di comunicare anche al Procuratore delle Repubblica, territorialmente competente per il procedimento penale in corso, la proposta di adozione di misure gestionali straordinarie, indirizzata al Prefetto.

Il suddetto circuito informativo è di fondamentale rilievo in quanto consente di avvisare l'autorità giudiziaria procedente per i delitti elencati all'art. 32, comma 1, della probabile e imminente applicazione della misura commissariale da parte dell'autorità prefettizia. La successiva comunicazione del decreto da parte del Prefetto competente permette alla Procura di avere contezza dell'avvio di una separata gestione economico-contabile della specifica commessa pubblica - attraverso la costituzione di un conto corrente affidato in via esclusiva agli amministratori straordinari - e del provvisorio accantonamento in apposito fondo delle somme di denaro corrisposte all'operatore economico a titolo di utile d'impresa.

La conoscenza di queste informazioni pone l'autorità giudiziaria nella condizione di assumere, nel corso del procedimento penale, le determinazioni ritenute più idonee su tali somme vincolate. Ciò non solo in conformità con la natura dichiaratamente indisponibile di tali somme fino all'esito del giudizio penale, ma anche a conferma dell'interazione e della convergenza funzionale tra tipici strumenti cautelari o di sicurezza, a carattere patrimoniale, di cui dispone il giudice penale - quali il sequestro preventivo e la confisca - e il rimedio amministrativo di natura precauzionale previsto dall'art. 32. Invero, la costituzione di una riserva di denaro, pari all'utile contrattuale, sottratta alle ordinarie attività di distribuzione tra i soci nonché a qualsiasi procedura esecutiva (impignorabilità), resta a disposizione del giudice ai fini dell'adozione delle suddette misure cautelari, inibitorie o ablatorie, nell'ambito del procedimento penale.

Riferendosi alla gestione autonoma e distinta del contratto da parte dei commissari, la Corte Suprema di Cassazione ha qualificato l'accantonamento degli utili alla stregua di «*un "buon governo" dell'appalto affidato ad Amministratori di nomina prefettizia ed il cui portato economico va a confluire su un apposito fondo, non disponibile ed intangibile ad iniziative esecutive di terzi, quindi insuscettibile di confusione con il patrimonio sociale*». Con l'ulteriore precisazione che «*la normativa in esame non distingue a seconda del numero di procedimento penale iscritto, ma afferisce ex se all'appalto interessato ed alle condotte illecite ipotizzate con riguardo ad esso*» (Cass. Pen., Sez. III, n. 51085 del 9.11.2017).

L'accantonamento dell'utile in un apposito fondo costituisce una misura di natura economica, accessoria rispetto a quella principale della straordinaria e temporanea gestione, che la presuppone necessariamente e non ne può prescindere. In altre parole, «*esso rappresenta una conseguenza tipizzata dalla legge della straordinaria e temporanea gestione, circoscritta, sotto il profilo soggettivo, al soggetto destinatario di detta misura e, sotto il profilo oggettivo, al contratto da seguire correlato ai fatti penali oggetto di relativo procedimento*» (Tar Lazio, Sez. I ter, n. 243 del 9.1.2017).

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel sostenere che la gestione commissariale - oltre a garantire l'interesse pubblico alla completa e regolare esecuzione dell'appalto - è volta anche a sterilizzare la gestione del contratto, oggetto del procedimento penale, dal pericolo di acquisizione delle utilità illecitamente captate in danno della pubblica amministrazione. L'istituto dell'accantonamento obbligatorio dell'utile d'impresa va, quindi, qualificato alla stregua di uno strumento di autotutela contrattuale previsto direttamente dalla legge, che risponde all'esigenza di ricondurre il rapporto negoziale, alterato da condotte corruttive o fraudolente, ad un originario

equilibrio sinallagmatico a favore della parte contrattuale pubblica, per impedire all'impresa collusa di conseguire ulteriori guadagni illeciti.

In tale ottica, la regola dell'accantonamento degli utili manifesta appieno la sua valenza di misura cautelare, che si affianca alla gestione del contratto in regime di "legalità controllata" e completa il sistema di tutela dell'interesse pubblico, «*aggiungendo all'interesse alla prosecuzione del contratto commissariato anche la salvaguardia del recupero "patrimoniale" che può conseguire dalla definizione dei procedimenti penali. Ciò al fine di scongiurare il paradossale effetto di far percepire, proprio attraverso il commissariamento, il profitto dell'attività criminosa; in coerenza sia con la disposizione generale che consente nel processo penale di disporre la confisca del profitto del reato (art. 240 c.p.), sia avuto riguardo, nella fattispecie, alla speciale disposizione di cui all'art. 322 ter c.p.*» (Cons. Stato, Sez. III, n. 93 del 10.1.2018).

Considerata la specifica funzione di garanzia cui è preordinato l'istituto previsto dal comma 7 dell'art. 32 cit., si rende tanto più indispensabile consolidare il circuito informativo tra Autorità Giudiziaria Ordinaria, Prefettura e Commissari straordinari, affinché le misure di salvaguardia previste dalla legge penale possano essere attivate con efficacia e sollecitudine.

In tal senso, il Prefetto che ha disposto la misura di straordinaria gestione, assunte le opportune informazioni dai commissari incaricati, ha l'obbligo di curare il tempestivo coordinamento con il Procuratore della Repubblica competente[1], in vista delle sue determinazioni sulla confiscabilità degli utili accantonati ovvero sulla loro eventuale restituzione, anche parziale, all'avente diritto.

La strutturazione efficiente di tale canale informativo è necessaria ad assicurare che, all'esito del processo penale ovvero al termine del commissariamento, l'autorità giudiziaria possa avere contezza dell'entità degli utili accantonati, procedendo a determinare l'*an* e il *quantum* materialmente confiscabile, con conseguente restituzione della parte residua all'impresa commissariata. In tal modo, il raccordo comunicativo tra la sede amministrativa (Prefetto) e la sede penale (Pubblico Ministero) diventa funzionale a garantire un equo bilanciamento tra le esigenze dell'autorità giudiziaria di procedere all'acquisizione di tutti gli utili confiscabili e l'interesse dell'impresa alla celere restituzione della parte di utili accantonati non sottoposta a confisca, nel rispetto rigoroso del criterio fondamentale che collega in modo diretto, esclusivo e strumentale

[1] Il Pubblico Ministero, anche nella sua qualità di organo dell'esecuzione, laddove il procedimento penale sia stato definito con una pronuncia non liberatoria rispetto alle imputazioni ascritte.

la sorte delle somme accantonate alle definitive determinazioni assunte dall'autorità giudiziaria in ordine alla misura reale della confisca.

1.1. Accantonamento degli utili e provvedimenti del giudice penale.

La funzione cautelare e preventiva del regime di accantonamento degli utili derivanti dal contratto commissariato va intesa in stretto collegamento con l'esito del giudizio penale, dal quale discende la necessità di assicurare la definitiva confisca del profitto dei reati che giustificano l'applicazione della misura straordinaria nonché di determinarne il *quantum* complessivamente confiscabile.

Seppure con intensità diversa, le due misure cautelari patrimoniali di cui dispone il giudice penale - sequestro preventivo e confisca – possono colpire in via diretta i beni che servirono o furono destinati a commettere il reato e le utilità che ne costituiscono il prodotto o il profitto oppure, in alternativa, beni diversi e utilità ulteriori ritenuti di valore equivalente. In entrambi i casi, i provvedimenti dell'autorità giudiziaria incidono soltanto sul patrimonio del soggetto sottoposto a procedimento penale: il provvedimento di sequestro preventivo mira ad evitare che la durata del giudizio penale possa pregiudicare irrimediabilmente l'efficacia di una eventuale sentenza definitiva di condanna (impedendo che, nelle more, il soggetto indagato/imputato possa intenzionalmente depauperare il proprio patrimonio da ogni bene ed utilità suscettibile di confisca); il provvedimento di confisca serve, invece, ad espropriare definitivamente il soggetto dei propri beni e/o altre utilità a favore dello Stato, per un valore equivalente al profitto del reato.

Il giudice penale potrebbe considerare l'utile netto d'impresa[2] derivante dalla esecuzione di un contratto d'appalto o di concessione ai fini della individuazione/quantificazione del profitto del reato commesso in relazione a quel contratto e, di conseguenza, potrebbe disporre, in relazione a tale utile, provvedimenti di sequestro preventivo o di confisca in via diretta o per equivalente.

Nel primo caso, sarebbero sottoposte a sequestro o confisca le somme appositamente accantonate a titolo di utile, mentre nel secondo caso queste ultime potrebbero servire come parametro di calcolo ai fini della determinazione del *quantum* da assoggettare a sequestro o confisca. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'autorità giudiziaria può considerare il valore degli utili derivanti dal completamento del

[2] L'utile netto d'impresa va calcolato decurtando dai ricavi dell'azienda i costi effettivamente sostenuti per la realizzazione dell'opera, per lo svolgimento del servizio o per la fornitura, e sottraendo alla rimanente cifra le ulteriori somme da corrispondere a titolo d'imposta.

contratto quale misura corrispondente, in parte o *in toto*, al profitto del reato, ma può individuare e rendere effettivamente indisponibili utilità economiche diverse e ulteriori rispetto alle somme accantonate nel fondo speciale gestito dagli amministratori straordinari (ad esempio, conto correnti bancari, beni mobili e immobili, contratti di assicurazione, ecc.).

In entrambe le suddette modalità - in via diretta o per equivalente - il giudice penale:

! qualora la persona sottoposta a procedimento penale o condannata sia anche titolare, in *toto* o *pro* quota, del capitale sociale dell'impresa, potrebbe disporre il sequestro preventivo o la confisca sugli utili accantonati nei limiti della citata partecipazione;

! qualora anche l'impresa nel suo complesso, come persona giuridica e soggetto autonomo, sia ritenuta perseguibile in ordine all'illecito da responsabilità amministrativa ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. 231/2001 e impegnata *in solido* con gli imputati/persone fisiche per i reati per cui si procede, potrebbe considerare, ai fini del sequestro preventivo o della confisca, l'intera somma accantonata a titolo di utile come valore corrispondente all'unico e identico profitto derivante dal reato attribuito non solo alle persone fisiche (indagati/imputati), ma anche all'impresa in quanto tale.

Del resto, la giurisprudenza ha enunciato un importante corollario di tale approccio argomentativo, asserendo che «*non a caso la norma non offre indicazioni quantitative in ordine all'entità degli utili accantonabili. Utili che devono, invece, essere accantonati nella loro totalità, ponendo la legge una regola cautelare in se autosufficiente e volta a garantire, in corso di commissariamento, che tutti i ricavi maturati che derivano dal contratto amministrato siano impiegati esclusivamente a copertura dei costi*» (Cons. Stato, Sez. III, n. 93 del 10.1.2018). In quest'ottica va letta anche la disposizione del comma 7 dell'art. 32 cit., che demanda agli amministratori incaricati della straordinaria gestione la determinazione anche in via presuntiva dell'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto commissariati.

1.2. Quantificazione degli utili da accantonare nei casi di raggruppamento temporaneo d'imprese e di avvalimento

Merita una breve riflessione la tematica relativa alla individuazione dei criteri di quantificazione degli utili da accantonare nelle ipotesi in cui siano sottoposti ad un'unica gestione commissariale più operatori economici facenti parte di un raggruppamento temporaneo d'imprese (RTI).

In tali casi, bisogna considerare principalmente due fattori essenziali: la qualificazione degli utili derivanti dal contratto commissariato come profitto del reato, nonché la funzione cautelare e preventiva dell'accantonamento di tali somme in vista di una definitiva confisca, per la salvaguardia del recupero patrimoniale che può conseguire dalla definizione del procedimento penale.

In base a queste due coordinate e in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale, ciascuna impresa partecipante al raggruppamento temporaneo affidatario dell'appalto e sottoposta alla medesima gestione commissariale dev'essere considerata singolarmente e separatamente ai fini dell'accantonamento dell'utile, sulla base della rispettiva quota percentuale di partecipazione al RTI e di esecuzione delle prestazioni contrattuali. Né potrebbe sostenersi legittimamente una diversa e contraria interpretazione, che invochi il profilo di unicità della gestione commissariale del contratto con riferimento al totale delle quote di esecuzione di tutte le imprese "commissariate" per giustificare la determinazione unitaria e indistinta dell'utile da accantonare. Una simile impostazione rischierebbe di ridurre la portata applicativa dell'istituto, stravolgendo e vanificando la principale finalità cui assolve tale regime di accantonamento, ossia la costituzione di una riserva vincolata a garanzia dell'autonomo recupero patrimoniale nei confronti di ciascuna impresa, nella misura corrispondente al rispettivo profitto del reato, che può risultare all'esito del giudizio penale.

Nella diversa fattispecie dell'avvalimento, occorre considerare, ai fini del metodo di calcolo e di imputazione degli utili da accantonare, che il profitto dell'impresa ausiliaria rappresenta tecnicamente, a carico dell'ausiliata, un corrispondente costo. Ne discende – per l'eventualità che l'impresa coinvolta dall'iniziativa penale sia l'ausiliata – che potrà procedersi all'accantonamento degli utili solo a carico di quest'ultima, senza intaccare la quota di profitto spettante all'ausiliaria.

1.3. Esito del giudizio penale e durata del commissariamento

L'art. 32, comma 7, configura l'esito dei giudizi in sede penale quale spartiacque temporale ai fini della distribuzione e della pignorabilità dell'utile d'impresa accantonato nell'apposito fondo.

È pacifico che, in presenza di un provvedimento giudiziale definitivo che dispone l'archiviazione del procedimento penale o che esclude qualunque responsabilità del soggetto coinvolto nelle vicende penali poste a motivo dello stesso commissariamento (sentenza di non luogo a procedere adottata per motivi diversi dall'estinzione del reato, sentenza di assoluzione emessa ai sensi dell'art. 530, comma 1, c.p.p.), occorre

procedere alla revoca del commissariamento e gli utili accantonati devono essere definitivamente svincolati e restituiti all'operatore economico.

In tutte le altre ipotesi (sentenze di proscioglimento per motivi diversi da quelli sopra indicati, sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, ovvero provvedimenti che determinano la cessazione delle misure cautelari disposte dall'autorità giudiziaria) si rende necessario, invece, procedere ad una valutazione discrezionale delle circostanze concrete per verificare, ai fini della eventuale cessazione del commissariamento, «*se i provvedimenti sopravvenuti siano in grado di far ritenere che sia venuto meno il profilo di responsabilità addebitabile all'impresa o che esso si sia comunque attenuato al di sotto della soglia di certezza o gravità richiesta dal comma 1 dell'art. 32*»[3].

L'assenza di automatismo tra esito del giudizio penale e conclusione del commissariamento assume particolare valenza e significato nel caso di sentenza di patteggiamento.

Con la misura straordinaria del commissariamento, il legislatore ha inteso concedere uno strumento preventivo di vigilanza e garanzia per la gestione degli appalti pubblici ottenuti verosimilmente con metodi corruttivi o fraudolenti, anticipando la soglia per l'applicazione di tali misure addirittura allo svolgimento delle indagini preliminari, ovvero ad uno stadio in cui vi è ancora una mera presunzione di reato e di colpevolezza, senza alcun accertamento definitivamente compiuto. In tal senso, per assicurare reale efficacia alla norma, il legislatore ha avuto l'accortezza di formularla tenendo conto della durata ordinaria dei procedimenti penali che, accedendo alla fase dibattimentale del processo di cognizione, si concludono solitamente con sentenza di merito (condanna o assoluzione) dopo lungo periodo, con il rischio concreto che nel frattempo l'appalto "incriminato" sia già stato ampiamente portato a termine senza alcun controllo né presidio di legalità. Senza considerare i tempi necessari per esperire i vari gradi di giudizio e approdare ad una sentenza definitiva.

La sentenza di patteggiamento, nell'assolvere ad una precipua e indubbia funzione acceleratoria che vale a ridurre drasticamente i tempi di conclusione del processo penale, non osta all'applicazione dell'art. 32, ma, al contrario, costituisce attestazione/riconoscimento della commissione dei fatti delittuosi di matrice corruttiva e delle connesse responsabilità penali in capo agli imputati, avvalorando così l'esigenza di mantenere un controllo pubblico e una "gestione vigilata" degli appalti ottenuti

[3] Prime Linee Guida, stipulate dal Presidente dell'Anac e dal Ministro dell'Interno in data 15 luglio 2014 - pagg. 9 e 10.

illecitamente. Peraltro, la sentenza di patteggiamento potrebbe sopraggiungere in una fase iniziale o intermedia di esecuzione del contratto, laddove permanga ancora la necessità di un presidio di legalità in seno all'impresa esecutrice.

Tuttavia, in tale fattispecie, l'eventuale prosecuzione del commissariamento pone un problema proprio in relazione alla gestione degli utili da accantonare. L'art. 32, comma 7, infatti, consente di paralizzare la disponibilità delle predette somme fino all'esito dei giudizi in sede penale. Ciò significa che in costanza di gestione straordinaria, gli amministratori di nomina prefettizia dovrebbero continuare ad accantonare gli utili in apposito fondo, ma verrebbe meno il provvisorio vincolo di impignorabilità delle relative somme. La possibilità di distribuzione degli utili, invece, sarebbe scongiurata a monte dalla stessa permanenza della gestione commissariale durante la quale «*è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa. Nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura*», ai sensi dell'art. 32, comma 3.

A dirimere ogni dubbio circa la legittima prosecuzione dell'accantonamento degli utili anche nelle suddette ipotesi è intervenuto il Consiglio di Stato, stabilendo chiaramente l'applicabilità dell'istituto anche nel caso in cui il procedimento penale sia stato già definito con sentenza passata in giudicato: «*detta norma rimane applicabile anche allorché i fatti penalmente rilevanti sono già stati accertati con sentenza passata in giudicato, poiché il quantum confiscabile va specificamente determinato (nelle competenti sedi giurisdizionali, compreso il giudice dell'esecuzione penale) e* […] *non è equivalente all'ammontare del solo danno subìto dalla p.a. persona offesa (l'unico possibile oggetto di "transazione") ma assume, come già rilevato, ben più ampio rilievo, attenendo all'intero profitto confiscabile*» (Cons. Stato, Sezione III, n. 93 del 10.1.2018).

Per la diversa evenienza in cui la misura di straordinaria gestione dovesse terminare prima dell'esito del giudizio in sede penale, l'Avvocatura Generale dello Stato, all'uopo interessata, nel ritenere non percorribile l'ipotesi di affidare la gestione del fondo *medio tempore* - in assenza di idonei supporti normativi - alla società appaltante e tantomeno alle Prefetture, ha suggerito di valutare la possibilità di definire con la Banca d'Italia, anche sulla base di una eventuale Convenzione, le modalità per la regolamentazione e conservazione del predetto fondo nel periodo successivo alla conclusione della gestione commissariale, nelle more della definizione dei procedimenti contenziosi. Ciò al fine di consentire la salvaguardia dell'integrità del fondo in guisa da permetterne la successiva destinazione.

In questo senso sono state avviate interlocuzioni con la Banca d'Italia, nel corso delle quali sono state prese in esame diverse opzioni: alcune di esse implicavano la maturazione d'interessi sulle somme accantonate a carico della finanza pubblica, altre invece richiedevano l'apertura di conti infruttiferi con il rischio di esposizione dell'Amministrazione a possibili azioni risarcitorie da parte dell'operatore economico, altre ancora prevedevano la fruttuosità dei conti ma solo attraverso il ricorso al circuito bancario ordinario.

All'esito di ulteriori approfondimenti, l'Avvocatura Generale dello Stato ha ritenuto che vada privilegiata certamente la terza opzione, evidenziando come gli utili accantonati debbano produrre interessi a beneficio dei loro destinatari senza incidere sulla finanza pubblica. E ciò in ossequio alle disposizioni del codice civile e non quale interpretazione imposta dall'art. 32 cit..

Tale soluzione presuppone quindi che, qualora la gestione straordinaria termini prima del giudizio penale, la Prefettura interessata stipuli un'apposita convenzione con lo stesso istituto di credito già depositario del conto corrente dedicato per la commessa pubblica o dell'ulteriore conto corrente intestato alla gestione commissariale e appositamente vincolato per l'accantonamento dell'utile, oppure, in alternativa, con altro operatore del mercato bancario ordinario (ivi compreso il sistema di banco posta), finalizzata alla costituzione di un conto corrente intestato alla società/operatore economico. La convenzione dovrà prevedere, in particolare, che qualsiasi disposizione sulle somme depositate sul conto siano subordinate alla preventiva autorizzazione del Prefetto. Iniziative, in tal senso, sono state già proficuamente attivate da alcune Prefetture.

1.4. Termine della straordinaria gestione e adempimenti conclusivi

Al termine della misura, gli amministratori straordinari dovranno presentare alla Prefettura di riferimento un rendiconto analitico della loro gestione, evidenziando, per ciascun contratto "commissariato", i relativi flussi finanziari e contabili nonché l'importo accantonato a titolo di utile.

Il Prefetto, preso atto della rendicontazione, informerà tempestivamente il Procuratore della Repubblica competente circa l'ammontare degli utili confluiti nel fondo vincolato in relazione a ciascun contratto gestito in regime commissariale, per consentire all'autorità giudiziaria di assumere ogni determinazione sulla sorte delle somme accantonate e di disporre in via definitiva l'*an* e il *quantum* confiscabile.

In conformità alle iniziative intraprese dall'autorità giudiziaria, il Prefetto adotterà poi i provvedimenti conseguenti e necessari alla chiusura definitiva della gestione commissariale, dandone comunicazione all'operatore economico.

Di seguito, si illustrano le modalità di gestione degli utili e i provvedimenti di competenza del Prefetto, a seconda che la conclusione della misura straordinaria avvenga prima o dopo l'esito del correlato giudizio penale.

Se la misura commissariale è revocata o cessa prima dell'esito del giudizio in sede penale:

! le somme accantonate dai commissari devono restare vincolate, in quanto potrebbero essere considerate come profitto del reato di matrice corruttiva o come valore ad esso corrispondente e possono essere funzionali all'adozione di provvedimenti cautelari o di sicurezza, di carattere inibitorio o ablatorio, (sequestri preventivi o confische), che solo l'autorità giudiziaria può disporre nell'ambito del procedimento penale. Pertanto, il Prefetto competente procederà alla stipula di apposita convenzione con un istituto di credito del circuito bancario ordinario, finalizzata alla costituzione di un apposito conto corrente intestato alla società/operatore economico, ma vincolato alla preventiva autorizzazione del Prefetto per qualsiasi disposizione delle somme ivi depositate, dandone tempestiva informazione all'autorità giudiziaria.

Una volta intervenuto l'esito del giudizio penale, gli utili precedentemente accantonati saranno destinati nel modo seguente:

a) in caso di decreto di archiviazione o di sentenza definitiva di assoluzione o di altro provvedimento giudiziale che definisce il processo penale con pronuncia liberatoria, escludendo qualunque responsabilità del soggetto coinvolto nelle vicende corruttive, le somme accantonate spettano all'operatore economico. A tal fine, il Prefetto provvederà ad autorizzare la restituzione immediata dell'intero importo a favore dell'avente diritto e la conseguente chiusura del conto corrente vincolato.

b) nel caso contrario di sentenza di condanna o di patteggiamento, il Prefetto provvederà ad autorizzare la restituzione, a favore dell'operatore economico, dell'importo di utile che residua al netto delle somme di cui l'autorità giudiziaria ha eventualmente disposto il sequestro o la confisca, e la contestuale chiusura del conto corrente vincolato.

Se la misura commissariale termina dopo che il giudizio penale sia stato già definito con pronuncia non liberatoria (sentenza di condanna o di patteggiamento, anche passata in giudicato):

! sulla base delle definitive determinazioni del Procuratore della Repubblica competente, il Prefetto provvederà: - ad autorizzare gli amministratori straordinari a svincolare, a favore dell'operatore economico, l'importo di utile che residua al netto delle somme di cui l'autorità giudiziaria ha eventualmente disposto la confisca; - a chiudere l'apposito conto corrente intestato alla gestione commissariale.

*****

2. La gestione degli utili nel commissariamento per finalità antimafia Art. 32, comma 10.

La misura della straordinaria gestione disposta nell'ambito della normativa antimafia si propone l'obiettivo di contemperare una duplice esigenza di matrice preventiva: da un lato, garantire la prosecuzione e il completamento del contratto d'appalto in essere - in presenza di significativi e qualificati interessi pubblici e in alternativa alla regola generale che ne imporrebbe l'immediata caducazione - e, dall'altro, neutralizzare il rischio derivante dall'infiltrazione criminale di stampo mafioso nelle imprese, sterilizzando la gestione del contratto anche dal pericolo di acquisizione delle utilità illecitamente captate in danno della pubblica amministrazione committente.

Nella fattispecie di commissariamento per finalità antimafia, disposto ai sensi del comma 10 dell'art. 32 cit., la questione relativa alla sorte degli utili si pone in termini più complessi rispetto alla analoga misura straordinaria in funzione anticorruttiva e richiede un approfondimento ulteriore, ad integrazione delle valutazioni già espresse nelle precedenti Seconde Linee Guida stipulate dal Presidente dell'Anac e dal Ministro dell'Interno in data 27 gennaio 2015[4].

Aderendo all'impianto argomentativo articolato dal Consiglio di Stato in sede consultiva[5], va considerato che la misura di straordinaria gestione conseguente alla adozione di interdittiva antimafia trova esclusivo fondamento proprio nel

[4] Seconde Linee Guida - pagg. 17-20.

[5] Consiglio di Stato, parere n. 706/2018, reso dalla Commissione speciale nell'adunanza dell'11 maggio 2018.

provvedimento prefettizio di carattere inibitorio, che attesta, seppur in via provvisoria, la condizione di incapacità giuridica *ad contractum* dell'impresa interdetta nei confronti della pubblica amministrazione. Lungi dal configurare un atto dovuto, l'atto dispositivo del commissariamento costituisce espressione di una precisa scelta rimessa alla determinazione dello stesso prefetto, giustificata dalla motivata prevalenza di specifiche e tassative ragioni di "pubblica utilità" che impongono normativamente la prosecuzione del rapporto contrattuale in regime di esecuzione controllata.

Il provvedimento, con cui il prefetto dispone la misura straordinaria e costringe l'impresa a portare a compimento il programma negoziale, diventa l'unico fondamento giustificativo che legittima la continuazione del contratto, in deroga all'automatismo solutorio derivante dalla interdittiva antimafia. In tal modo, l'originario accordo contrattuale, definito in ambito prettamente civilistico e paritetico, risulta superato dalla determinazione provvedimentale del prefetto e riprodotto, unitamente alle relative pattuizioni patrimoniali, sulla falsariga di una novazione del programma negoziale e del rapporto obbligatorio tra le parti[6]. Ben potendo, *mutatis mutandis*, accostare concettualmente questa fattispecie, secondo una prospettiva quasi-contrattuale, allo schema generale della *negotiorum gestio* (gestione di affari altrui, in questo caso, imposta), con identità meramente formale della prestazione da eseguire.

Pertanto, tale tipologia di commissariamento assume la natura di misura ordinatoria ed esplica un'incidenza autoritativa sul rapporto contrattuale, che si traduce, in chiave potestativa, nel dovere di completamento delle prestazioni negoziali in capo all'impresa gestita dagli amministratori straordinari di nomina prefettizia. All'obbligo della prestazione si abbina, inoltre, il diritto esclusivo al rimborso dei costi e delle spese sostenute per l'attività prestata, con conseguente sottrazione definitiva del profitto d'impresa, strumentalmente accantonato[7].

Coerentemente con la premessa ricostruzione concettuale della misura straordinaria disposta per finalità antimafia, il pagamento - spettante all'impresa commissariata per portare a compimento, nell'interesse pubblico, il programma negoziale - non corrisponde più propriamente ai requisiti ordinari del "corrispettivo" né va qualificato in un'ottica retributiva, ma assume piuttosto una funzione restitutoria e compensativa, che ne circoscrive la portata unicamente al rimborso dei costi sostenuti per le prestazioni negoziali eseguite. Di conseguenza, il profitto d'impresa rappresenta, a fronte

[6] Il Consiglio di Stato ha definito il provvedimento prefettizio che dispone la misura commissariale: «*formalmente, un ordine; funzionalmente, una misura lato sensu di autotutela amministrativa*», *ibid.*

[7] L'obbligo di accantonamento dell'utile è stato configurato come "fine a se stesso", in quanto riconnesso esclusivamente alla adozione dell'interdittiva antimafia, *ibid*.

dell'esecuzione della prestazione, un oggettivo risparmio di spesa nell'ambito della commessa pubblica.

La preclusione per l'impresa interdetta di conseguire l'utile va pure opportunamente interpretata alla luce del principio generale che sancisce il divieto di arricchimento senza causa, soprattutto laddove, come nel caso di specie, tale guadagno patrimoniale sia riconducibile ad un comportamento antigiuridico.

Parimenti, occorre far riferimento alla logica del divieto di arricchimento ingiustificato e/o antigiuridico anche per l'esatta individuazione del soggetto destinatario dell'utile accantonato e definitivamente sottratto all'impresa interdetta. Seguendo questa impostazione, il profitto, declinato quale economia di spesa, dev'essere correttamente restituito al soggetto che subisce in concreto un effettivo depauperamento patrimoniale dalla erogazione delle somme destinate ad utile d'impresa.

A tal proposito, va precisato che non necessariamente il soggetto "depauperato" coincide con la stazione appaltante in quanto tale, ovvero nella sua veste di controparte negoziale, destinataria della prestazione e interessata al risultato finale dell'opera o del servizio pubblico. Infatti, laddove la provvista finanziaria necessaria alla realizzazione della commessa pubblica sia stanziata da un soggetto diverso, sarà precisamente quest'ultimo - in qualità di soggetto finanziatore - a beneficiare della quota corrispondente al profitto d'impresa oggetto di accantonamento. In caso di finanziamento esterno parziale, in compartecipazione con risorse proprie della stazione appaltante, gli utili saranno devoluti pro quota ad entrambi i soggetti (ente finanziatore ed amministrazione committente) nella misura corrispondente alla incidenza percentuale delle rispettive erogazioni sul valore complessivo dell'appalto.

Pertanto, in caso di soccombenza dell'impresa nel giudizio in sede amministrativa avverso il provvedimento interdittivo o in caso di decorrenza dei termini per impugnare e di conseguente definitività della misura antimafia ostativa, l'utile del contratto "commissariato" attiene alla sfera del soggetto che ha erogato le corrispondenti risorse finanziarie.

2.1. Esito del giudizio in sede amministrativa e durata del commissariamento.

Parimenti a quanto prospettato in precedenza *sub* 1.3.), nel caso in cui la misura di gestione commissariale dovesse cessare prima dell'esito definitivo dei giudizi di impugnazione riguardanti il provvedimento antimafia interdittivo, potrà essere stipulata

una convenzione con un istituto di credito, che salvaguardi la consistenza del fondo, mediante la costituzione di un conto corrente intestato alla società/operatore economico ma vincolato alla autorizzazione con nulla osta del Prefetto competente per qualsiasi disposizione delle somme ivi depositate.

Nell'ipotesi inversa, in cui l'esito del giudizio in sede amministrativa fosse sfavorevole per l'impresa - con conseguente consolidamento dell'informazione antimafia ostativa - e il commissariamento dovesse invece proseguire per assicurare la tutela di interessi pubblici, le somme accantonate (che non sarebbero più impignorabili) sono destinate ad essere restituite al soggetto beneficiario (stazione appaltante/soggetto finanziatore) al termine della misura di straordinaria gestione.

2.2. Termine della straordinaria gestione e adempimenti conclusivi

Al termine della misura, gli amministratori straordinari dovranno presentare alla Prefettura di riferimento un rendiconto analitico della loro gestione, evidenziando, per ciascuna commessa, i relativi flussi finanziari e contabili nonché l'importo accantonato a titolo di utile. Nel resoconto, i commissari dovranno altresì indicare gli affidamenti realizzati con risorse finanziarie stanziate, in tutto o in parte, da soggetti diversi dalla stazione appaltante, avendo cura di specificare, per ciascuna commessa, il soggetto finanziatore, l'entità della provvista erogata e la sua incidenza percentuale sul valore dell'appalto o della concessione[8].

Il Prefetto, preso atto della rendicontazione, adotterà i provvedimenti conseguenti e necessari alla chiusura definitiva della gestione commissariale, dandone comunicazione all'operatore economico.

Di seguito, si illustrano le modalità di gestione degli utili e i provvedimenti di competenza del Prefetto, a seconda che la conclusione della misura straordinaria avvenga prima o dopo l'esito del giudizio in sede amministrativa sull'interdittiva antimafia.

<u>Se la misura è revocata o cessa prima dell'esito del giudizio in sede amministrativa</u>:

! le somme accantonate dai commissari devono restare vincolate, in quanto potrebbero essere retrocesse a favore della stazione appaltante/soggetto finanziatore in caso di pronuncia definitiva di conferma dell'informazione antimafia interdittiva in sede giurisdizionale;

[8] Ciò al fine di consentire l'eventuale e successivo riparto delle somme accantonate da destinare ai soggetti beneficiari.

! il Prefetto competente procederà alla stipula di apposita convenzione con un istituto di credito del circuito bancario ordinario, finalizzata alla costituzione di un apposito conto corrente intestato alla società/operatore economico, ma vincolato alla preventiva autorizzazione del Prefetto per qualsiasi disposizione delle somme ivi depositate.

Una volta intervenuto l'esito del giudizio in sede amministrativa o decorsi i termini per impugnare il provvedimento prefettizio interdittivo, gli utili precedentemente accantonati saranno destinati nel modo seguente:

a) In caso di annullamento giurisdizionale dell'informazione antimafia interdittiva, le somme accantonate spettano di diritto all'operatore economico. A tal fine, il Prefetto provvederà ad autorizzare la restituzione dell'intero importo a favore dell'impresa e la conseguente chiusura del conto corrente vincolato.

b) In caso di consolidamento del provvedimento antimafia interdittivo per mancata o respinta impugnazione, il Prefetto provvederà ad autorizzare la devoluzione, a favore dei singoli enti beneficiari - stazioni appaltante/soggetto finanziatore - delle rispettive somme accantonate, nella misura corrispondente all'utile di ciascun contratto.

Qualora vi sia compartecipazione di più soggetti nel finanziamento della singola commessa pubblica, le somme accantonate saranno destinate a ciascuno di essi, pro quota, nella misura corrispondente alla incidenza percentuale delle rispettive erogazioni sul valore complessivo dell'appalto.

A tal fine, il Prefetto provvederà a retrocedere l'intero importo degli utili alla stazione appaltante, la quale, a sua volta - in quanto destinataria del finanziamento e vincolata ad un onere di rendicontazione - dovrà restituire al soggetto finanziatore la quota di spettanza. I provvedimenti relativi alle suddette operazioni di accredito dovranno essere comunicati contestualmente alla stazione appaltante e al soggetto finanziatore.

Qualora l'operatore economico vanti, in relazione al contratto "commissariato", un maggiore credito nei confronti della stazione appaltante, l'importo dell'utile spettante a quest'ultima può essere decurtato da tale credito.

Il Prefetto provvederà, infine, a chiudere il conto corrente vincolato.

Se la misura commissariale termina dopo l'esito del giudizio in sede amministrativa con una pronuncia definitiva di conferma della legittimità del provvedimento antimafia interdittivo:

! il Prefetto provvederà ad autorizzare gli amministratori straordinari a devolvere, a favore dei singoli enti beneficiari - stazioni appaltante/soggetto finanziatore - le rispettive somme accantonate, nella misura corrispondente all'utile di ciascun contratto.

Qualora vi sia compartecipazione di più soggetti nel finanziamento della singola commessa pubblica, le somme accantonate saranno destinate a ciascuno di essi, pro quota, nella misura corrispondente alla incidenza percentuale delle rispettive erogazioni sul valore complessivo dell'appalto.

A tal fine, gli amministratori straordinari provvederanno a retrocedere l'intero importo degli utili alla stazione appaltante, la quale, a sua volta - in quanto destinataria del finanziamento e vincolata ad un onere di rendicontazione - dovrà restituire al soggetto finanziatore la quota di spettanza. Gli atti relativi alle suddette operazioni di accredito dovranno essere comunicati contestualmente alla stazione appaltante e al soggetto finanziatore.

! Qualora l'operatore economico vanti, in relazione al contratto "commissariato", un maggiore credito nei confronti della stazione appaltante, l'importo dell'utile spettante a quest'ultima può essere decurtato da tale credito.

! Il Prefetto provvederà, infine, ad autorizzare gli amministratori straordinari a chiudere l'apposito conto corrente intestato alla gestione commissariale.

Roma, 16 ottobre 2018

F.to Il Presidente dell'ANAC

F.to Il Ministro dell'Interno