

Pubblicato il 14/06/2021

N. 04619/2021REG.PROV.COLL.
N. 09601/2020 REG.RIC.
N. 10171/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9601 del 2020,
proposto da

Comi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Laura Clarizia, con domicilio digitale come da Pec Registri
di giustizia;

contro

Comune di Santa Marina, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in
giudizio;

nei confronti

Comed s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Francesco Mollica e Francesco Zaccone,
con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Principessa
Clotilde n. 2;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10171 del 2020,
proposto da

Comed s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del Rti con l'Impresa Capasso Antonio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Francesco Mollica e Francesco Zaccone, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

contro

Comi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Laura Clarizia, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

nei confronti

Comune di Santa Marina, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 9601 del 2020:

della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale per la Campania - Sezione staccata di Salerno (sezione Prima) n. 1530/2020, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 10171 del 2020:

della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale per la Campania - Sezione staccata di Salerno (sezione Prima) n. 1530/2020, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comed s.r.l. e di Comi s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Laura Clarizia e Leonardo, quest'ultimo in sostituzione dell'avvocato Angelo Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 14 marzo 2019, il Comune di Santa Marina indiceva una gara per l'affidamento

dei lavori di realizzazione del “*Nuovo Polo Scolastico comprensoriale con scuola dell’infanzia, scuola primaria di primo e secondo grado in loc. Scazzaro*”, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Prendevano parte alla procedura, tra le altre, le società Comed s.r.l. – in raggruppamento con l’impresa Capasso Antonio – e Comi s.r.l.

All’esito delle operazioni concorsuali, giusta le determinazioni n. 278 del 19 settembre 2019 e n. 551 del 14 novembre 2019, il Rti Comed risultava aggiudicatario dell’appalto, seguito in graduatoria da Comi s.r.l.

Una volta esperite positivamente le verifiche di legge, Comed s.r.l. ed il Comune di Santa Marina sottoscrivevano il contratto d’appalto (n. 10 del 2019) in vista dell’avvio dei lavori.

Successivamente alla stipula, però, veniva trasmesso al Comune di Santa Marina (in data 27 novembre 2019) un provvedimento interdittivo antimafia emesso a carico di Comed dalla Prefettura di Caserta.

Detto provvedimento veniva tempestivamente impugnato da Comed s.r.l. dinanzi al Tribunale amministrativo della Campania (causa iscritta a r.g.n. 182 del 2020) e nel contempo – al fine specifico di salvaguardare i contratti in corso ed i livelli occupazionali dell’impresa – la stessa società presentava istanza di controllo giudiziario ex art. 34-*bis* d.lgs. 159 del 2011 al Tribunale civile di Santa Maria Capua Vetere.

Tuttavia, nelle more della definizione di tali procedimenti e prima dell’ammissione di Comed al controllo giudiziario, il Comune recedeva dal contratto in precedenza stipulato (*ex* art. 94, comma primo d.lgs. n. 159 del 2011), prefigurando l’interpello dei concorrenti in gara che seguivano Comed in graduatoria, ai sensi dell’art. 110, commi 1 e 2, del medesimo decreto.

Tale provvedimento veniva a sua volta impugnato da Comed con motivi aggiunti al gravame contro l'informativa antimafia.

Per sopravvenute contingenze proprie della stazione appaltante non veniva però concluso alcun nuovo contratto, sebbene Comi s.r.l. – seconda graduata – avesse nel frattempo manifestato la propria disponibilità alla stipula.

Con decreto n. 15 del 10 febbraio 2020 il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ammetteva Comed s.r.l. al controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011 per un periodo di due anni; in considerazione di tale provvedimento, con determinazione n. 53 del 24 febbraio 2020 il Comune revocava la precedente determinazione n. 455 del 2019, ripristinando gli effetti

dell'aggiudicazione e della stipula del contratto in favore del raggruppamento, sul presupposto che l'ammissione al controllo giudiziario avesse sospeso gli effetti dell'informativa antimafia e *“conseguentemente quelli di cui all'art. 94 del d.lgs. n. 159/2011”*.

Tale determinazione veniva impugnata innanzi al giudice amministrativo dalla seconda classificata, con ricorso notificato 19 maggio 2020, lamentando:

- con il primo motivo di ricorso, l'eccesso di potere per difetto dei presupposti e la falsa interpretazione e applicazione degli artt. 34 bis e 94, commi 1, 2 e 4, del d.lgs. n. 159/2011 nonché dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 che non consentirebbero di riferire l'effetto sospensivo degli effetti dell'interdittiva antimafia anche al periodo antecedente l'ammissione al controllo giudiziario, non avendo efficacia retroattiva e non travolgendo gli atti in precedenza adottati dall'amministrazione, tantomeno potendo sanare la carenza di requisiti in capo all'operatore economico. In breve, l'ammissione al regime eccezionale di cui all'art. 34-*bis* cit. avrebbe dispiegato effetti limitatamente ai rapporti giuridici sorti successivamente ad essa.

In questi termini, provvedimento che dispone il controllo giudiziario non potrebbe costituire *“una*

sanatoria dei rapporti pregressi relativi al periodo in cui si sarebbe verificato il contagio criminoso e comunque al di fuori del controllo stesso”, operando solo per i rapporti successivi al provvedimento che la dispone.

- Con il secondo motivo di ricorso, l'eccesso di potere *“per arbitrarietà, contraddittorietà, irrazionalità e sviamento”*, avendo l'amministrazione proceduto a revocare un atto – il recesso precedentemente disposto – da considerarsi in realtà irrevocabile, *“trattandosi di atto estintivo”* e non essendo possibile *“ripristinare gli effetti, già esauriti, dell'aggiudica [...] e della relativa stipula del contratto”*. La determinazione adottata avrebbe quindi dovuto essere inquadrata come una forma atipica ed irrituale di aggiudicazione.

In ogni caso non avrebbe comunque potuto disporsi la "revoca" del recesso ed il ripristino dell'aggiudicazione, poiché li aggiudicataria ormai non avrebbe più potuto soddisfare il requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. f) del d.lgs. n. 50 del 2016, tenuto conto del principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione.

- Con il terzo motivo di ricorso deduceva che il Rup, avviato il procedimento di cui all'art. 110 del d.lgs. n. 50 del 2016 e chiesta la disponibilità della ricorrente, avrebbe dovuto dar seguito alla stipula del contratto a seguito della comunicazione di accettazione da parte di quest'ultima.

La condotta del Comune avrebbe quindi violato il legittimo affidamento di Comi s.r.l. alla stipula del contratto, con conseguente responsabilità precontrattuale dell'ente.

Lamentava inoltre la violazione degli artt. 7 e 10 della l. n. 241 del 1990, che avrebbero imposto la preventiva comunicazione di avvio del procedimento poi sfociato nella determinazione impugnata.

- Con il quarto motivo di ricorso deduceva la perplessità e contraddittorietà della motivazione, nonché la carenza assoluta di istruttoria, in quanto il provvedimento impugnato non avrebbe indicato le ragioni fondanti la revoca del precedente recesso, né avrebbe precisato con chiarezza quali fossero le

ragioni di urgenza ivi richiamate. Evidenziava infine il carattere atipico ed *extra ordinem* del provvedimento adottato.

Costituitasi in giudizio, Comed s.r.l. eccepiva la pregiudizialità del ricorso da lei proposto contro gli atti relativi all'informativa antimafia ed alla conseguente revoca dell'aggiudicazione dell'appalto, chiedendo la sospensione del giudizio ai sensi degli artt. 79 Cod. proc. amm. e 295 Cod. proc. civ. In subordine rilevava la connessione dei medesimi giudizi, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, in considerazione della natura accessoria del secondo rispetto a quello inerente l'informativa antimafia ed i conseguenti atti applicativi.

Nel merito contestava la fondatezza del gravame, chiedendo che fosse respinto.

Anche l'amministrazione si costituiva, rilevando come nel caso in esame non si fosse in presenza di un'esclusione dalla procedura di gara, bensì del recesso da un contratto già sottoscritto; poiché la *ratio* alla base dell'irretroattività del provvedimento di ammissione al controllo giudiziario è quella di assicurare la certezza e della speditezza della procedura di gara, non essendo l'interdittiva intervenuta in corso di gara bensì a contratto ormai stipulato e non essendo stato adottato nel frattempo alcun provvedimento di aggiudicazione nei confronti di altri concorrenti, non poteva configurarsi l'esigenza di certezza e speditezza della procedura, sottesa al principio dell'irretroattività dell'ammissione al controllo giudiziario.

Con sentenza 26 ottobre 2020, n. 1530, il giudice adito respingeva la richiesta di sospensione del giudizio avanzata da Comed s.r.l. ed accoglieva in parte il ricorso proposto da Comi s.r.l., sul presupposto che il provvedimento di controllo giudiziario “*non può avere l'effetto di ripristinare in maniera retroattiva la capacità contrattuale dell'impresa, consentendo il ripristino dell'aggiudicazione e degli effetti del contratto stipulato*”.

Respingeva però il terzo motivo del ricorso proposto da Comi s.r.l., escludendo che in favore di

quest'ultima fossero maturati i presupposti per l'aggiudicazione della procedura e la stipula

del contratto, in quanto *“La mancata indicazione delle condizioni della stipula da parte di entrambe le parti ha determinato il permanere di tale fase pre-negoziale a un livello comunque embrionale e tale da non consentire la configurazione di alcuna forma di responsabilità [...] nessun accordo si è formato tra le parti [...] l'evanescenza della trattativa instaurata tra le parti, la mancanza di elementi che consentissero di ritenere certa o comunque altamente probabile la successiva stipula del contratto e il breve lasso di tempo trascorso tra la richiesta della disponibilità, la conferma della stessa e la successiva adozione del provvedimento contrario, non consentono di configurare un legittimo affidamento del ricorrente né la violazione di regole di correttezza e buona fede in capo all'amministrazione, anche in considerazione della situazione di particolare incertezza ingenerata dall'adozione dell'interdittiva antimafia, del conseguente recesso e dell'ulteriore provvedimento di ammissione al controllo giudiziario”*.

Respingeva infine la domanda della ricorrente volta a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto ed a subentrare nell'esecuzione del contratto, in quanto *“dipendente dalla decisione in merito alla legittimità dell'interdittiva antimafia e del conseguente recesso, non pregiudicata dalla presente pronuncia”*.

Avverso tale decisione Comed s,r,l. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) Error in procedendo. *Violazione degli artt. 79, 13, 39 c.p.a. Violazione dell'art. 295 c.p.c. Violazione del d.lgs. 159/2011. Violazione del d.lgs. 50/2016. Contraddittorietà. Illogicità. Travisamento.*

2) Error in iudicando. *Violazione di legge. Violazione degli artt. 34 bis e 94 del d.lgs. 159/2011. Violazione dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016. Violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento, certezza e stabilità degli atti amministrativi. Contraddittorietà. Illogicità. Travisamento.*

Si costituiva in giudizio Comi s.r.l., concludendo per l'infondatezza del gravame e chiedendone la reiezione.

Nelle more, sempre Comi s.r.l. autonomamente appellava la sentenza di primo grado, nella parte in cui non aveva accolto il terzo motivo del ricorso introduttivo ed aveva rigettato la sua domanda di accertamento del diritto a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto ed a subentrare nel contratto già stipulato.

Deduceva, al riguardo, un unico motivo di impugnazione, così rubricato: “Error in iudicando (*art. 110 d.lgs. 50/2016 e s.m.i. e art. 10.1.3 del bando di gara*) – *Contraddittorietà – Illogicità – Omissione di pronuncia – Violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato – Travisamento*”, di seguito riproponendo il terzo motivo di ricorso introduttivo.

Costituitasi nel relativo giudizio, l'appellata Comed s.r.l. eccepiva l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza del gravame, chiedendo che fosse respinto.

Successivamente le parti di entrambi i giudizi ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 27 maggio 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente ad ogni considerazione sul merito delle censure dedotte dalle parti, va disposta la riunione degli appelli di cui in epigrafe per evidente connessione oggettiva e soggettiva, trattandosi di impugnazioni proposte nei confronti della medesima sentenza.

Ciò premesso, per ragioni di sistematicità e pregiudizialità logica, va innanzitutto esaminato l'appello proposto da Comed s.r.l., volto a rimuovere la sentenza con la quale è stata annullata la revoca dell'atto di risoluzione del contratto precedentemente stipulato tra la medesima Comed s.r.l. ed il Comune di Santa Marina, al fine di ripristinare il rapporto originariamente in essere tra le parti.

L'appello è fondato.

In particolare, con il secondo assorbente motivo di gravame Comed s.r.l. ha censurato la decisione del giudice di prime cure di accogliere il primo, il

secondo ed il quarto motivo di ricorso di Comi s.r.l. sull'unico presupposto per cui il provvedimento di ammissione di Comed s.r.l. al controllo giudiziario *ex art. 34-bis* del d.lgs. n. 159 del 2011 *“non può avere l'effetto di ripristinare in maniera retroattiva la capacità contrattuale dell'impresa, consentendo il ripristino dell'aggiudicazione e degli effetti del contratto stipulato”*.

A fondamento di tale conclusione, la decisione impugnata adduce che *“lo specifico “requisito” dell'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa deve essere mantenuto dal concorrente non solo*

durante la procedura di gara ma anche nel corso dell'esecuzione del contratto, come risulta dalle previsioni di cui agli artt. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 (che prevede l'esclusione del concorrente che sia attinto da un provvedimento antimafia), 92, comma 3, e 94 comma 2, del d.lgs. n. 159/2011 (che prevedono la stipula del contratto sotto condizione e il recesso dal contratto stipulato qualora sopravvenga un'informativa antimafia interdittiva), comportando nel primo caso

l'esclusione dalla gara e nel secondo il recesso dal contratto”.

Invero, prosegue la sentenza, l'intervento di un provvedimento di controllo giudiziario, come previsto dall'art. 34-*bis*, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011, sospende sì gli effetti di cui all'art. 94 del medesimo decreto, ossia l'effetto di privare l'impresa della capacità di stipulare o di eseguire contratti pubblici, prodotto dall'interdittiva, ma tale disposizione non prevede *espressamente* che tale effetto si produca in maniera retroattiva senza alcuna interruzione del possesso del citato “requisito” chiaramente richiesto dal legislatore in fase di gara e di esecuzione.

Ciò in ragione della vigenza, in materia di affidamenti pubblici, del principio per cui lo specifico “requisito” dell'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa deve essere mantenuto dal concorrente non solo durante la procedura di gara ma anche nel corso dell'esecuzione del contratto (ossia anche dopo la stipula dello stesso), come risulta dalle previsioni di cui agli artt. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 (che prevede l'esclusione del concorrente che sia attinto da un provvedimento antimafia), 92, comma 3, e 94 comma 2, del d.lgs. n.

159 del 2011 (che prevedono la stipula del contratto sotto condizione e il recesso dal contratto stipulato qualora sopravvenga un'informativa antimafia interdittiva), comportando nel primo caso l'esclusione dalla gara e nel secondo il recesso dal contratto.

Ritiene il Collegio che la sentenza appellata non abbia fatto corretto governo delle disposizioni di legge applicabili nel caso di specie.

Ai sensi dell'art. 34-bis, comma 6 del d.lgs. n. 159 del 2011, *“Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo. Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente e gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale, accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali”*.

Il successivo comma 7 precisa inoltre che *“Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del comma 6 del presente articolo sospende gli effetti di cui all'articolo 94”*.

Il necessario presupposto dell'aver proposto ricorso giurisdizionale contro il provvedimento interdittivo, espressamente previsto al comma sesto, distingue nettamente la fattispecie su cui attualmente si verte – la cui disciplina è definita, come già anticipato, dai commi 6 e 7 dell'art. 34-bis cit. – dal generale istituto del *“Controllo giudiziario delle aziende”* di cui ai commi da 1 a 5 della medesima disposizione, presupponendo – a differenza di quest'ultimo – già intervenuta l'interdittiva antimafia, dunque già formalizzata, da parte dell'autorità amministrativa competente (il Prefetto), la permeabilità dell'impresa ai *“tentativi di infiltrazione mafiosa”* ex art. 84, comma 4 d.lgs. n. 159 del 2011.

La sospensione degli effetti di cui all'art. 94, che caratterizza la fattispecie, ha natura eccezionale, espressamente derogando al generale principio secondo cui i requisiti di capacità dell'impresa devono permanere per tutta la durata dell'appalto e risponde a due esigenze fondamentali: da un lato, consentire alla stazione appaltante, allorché già ci si trovi nella fase esecutiva del contratto, di non dover necessariamente recedere dallo stesso – con conseguenti disservizi e maggiori oneri derivanti dallo scorrimento della graduatoria in favore di offerte meno vantaggiose – ma di continuare ad avvalersi dell'offerta a suo tempo ritenuta migliore, dall'altro di permettere all'operatore economico di agire in giudizio per ottenere in tale sede, ove ve ne siano i presupposti, la rimozione *ab origine* del provvedimento sfavorevole (l'interdittiva antimafia) e, dunque, l'integrale ripristino della sua capacità di contrarre con la pubblica amministrazione.

Non produce quindi alcun effetto “sanante” delle criticità rilevate in seno alla compagine aziendale – avendo in ogni caso durata transitoria (“*per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni*”) – ma solo è strumentale alla tutela contingente di interessi di carattere pubblicistico che *in concreto* rischierebbero di essere conculcati dall'automatica caducazione del contratto.

Sotto diverso ma complementare profilo, invero, la sospensione di cui si tratta – presupponendo in ogni caso la continuità dell'attività aziendale solamente in un regime di “legalità controllata” – produce l'effetto di salvaguardare, sia pure per un periodo di tempo limitato, come in precedenza detto, la capacità economico-produttiva dell'impresa e la forza lavoro ivi impiegata, in ciò rispondendo innanzitutto ad un'esigenza di pubblico interesse alla tutela di quest'ultima, rispetto a quello – più prettamente patrimoniale – del singolo operatore commerciale.

Ne consegue, per logica, che la fattispecie di cui trattasi in tanto può trovare applicazione, in quanto già si sia conclusa la fase procedimentale della scelta del contraente e ci si trovi ormai in quella successiva alla stipulazione del contratto.

Fase nella quale si colloca, per l'appunto, la vicenda qui controversa, essendo l'informativa antimafia sopravvenuta alla stipula del contratto tra Comed s.r.l. ed il Comune di Santa Marina.

Non sono quindi conferenti, nel caso in esame, i rilievi contenuti nella sentenza appellata circa la necessità di evitare una perdurante situazione di incertezza della stazione appaltante, potendo a rigore l'impresa attinta dal provvedimento antimafia chiedere anche dopo lungo tempo l'adozione del provvedimento di controllo giudiziario, lasciando l'amministrazione *“in una situazione di incertezza circa il permanere della capacità della propria controparte negoziale e i provvedimenti da adottare al riguardo”*, posto che – una volta disposto il recesso della stazione appaltante dal contratto in precedenza sottoscritto con l'operatore privato – l'eventuale ammissione al controllo giudiziario non farebbe sorgere per l'amministrazione alcun obbligo di revocare il precedente atto di recesso – dal che deriverebbe appunto l'incertezza ritenuta in sentenza – poiché l'atto di ritiro, in applicazione delle regole generali di cui alla l. n. 241 del 1990, qui non derogate, comunque presuppone una positiva valutazione discrezionale di opportunità da parte dell'ente pubblico che procede.

L'assenza di automatismi al ripristino del contratto (sempreché possibile, in concreto) esclude quindi i rischi paventati in sentenza.

Nel caso di specie, risulta dagli atti che l'ammissione al controllo giudiziario (e la conseguente sospensione degli effetti prodotti dall'interdittiva antimafia) era intervenuta in tempi estremamente rapidi (il 13 febbraio 2020), prima ancora che l'amministrazione procedesse eventualmente ad una nuova aggiudicazione, così che la decisione di quest'ultima di revocare il recesso era del tutto coerente con le finalità pubblicistiche in precedenza evidenziate, cui è funzionale la peculiare disciplina qui esaminata.

Ne consegue la legittimità del comportamento tenuto dalla stazione appaltante e del conseguente provvedimento di ritiro – annullato invece dal primo giudice – dalla stessa adottato.

L'accoglimento del secondo motivo di appello, concernendo il merito della controversia, è assorbente delle questioni di carattere processuale dedotte invece con il primo motivo di impugnazione, concernenti la necessità o meno, per il giudice di prime cure, di sospendere il giudizio in attesa della definizione del gravame precedentemente proposto contro l'informativa antimafia interdittiva, in ragione della sua dedotta pregiudizialità.

Venendo adesso all'appello proposto da Comi s.r.l., con esso si censura la sentenza di primo grado per aver erroneamente equiparato – così rigettando il terzo motivo di ricorso introduttivo – l'interpello svolto dalla stazione appaltante dopo aver receduto dal contratto con Comed ad una semplice “*richiesta di disponibilità alla stipula del contratto*”, dovendosi invece considerare lo stesso come un vero e proprio nuovo affidamento (in favore di Comi s.r.l., seconda graduata).

Tale conclusione discenderebbe dal tenore dell'art. 110, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale “*le stazioni appaltanti [...] interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture*”.

Poiché – in base a quanto previsto dal secondo comma del medesimo art. 110 – lo strumento dell'interpello presuppone che i contenuti dell'offerta tecnica ed economica dell'aggiudicatario originario non possano più essere modificati dagli operatori interpellati, i quali devono semplicemente dire se intendono o meno subentrare a quest'ultimo alle medesime condizioni, l'appellante ritiene che il procedimento di successiva aggiudicazione si concluda per effetto della mera accettazione della prima interpellata (ossia Comi s.r.l.).

Per l'effetto, la stazione appaltante non avrebbe più potuto revocare il recesso precedentemente disposto dal contratto stipulato con Comed – per ripristinare lo *status quo ante* – poiché in quel momento la situazione di fatto e diritto sarebbe stata ormai strutturalmente (e definitivamente) modificata dall'intervenuta aggiudicazione in favore di Comi.

D'altro canto, neppure potrebbe sostenersi che il diritto di Comi a subentrare nell'aggiudicazione dell'appalto fosse condizionato dall'esito del giudizio proposto da Comed s.r.l. avverso l'interdittiva prefettizia antimafia e la susseguente revoca dell'originaria aggiudicazione e del relativo contratto: anzi, sostiene l'appellante, nemmeno l'esito (ipoteticamente) favorevole del gravame pendente dinanzi al giudice amministrativo avrebbe potuto "ripristinare la capacità di contrarre dell'originaria aggiudicataria nella gara de qua", proprio in ragione del fatto che Comed era stata ammessa – sia pure su sua stessa istanza – al controllo giudiziario.

“Tale misura preventiva” – rileva l'appellante – *“è, invero, disposta dal Giudice Penale (nella specie, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere) allorquando sussistano i presupposti dell'art. 34- bis D.L. 159/2011 e, cioè, «se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività»”*.

Il motivo non può trovare accoglimento.

Ai sensi dell'art. 110, commi primo e secondo d.lgs. n. 50 del 2016, *“[...] le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 del presente codice ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture.*

2. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta”.

Nel caso di specie il procedimento di interpello, ancorché attivato, non risulta essere stato definito con un formale provvedimento idoneo ad aggiudicare la gara in favore di Comi s.r.l. e, per tal via, a far sorgere in capo alla stessa una legittima aspettativa giuridicamente tutelabile.

Al riguardo, va confermato l'orientamento giurisprudenziale (da ultimo, Cons. Stato, III, 5 aprile 2018, n. 2106) secondo cui il procedimento di interpello di cui all'art. 140 del d.lgs n. 163 del 2006 – riproposto dall'odierno art. 110 d.lgs. n. 50 del 2016 – si configura come un segmento di un'unica procedura di affidamento, avviata con la pubblicazione del bando e conclusa con l'affidamento dell'appalto.

Più in generale (cfr., da ultimo, Cons. Stato, III, 15 marzo 2021, n. 2231), l'art 110 cit. impone espressamente, al verificarsi delle ipotesi tassative ivi indicate, di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, secondo l'ordine risultante dalla relativa graduatoria e, comunque, senza consentire o ammettere una rimodulazione di quest'ultima.

L'art. 110 del *Codice dei contratti*, infatti, disciplina alcune ipotesi tassative (tra le quali il caso di risoluzione del contratto) di affidamento del completamento dei lavori o del servizio mediante progressivo interpello dei soggetti che hanno partecipato alla procedura di gara, secondo l'ordine della relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

In tali casi tassativi – sebbene la procedura concorsuale sia da considerarsi terminata e l'offerta a suo tempo formulata non sia più vincolante nei confronti dell'amministrazione, essendo ormai concluso quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione alla gara – per ragioni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa il legislatore fa obbligo per la stazione appaltante di avvalersi degli esiti della competizione espletata e di attenersi alla graduatoria formulata, senza che sia possibile, al riguardo, alcun esercizio di discrezionalità, né sulle modalità da seguire per il nuovo affidamento (quale ad esempio l'indizione di una nuova gara, come prevedeva l'art. 140 del pregresso *Codice dei contratti pubblici*), né sul procedimento di

scorrimento della graduatoria, vincolato al rispetto dell'ordine di classificazione dei concorrenti così come cristallizzatosi.

L'oggettiva circostanza che tra l'evento terminale della procedura di evidenza pubblica – *id est* l'aggiudicazione – e la riapertura a seguito dell'interpello per lo scorrimento vi sia una netta cesura, determinata dall'efficacia temporale delle offerte (che la legge limita nel tempo), viene superata dalla “conferma” delle stesse in sede di interpello (così Cons. Stato, III, 6 marzo 2017, n. 1050). In ciò risiede dunque la particolarità del *sub*-procedimento di interpello, non anche – come invece sostenuto dall'appellante Comi s.r.l. – nell'attribuire all'assenso dell'operatore interpellato l'effetto (di fatto, un automatismo) di tener luogo della formale nuova aggiudicazione della gara.

Proprio la circostanza che il *sub*-procedimento di interpello non ha valenza autonoma, ma si inserisce sempre nell'originario procedimento di evidenza pubblica, porta a concludere che alla risposta positiva dell'operatore interpellato deve comunque far seguito un formale (e nuovo) provvedimento di aggiudicazione, che vada a sostituire quello venuto meno a seguito del recesso dell'amministrazione, con la conseguenza che fino a tale momento l'interpellato – venutosi a trovare in posizione equiparabile a quella del concorrente “primo graduato”, dunque titolare di una mera aspettativa di fatto all'aggiudicazione – non potrebbe vantare, secondo regola generale, una posizione soggettiva qualificata e differenziata tutelabile in sede giurisdizionale (*ex multis*, Cons. Stato, III, 6 marzo 2018, n. 1441).

Deve pertanto concludersi che nel caso di specie nessuna aggiudicazione – tantomeno implicita – in favore di Comi s.r.l. era intervenuta al momento in cui l'amministrazione, nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, si determinava alla revoca del precedente provvedimento di recesso, in quanto maggiormente rispondente – nel caso concreto – alla cura del pubblico interesse, con conseguente insussistenza del presupposto (giuridico e fattuale) su cui riposa il motivo di appello.

Alla luce dei rilievi che precedono, deve dunque concludersi – in parziale riforma della sentenza di primo grado – per l'accoglimento dell'appello proposto da Comed s.r.l. e per la reiezione di quello presentato da Comi s.r.l. Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere interamente compensate tra le parti, in ragione della particolarità delle questioni affrontate e della loro relativa novità.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, accoglie quello proposto da Comed s.r.l. e respinge quello di Comi s.r.l., per l'effetto respingendo il ricorso originariamente proposto da quest'ultima avverso l'atto di revoca della determinazione del Comune di Santa Marina n. 455 del 19 dicembre 2019.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO