Pubblicato il 04/04/2022
N. 02461/2022REG.PROV.COLL.
N. 10573/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA
sul ricorso numero di registro generale 10573 del 2021, proposto dalla ditta -OMISSIS-in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Giannì, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;
contro
il Comune di -OMISSIS-, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Tretola, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;
la Centrale unica di committenza presso il comune capofila di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;
nei confronti
della ditta -OMISSIS-s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;
per la riforma
della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Salerno, sezione seconda, n. -OMISSIS-.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di -OMISSIS- e della ditta -OMISSIS-s.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.;
Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il consigliere Emanuela Loria;
Udito per la parte appellante l'avvocato Giuseppe Giannì;
Viste le istanze di passaggio in decisione depositate dagli avvocati Luigi Tretola e Massimiliano Brugnoletti;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO
1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla determinazione comunale n. 103 del 29 aprile 2021 con la quale è stata aggiudicata alla ditta -OMISSIS-la gara per il *"servizio di gestione integrata dei rifiuti e dei servizi di igiene urbana su base annuale da applicarsi alle annualità 2020-2024"*, indetta dal comune di -OMISSIS- per il tramite della centrale unica di committenza di -OMISSIS-.
1.1. Con bando del 30 giugno 2020 il comune di -OMISSIS- ha indetto la gara per il servizio sopra indicato da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, su un importo a base d'asta di euro 12.597.706,66 per la durata di cinque anni, salvo proroga di due.
1.2. Con la determinazione sopra indicata il comune ha affidato il servizio all'appellante, risultata prima graduata con un punteggio di 94,93; la seconda graduata è risultata la ditta -OMISSIS-s.r.l. con un punteggio di 82,31.
1.3. La ditta -OMISSIS-s.r.l. ha presentato ricorso al Tribunale amministrativo chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione poiché l'aggiudicataria sarebbe stata destinataria di una informativa antimafia; inoltre, la ricorrente ha presentato istanza *ex* art. 116, comma 2, c.p.a. al fine di ottenere l'acquisizione della documentazione di gara, unitamente agli esiti dell'accesso presso la Banca dati unica nazionale antimafia.
2. L'impugnazione in prime cure è stata affidata a due motivi, e corredata da domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, istanza cautelare nonché da domanda di risarcimento del danno:
1. Violazione dell'art. 80, commi 2 e 6 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 5 del disciplinare di gara. Violazione del principio del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione dal momento della presentazione dell'offerta fino a quello della scadenza del contratto.
Con tale motivo la ricorrente in primo grado ha sostenuto che il provvedimento di aggiudicazione risulterebbe essere illegittimo, poiché ai sensi dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, l'essere attinti da una informativa antimafia costituisce presupposto per l'automatica esclusione dalla procedura di gara.
2. Violazione dell'art. 5 del disciplinare e III.1, lett. c) del bando di gara. Viola-zione dell'art. 80, comma 6 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione del principio del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione dal momento della presentazione dell'offerta fino a quello della scadenza del contratto. Violazione del legittimo affidamento nella legge di gara. Illogicità e contraddittorietà manifeste.

L'emissione dell'informazione antimafia interdittiva ha condotto, tra l'altro, alla cancellazione della contro interessata dalla *white list* tenuta dalla Prefettura di Napoli (elenco *white list* Prefettura di Napoli, riga 112).
Il possesso di tale iscrizione era richiesto dal Comune di -OMISSIS- quale specifico requisito di partecipazione alla procedura di gara ai sensi dell'art. 5 del disciplinare, rubricato *"Requisiti generali"*, che ha stabilito che *"Gli operatori economici devono possedere, pena l'esclusione dalla gara, l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, presta-tori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (c.d. white list) istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede"* (disciplinare, art. 5, pag. 8).
Pertanto, anche la sopravvenuta cancellazione della -OMISSIS-Appalti dalla *white list* rappresenterebbe un autonomo motivo di esclusione che rende illegittima l'aggiudicazione.
3. La impugnata sentenza del T.a.r. per la Campania, sede di Salerno, sez. II, n. -OMISSIS-:
a) ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado sollevata dalla difesa del comune e del contro interessato (questo capo della sentenza non risulta essere stato impugnato);
b) ha accolto il motivo incentrato sulla illegittimità della aggiudicazione per la intervenuta interdittiva antimafia che ha colpito la ditta -OMISSIS-(questo capo della sentenza non risulta essere stato impugnato);
c) non essendo stato stipulato il contratto, ha respinto sia la domanda di subentro che quella di risarcimento del danno proposte dalla ditta -OMISSIS-(questo capo della sentenza non risulta essere stato impugnato);
d) ha accolto in parte la domanda di accesso agli atti proposta dalla ditta -OMISSIS-*ex* art. 116 c.p.a. (questo capo della sentenza non risulta essere stato impugnato);
e) ha ordinato al comune di procedere agli adempimenti conseguenziali scorrendo la graduatoria;
f) ha condannato gli intimati al pagamento delle spese di lite nella misura di euro 1.500,00;
4. La sentenza di primo grado è stata appellata dalla ditta -OMISSIS-, che ha sollevato un unico motivo di gravame (da pagina 4 a pagina 10):
Erroneità della sentenza appellata per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21-quinquies, l. n. 241 del 1990, e più in generale del potere di autotutela decisoria riservato all'amministrazione; per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 94, d.lgs. n. 159 del 2011 rispetto alla ritenuta applicabilità della previsione contenuta nel co. 3 alla sola fase esecutiva del contratto; per ingiustizia e irragionevolezza manifeste – Erroneità della sentenza appellata per eccesso di potere giurisdizionale in ragione della violazione del principio di separazione dei poteri e dell'art. 34, co. 2, c.p.a. in relazione al ravvisato automatismo tra la misura interdittiva successiva all'aggiudicazione e l'esclusione dell'operatore economico in assenza di un procedimento di secondo grado teso a soppesare gli interessi coinvolti al fine di valutare discrezionalmente l'opportunità di mantenere l'appalto in capo all'aggiudicatario già individuato.
Il giudice di primo grado si sarebbe ingerito nella sfera riservata all'amministrazione sostituendosi a essa nell'esercizio del potere di revoca dell'aggiudicazione non ancora esercitato, obliterando la valutazione discrezionale della stazione appaltante attraverso l'applicazione dell'automatismo espulsivo in conseguenza dell'interdittiva sopraggiunta a carico dell'appellante, mentre la revoca dell'aggiudicazione sottende verifiche ulteriori e diverse dalla mera presa d'atto dell'esistenza della misura interdittiva: alla luce di ciò la sentenza sarebbe viziata per eccesso di potere giurisdizionale per invasione dell'ambito di competenza riservato alle verifiche dell'amministrazione.
L'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011 consente alle amministrazioni aggiudicatrici di *"non proced[ere] alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente – i.e. revoche di autorizzazioni e di concessioni e recessi dai contratti – nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi"*.
Pertanto, in presenza di un'aggiudicazione già adottata, la stazione appaltante sarebbe chiamata a effettuare valutazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle poste a fondamento dell'interdittiva, verificando la sussistenza delle situazioni e degli interessi in presenza dei quali la legge consente di evitare la revoca dell'aggiudicazione disposta a favore dell'operatore economico successivamente colpito dalla misura interdittiva stessa.
5. Si sono costituiti in giudizio sia il comune sia la ditta -OMISSIS-s.r.l. per resistere all'appello.
5.1. Il comune ha depositato memoria in data 18 gennaio 2022, analogamente hanno fatto la ditta -OMISSIS-in data 18 gennaio 2022 e la parte ricorrente in data 28 febbraio 2022.
5.2. Alla camera di consiglio del 20 gennaio 2022, su concorde richiesta delle parti, l'esame della domanda cautelare è stato differito alla udienza pubblica, svoltasi il giorno 17 marzo 2022, nel corso della quale nessuna delle parti ha insistito per la decisione dell'incidente cautelare.
6. Alla pubblica udienza del 17 marzo la causa è stata pertanto assunta in decisione.
6.1. In via preliminare il Collegio prescinde dall'esame delle plurime eccezioni di inammissibilità e di improcedibilità sollevate dalle parti intimate, attesa la manifesta infondatezza del gravame nel merito.
6.2. In primo luogo, va respinta la censura proposta con l'unico articolato motivo in relazione all'eccesso di potere giurisdizionale nel quale sarebbe incorso il giudice di primo grado, che avrebbe esondato dal proprio ambito per invadere l'ambito di competenza dell'amministrazione.
La censura è priva di pregio giacché il Tribunale è rimasto nei limiti del sindacato giurisdizionale sulla legittimità degli atti amministrativi ravvisando un vizio di illegittimità nel provvedimento di aggiudicazione consistente nella violazione dell'art. 80, commi 2 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016.
L'art. 80, comma 2, prevede che uno dei motivi di esclusione da una procedura ad evidenza pubblica sia la presenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa ai sensi dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 159 del 2011; poiché l'aggiudicataria è

stata destinataria di un provvedimento emesso ai sensi dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 159 del 2011 la stazione appaltante non aveva alcun margine di discrezionalità nel disporre l'esclusione che è risultata doverosa *ex* art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 (arg. da Cons. Stato, Adunanza plen. n. 3 del 2018; Adunanza plen. n. 23 del 2020).
6.3. La circostanza che il provvedimento di interdittiva sia stato impugnato dinanzi al T.a.r per la Campania, sede di Napoli, dalla ditta interessata - con esito reiettivo nelle more del presente giudizio per quanto concerne il ricorso di primo grado (sentenza n. -OMISSIS-), senza che peraltro sia intervenuta neanche la sua sospensione - non ha alcun rilievo ai fini dei doverosi provvedimenti che l'amministrazione avrebbe dovuto adottare e che sono stati correttamente indicati dalla sentenza impugnata ai fini dell'effetto conformativo dell'attività dell'amministrazione al *dictum* del giudice.
6.4. Sotto ulteriore profilo, è infondata la censura in base alla quale l'amministrazione avrebbe potuto applicare l'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011, c.d. codice antimafia (e quindi non procedere alla revoca o al recesso dal contratto) poiché nel caso di specie non ricorre lo stringente presupposto applicativo ivi previsto, consistente nella sussistenza di un rapporto contrattuale in atto: tale presupposto riguarda, ad una piana lettura della disposizione, sia i contratti di lavori che quelli di forniture e servizi, in quest'ultimo caso *"qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi".*
7. In conclusione, alla luce delle suindicate motivazioni, l'appello è infondato.
8.Le spese del giudizio seguono, come di regola, il criterio della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo in applicazione dei parametri di cui al regolamento n. 55 del 2014.
9. Il Collegio rileva, inoltre, che l'infondatezza del ricorso si fonda su ragioni manifeste in modo da integrare i presupposti applicativi dell'art. 26, comma 2, c.p.a. secondo l'interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, n. 2205 del 2018; n. 2879 del 2017; n. 5497 del 2016, cui si rinvia ai sensi dell'art. 88, comma 2, lettera d), c.p.a. anche in ordine alle modalità applicative ed alla determinazione della sanzione), conformemente ai principi elaborati dalla Corte di cassazione (cfr. sez. VI, n. 11939 del 2017; n. 22150 del 2016).
A tanto consegue il pagamento della sanzione nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila).
P.Q.M.
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando:
I. respinge l'appello r.g.n. 10573/2021;
II. condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio che liquida nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila), oltre IVA, CPA e rimborso spese generali al 15%, in favore di ciascuna delle due parti costituite;
III. condanna l'appellante al pagamento della sanzione ai sensi dell'art. 26, comma 2, c.p.a. nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila), da versare secondo le modalità di cui all'art. 15 disp. att. c.p.a., mandando alla Segreteria per i conseguenti adempimenti.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:
Vito Poli, Presidente
Francesco Gambato Spisani, Consigliere
Alessandro Verrico, Consigliere
Giuseppe Rotondo, Consigliere
Emanuela Loria, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**
Emanuela Loria **Vito Poli**

IL SEGRETARIO

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