

Publicato il 06/12/2021

N. 00997/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00528/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 528 del 2021, proposto da
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata
e difesa dagli avvocati Sergio Perongini, Gianluca Fuccillo e Brunella Merola,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Ravenna, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Enrico Baldrati, Patrizia Giulianini e
Giacomo Giannoccaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Fata, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto
presso il suo studio in Bologna, piazza Cavour 2;

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Maria Bisceglia e
Sara Pedace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

-OMISSIS-, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensiva

- a) del provvedimento reso dal Capo Area Infrastrutture Civili – Responsabile Unico del Procedimento, ing. Massimo Camprini, del Comune di Ravenna, fascicolo -OMISSIS-, avente a oggetto: “Appalto Integrato ai sensi dell'art. 59, comma 1 bis, d. lgs. n. 50/2016 e s.m.i. relativo alla progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di costruzione della città delle arti e dello sport - struttura polivalente, con previsione anche di prestazioni opzionali - Riscontro vs. nota del 24.05.2021”, con relativa nota di trasmissione al Consorzio, trasmesso alla società -OMISSIS-. in data 24.06.2021;
- b) se e nella misura in cui occorra, di eventuali atti e/o pareri resi dal Direttore Generale, dal Segretario Generale, dal Dirigente del Servizio Appalti e Contratti del Comune di Ravenna, dall'UO Legale e Contenzioso del Comune di Ravenna e dal Direttore dei Lavori dell'appalto de quo (non conosciuti);
- c) di tutti gli atti presupposti, preordinati e conseguenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ravenna, del -OMISSIS-. e del -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2021 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Il Comune di Ravenna, a seguito di procedura aperta ai sensi dell'art. 59, c. 1-bis, d.lgs. 50/2016, aggiudicava l'appalto integrato relativo alla progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di costruzione della Città delle Arti e dello Sport - struttura polivalente, al raggruppamento temporaneo

di imprese capeggiato da -OMISSIS-con sottoscrizione del contratto il 19 settembre 2019.

-OMISSIS- in sede di formulazione dell'offerta indicava quale impresa esecutrice dei lavori la -OMISSIS-., odierna ricorrente.

Il 10 giugno 2020, dopo l'inizio dei lavori, l'impresa -OMISSIS- riceveva un'interdittiva antimafia disposta dal Prefetto di Napoli ai sensi degli artt. 89 bis e 91 d.lgs. 159/2011, la cui legittimità veniva confermata dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania con sentenza 2 marzo 2021, n. 1411, la cui efficacia non è stata sospesa.

Il predetto provvedimento, comportando il divieto per l'operatore economico di contrattare con la pubblica amministrazione, ha determinato il -OMISSIS- ad escludere "la -OMISSIS- dalla compagine consortile", a revocare "tutti i precedenti contratti di affidamento, ivi compreso quello concernete l'appalto stipulato con il Comune di Ravenna" e a designare il -OMISSIS-"quale soggetto subentrante alla -OMISSIS-. nel contratto stipulato con il Comune di Ravenna".

In seguito all'ammissione della società -OMISSIS- al controllo giudiziario di cui all'art. 34-bis del d.lgs. n. 159/2011 (disposta dalla Corte d'Appello di Napoli con decreto del 19 marzo 2021) il -OMISSIS-, con nota del 24 maggio 2021, rappresentava alla stazione appaltante "di avere designato quale ulteriore consorziata esecutrice dei lavori indicati in oggetto, da affiancare alla consorziata" -OMISSIS- "la società -OMISSIS-" e che l'"affiancamento è volto alla distribuzione delle lavorazioni tra le consorziate più aderente alle rispettive programmazioni".

Il Comune di Ravenna dava riscontro alla missiva con il provvedimento impugnato del 15 giugno 2021 ritenendo l'istanza di "affiancamento" della società -OMISSIS- non accettabile, sia perché la fattispecie non rientrava in alcune delle ipotesi previste dagli artt. 45 e s. d.lgs. n. 50/2016 sia perché, "stante la genericità della missiva pervenuta" non era dato "comprendere in quali termini" si sarebbe concretizzato il prospettato "affiancamento".

L'Amministrazione evidenziava, inoltre, che l'interdittiva - che aveva colpito l'originaria consorziata - aveva provocato "il venir meno dei requisiti (generali e speciali) che anche le imprese designate dall'appaltatore di un'opera pubblica devono conservare, senza soluzione di continuità, per tutta la durata dell'appalto".

Con il ricorso in esame la -OMISSIS- ha impugnato il suddetto atto, deducendo motivi così riassumibili:

I) Violazione di legge, eccesso di potere per contrasto con gli artt. 45, 46, 47 e 48, d.lgs. n. 50/2016, per difetto istruttorio, per travisamento dei fatti, per erroneità dei presupposti, per sviamento di potere, per abuso di potere, per violazione dell'art. 34 bis d.lgs. 159/2011 s.m.i., per violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990, per difetto di motivazione, per illogicità, per irragionevolezza, per contraddittorietà, per violazione del principio di proporzionalità e del principio di tipicità e di tassatività dell'azione amministrativa: posto che sussisterebbe la giurisdizione del g.a. avendo la stazione appaltante con l'atto impugnato esercitato un potere autoritativo, sarebbe stato leso il diritto del -OMISSIS- di procedere alla sostituzione dell'impresa consorziata designata all'esecuzione dei lavori, a norma dell'art. 48 c. 7 bis d.lgs. 50/2016. L'ottenuta amministrazione giudiziale, anche se non determina il superamento dell'interdittiva, legittima la ripresa dell'attività imprenditoriale. Sarebbero irrilevanti le ragioni addotte dal Comune di Ravenna riguardanti il rapporto con il Consorzio.

II) Violazione e falsa applicazione di legge, eccesso di potere per contrasto con gli artt. 10 bis e 21 octies L. n. 241/1990, per violazione del principio di partecipazione e di trasparenza dell'attività amministrativa, per sviamento, per irragionevolezza, per difetto di istruttoria e di motivazione: l'Amministrazione non avrebbe garantito il contraddittorio procedimentale sulla proposta di provvedimento finale di cui all'art. 10-bis L.241/90, tanto più necessario in considerazione della natura discrezionale del potere esercitato.

III) Violazione e falsa applicazione di legge, eccesso di potere per violazione del principio di trasparenza, del principio di partecipazione e del principio del contraddittorio, difetto assoluto di motivazione, violazione dell'art. 97 ss., d.lgs. n. 267/2000, art. 6 bis l. n. 241/1990, incompetenza: l'atto gravato sarebbe frutto di una indebita commistione di diverse e distinte competenze e funzioni con particolare riferimento al Direttore Generale, al Segretario Generale ed al Direttore dei lavori, in violazione anche del principio di separazione tra attività gestionale e di indirizzo politico.

IV) Violazione di legge, eccesso di potere per contrasto con gli artt. 45, 46, 47 e 48, d.lgs. n. 50/2016, per difetto istruttorio, per travisamento dei fatti, per erroneità dei presupposti, per sviamento di potere, per abuso di potere, per violazione dell'art. 34 bis d.lgs. 159/2011 s.m.i., per violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990, per difetto di motivazione, per illogicità, per irragionevolezza, per contraddittorietà, per violazione del principio di proporzionalità e del principio di tipicità e di tassatività dell'azione amministrativa, per omessa rilevazione dell'illegittimità della sostituzione: la stazione appaltante avrebbe dovuto rilevare che la sostituzione dell'impresa esecutrice era avvenuta eludendo la mancanza originaria del requisito di partecipazione in capo alla -OMISSIS- e che, pertanto, la reintegrazione dell'impresa -OMISSIS-. avrebbe anche l'effetto di eliminare tal profilo di criticità.

Si è costituito in giudizio il Comune di Ravenna eccependo in rito il difetto di giurisdizione del g.a. attenendo la controversia in esame ad aspetti propriamente di esecuzione del contratto, oltre che l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione risultando la ricorrente completamente esterna al contratto di appalto. Quanto al merito ha evidenziato l'infondatezza di tutti i motivi "*ex adverso*" proposti, poiché in sintesi: - l'"affiancamento" all'attuale consorziata designata sarebbe figura non prevista dalla legge con inutile sovrapposizione e rischi di rallentamento nel completamento dell'opera.; - il controllo giudiziario di cui art. 34-bis del Codice antimafia non determinerebbe il venir meno dell'interdittiva bensì la sola sospensione degli

effetti “*ex nunc*” ; - il possesso dei requisiti generali di conseguenza non sarebbe continuativo avendo il controllo giudiziario effetti solo per il futuro.

Si è costituito il -OMISSIS- (-OMISSIS-) parimenti eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Si è costituito infine anche il -OMISSIS- rappresentando di aver correttamente operato nel rispetto della normativa di riferimento, rimettendosi alle decisioni del Tribunale adito.

Con memoria la difesa della ricorrente ha replicato alle eccezioni sollevate dalle controparti e rappresentato come il controllo giudiziario comporterebbe la reintegrazione in applicazione del principio di continuità e non in sua deroga, citando all'uopo sentenza del Consiglio di Stato.

Alla camera di consiglio del 27 luglio 2021 con ordinanza n. 341/2021 è stata respinta la domanda incidentale cautelare “attesa, tra l'altro, la sussistenza di seri dubbi sull'ammissibilità del ricorso in punto di difetto di giurisdizione, assumendo la ricorrente la lesione del “diritto soggettivo” in capo al RTI aggiudicatario alla sostituzione (*rectius* “affiancamento”) ex art. 48 c. 7-bis d.lgs. 50/2016 dell'impresa consorziata designata all'esecuzione del contratto: Ritenuto infatti “*prima facie*” che la cognizione su tali aspetti esecutivi sia del tutto estranea alla giurisdizione pur esclusiva del g.a. di cui all' art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a. ed, in ogni caso, la completa estraneità della ricorrente rispetto al contratto d'appalto di che trattasi; Considerata, infine, la prevalenza allo stato dell'interesse pubblico alla realizzazione già iniziata dell'opera”.

Con ordinanza n. 5241/2021 la V sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'appello cautelare in punto di “*periculum in mora*” evidenziando “la complessità delle questioni poste con i motivi di appello da vagliare nella sede di merito”.

In prossimità della trattazione nel merito le parti hanno depositato memorie e documentazione, precisando le proprie argomentazioni difensive.

In particolare la difesa della ricorrente ha insistito per l'ammissibilità del gravame sia in punto di giurisdizione - avendo a suo dire anche l'adito Tribunale operato confusione tra la posizione sostanziale di diritto soggettivo della consorziata nei confronti del consorzio ed i rapporti con la stazione appaltante ove viene in gioco un potere autoritativo di verifica e controllo dei requisiti seppur durante l'esecuzione del contratto - che di legittimazione, risultando la ricorrente citata più volte nel contratto di appalto.

La difesa comunale e la difesa del -OMISSIS-, di contro, hanno ribadito le eccezioni in rito già sollevate, rappresentando in punto di fatto l'avanzamento dei lavori depositando relazione della direzione lavori.

All'udienza del 10 novembre 2021, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- E' materia del contendere la legittimità dell'opposizione manifestata dalla stazione appaltante, con nota del 15 giugno 2021, alla comunicazione da parte del suindicato Consorzio aggiudicatario di "affiancamento" della ricorrente - originariamente designata quale impresa esecutrice e colpita da interdittiva antimafia - all'impresa esecutrice subentrata -OMISSIS-, motivata dal venir meno dell'interdittiva per effetto dell'ammissione al controllo giudiziario ex art. 34-bis d.lgs. 159/2011.

Lamenta parte ricorrente in particolare la lesione del "diritto soggettivo" in capo al RTI aggiudicatario alla sostituzione *rectius* "affiancamento" ex art. 48 c. 7-bis d.lgs. 50/2016 dell'impresa consorziata designata all'esecuzione del contratto di appalto, da cui la ricorrente conseguirebbe comunque effetti favorevoli.

2.- Preliminarmente va esaminata la questione di giurisdizione.

2.1. - Ad avviso del Comune di Ravenna e del -OMISSIS- l'atto gravato non sarebbe espressione di poteri autoritativi, costituendo piuttosto atto paritetico inerente la gestione del rapporto contrattuale, essendosi limitato il Comune di Ravenna ad esporre all'appaltatore (-OMISSIS-) il proprio dissenso,

rientrando nella giurisdizione del g.o. ogni controversia riguardante gli aspetti dell'esecuzione del contratto d'appalto.

Secondo la ricorrente, invece, andrebbero tenuti distinti i rapporti interni tra consorziata e consorzio in tema di designazione dell'impresa esecutrice dei lavori ed i rapporti "verticali" con la stazione appaltante laddove verrebbe in gioco un potere autoritativo di verifica e controllo dei requisiti generali e speciali seppur durante l'esecuzione del contratto, contestandosi con il ricorso in esame proprio la legittimità dell'esercizio di tal potere, come nell'ipotesi di controversia sull'autorizzazione al subappalto.

2.2. - Ritene il Collegio "*res melius perpensa*" di dover affermare la giurisdizione del g.a.

L'art. 47, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, stabilisce che "i consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma due, lett. c), e 46, comma 1, lett. f), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante".

L'art. 48, c. 7 bis, d.lgs. n. 50/2016, stabilisce che "è consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lettere b) e c), designare, ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata".

Infine, per quel che qui rileva, la stazione appaltante deve verificare che l'impresa designata sia "in possesso dei prescritti requisiti di idoneità" di partecipazione alla gara (art. 48, comma 18, d.lgs. n. 50/2016) e che "la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere, in tale sede, la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata" (art. 48, comma 19, d.lgs. n. 50/2016).

2.3. - E' pertanto dirimente accertare se in tale ambito, ricadente nella piena fase di esecuzione del contratto d'appalto, la verifica di spettanza della stazione d'appaltante assuma il carattere di una mera presa d'atto del tutto vincolata oppure se concreti l'esercizio di un vero e proprio potere autoritativo al cospetto del quale il Consorzio (e la ricorrente) possa vantare la lesione di interessi legittimi la cui cognizione è devoluta ex art 133 c. 1 lett. e) n. 1 c.p.a. al g.a.

2.4. - Ritiene il Collegio che il predetto potere, incentrato sulla verifica del possesso dei requisiti morali ai sensi dell'art. 80 d.lgs. 80/2016 e s.m. in capo all'impresa designata all'esecuzione, abbia senz'altro natura autoritativa.

E' infatti indubbio che in sede di verifica dei requisiti generali o morali, oggi disciplinata dal citato art. 80, la stazione appaltante eserciti un potere tipicamente autoritativo con significativi ambiti di discrezionalità amministrativa come, ad esempio, nell'ipotesi di cui al comma 5 lett c) in tema di apprezzamento di "un grave illecito professionale" (Consiglio di Stato sez. V, 27 novembre 2020, n.7471; id. sez. V, 8 ottobre 2020, n. 5967; id. 14 aprile 2020, n. 238; id. 26 giugno 2020, n. 4100; id. 6 aprile 2020, n. 2260; id. 17 settembre 2018, n. 5424) o di cui al comma 7 in tema di c.d. *self cleaning* (Consiglio di Stato sez. VI, 4 dicembre 2020, n. 7685) o ancora di cui al c. 5, lett a) in tema di apprezzamento della "gravità" delle infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

2.5. - Ne consegue che il Comune di Ravenna con l'atto impugnato ha effettivamente esercitato un potere di natura pubblicistica benché collocato nella fase successiva alla stipulazione del contratto, opponendosi al richiesto "affiancamento" stante la perdita dei requisiti di moralità da parte della ricorrente per tutto il periodo intercorrente tra l'interdittiva e l'ammissione al controllo giudiziale.

D'altronde anche durante l'esecuzione del rapporto fermo restando la giurisdizione del g.o. sulle controversie inerenti tale fase (*ex multis* Cassazione civile sez. un., 10 gennaio 2019, n. 489) si possono profilare dei veri e propri

provvedimenti autoritativi ascrivibili alla giurisdizione del g.a., come in ipotesi di intervento in autotutela con funzione di riesame sull'aggiudicazione, con particolare riferimento all'annullamento ex art. 21-nonies L.241/90 possibile, a differenza della revoca ex art. 21-quinquies, anche se successivo alla stipulazione del contratto (*ex multis* Consiglio di Stato Adunanza Plenaria n, 14/2014; id. sez. III, 12 febbraio 2020, n. 10841; Cass., sez. Un., 10 gennaio 2019, n. 489).

Ha ragione dunque la difesa della ricorrente nel doversi tenere distinti i rapporti interni tra il Consorzio e le proprie consorziate, laddove vi sono reciproci diritti e obblighi anche in punto di scelta dell'impresa designata all'esecuzione, ed il rapporto "verticale" tra il Consorzio aggiudicatario e la stazione appaltante, di tipo non paritetico ma tipicamente autoritativo in cui la posizione del contraente assume consistenza di interesse legittimo, anche se come si dirà nel punto successivo la titolarità di tal posizione sostanziale appare riferibile al solo -OMISSIS-.

2. 6 -Va pertanto affermata la giurisdizione del g.a..

3.- Più complesso è invece l'esame dell'altra questione preliminare in rito di inammissibilità del gravame per difetto di legittimazione attiva, dal momento che secondo l'Amministrazione ed il -OMISSIS- l'impresa -OMISSIS- sarebbe completamente estranea e terza rispetto al contratto di appalto stipulato il 19 settembre 2019 con il solo -OMISSIS-, venendo in questione aspetti legati all'esecuzione del contratto tra i due soggetti unicamente obbligati ovvero il Comune di Ravenna ed il suindicato Consorzio, essendo come noto ogni contratto ai sensi dell'art. 1372 c.c. produttivo di effetti tra le sole parti e non rispetto ai terzi "salvo nei casi stabiliti dalla legge".

E' invece pacifica la permanenza di un interesse attuale alla decisione, non risultando i lavori allo stato ultimati.

3.1. - Come noto la legittimazione ad agire, in linea generale, afferisce ad una posizione sostanziale, individuando un interesse sufficientemente differenziato e qualificato, di tensione verso un bene della vita, avente la

consistenza di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo e presuppone la titolarità di tale qualificata posizione sostanziale. La personalità dell'interesse azionato, indi, costituisce la regola generale, in ossequio al principio generale che vieta la sostituzione processuale "fuori dei casi espressamente previsti dalla legge" (art. 81 c.p.c.) (*ex multis* T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 12 agosto 2020, n.3595; Consiglio di Stato sez. V, 17 aprile 2020, n. 2464).

Nel processo amministrativo legittimato ad agire è dunque colui che afferma di aver subito la lesione di un proprio interesse sostanziale che deve risultare qualificato e differenziato (*ex multis* T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 31 ottobre 2018, n. 2453) non essendo naturalmente configurabile la legittimazione a far valere la tutela di interesse altrui (Consiglio di Stato sez. II, 9 novembre 2020, n. 6863).

Ciò premesso è indubbio che la -OMISSIS-, pur se formalmente terza rispetto al contratto d'appalto, lamenta la lesione del proprio interesse a mantenere *rectius* ripristinare la propria posizione di impresa originariamente designata all'esecuzione. Dal punto di vista civilistico il contratto di appalto con la previsione della designazione dell'impresa consorziata quale esecutrice potrebbe, in ipotesi, ricondursi allo schema del contratto a favore di terzo di cui all'art. 1411 c.c. , laddove tale impresa seppur terza rispetto al contratto acquisisce la titolarità del diritto ad eseguire la prestazione nei confronti sia dello stipulante (che designa il terzo) che della stazione appaltante, pur non potendo il terzo a differenza dello stipulante esercitare i rimedi contrattuali. L'atto di designazione potrebbe però esser diversamente inquadrato quale atto unilaterale recettizio del consorzio.

Permangono in ogni caso dubbi in punto di sufficiente qualificazione di tale interesse, dal momento che - come si esporrà in seguito - la normativa vigente non prevede e dunque non tutela l'affiancamento di una impresa consorziata rispetto a quella già formalmente designata all'esecuzione, e ciò anche per ovvie ragioni di determinazione del contenuto delle reciproche obbligazioni.

Da una parte se è indubbio che il contratto di appalto abbia quantomeno prodotto effetti riflessi favorevoli nei confronti dell'impresa consorziata - OMISSIS-, più volte citata nel contratto, costituendo il presupposto per la designazione quale impresa esecutrice, o addirittura trasferito la titolarità di veri e propri diritti (secondo come detto lo schema del contratto a favore del terzo) va evidenziato come la nota qui impugnata riguarda pur sempre il solo rapporto contrattuale tra il Comune di Ravenna ed il Consorzio aggiudicatario, come peraltro già ritenuto dall'adito Tribunale in sede cautelare. Viene cioè in questione la facoltà contrattuale di quest'ultimo, e non della ricorrente, a individuare altra impresa consorziata quale esecutrice ovvero a disporre la reintegrazione dell'impresa originariamente designata.

4.- Non ritiene comunque il Collegio di dover "*funditus*" approfondire la sussistenza di tale condizione dell'azione promossa dalla ricorrente, essendo il ricorso infondato nel merito

5. - Quanto al rapporto tra l'interdittiva antimafia subita dalla -OMISSIS- il 10 giugno 2020 ovvero dopo la stipulazione del contratto e l'ammissione al controllo giudiziario di cui all'art. 34-bis d.lgs. 159/2011 intervenuta successivamente alla nomina in sua sostituzione quale impresa designata del - OMISSIS-, ritiene il Collegio che tale misura sospenda temporaneamente gli effetti dell'interdittiva, avendo la finalità di salvaguardare la capacità produttiva, ma senza eliminare retroattivamente gli effetti nel frattempo prodotti dall'interdittiva stessa (Consiglio di Stato sez. III, 20 aprile 2021, n. 3182).

Essendo la misura del controllo giudiziario istituito di carattere speciale (Consiglio di Stato sez. VI, 31 maggio 2021, n. 4169) essa non è sicuramente in grado di derogare ai principi generali dell'ordinamento in materia di antimafia e di affidamento dei contratti pubblici.

Segnatamente, quanto al primo profilo, al principio generale di ordine pubblico desumibile dalla vigente normativa antimafia compendiata nel Codice approvato con d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 secondo cui le pubbliche

amministrazioni non possono trattenere o continuare a trattenere rapporti con imprese indiziate di subire condizionamenti mafiosi, tenendo ferma la circostanza dirimente della perdurante efficacia dell'interdittiva, ritenuta legittima dal giudice amministrativo di primo grado con sentenza non sospesa dal Consiglio di Stato.

La capacità a contrarre con la Pubblica amministrazione - sospesa a seguito dell'interdittiva - integra indubbiamente un requisito di ordine generale per la partecipazione alle gare (Consiglio di Stato, sez. V, 16 dicembre 2019, n. 8514). In base all'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, “costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto”. Diversamente poi da quanto argomentato dalla ricorrente, i requisiti generali e speciali debbono essere posseduti oltre che dal Consorzio anche dalle singole imprese consorziate designate (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 17 luglio 2017, n. 3505).

Quanto al secondo, al principio in materia di contratti pubblici altrettanto fondamentale della necessaria continuità circa il possesso dei requisiti generali e speciali che gli operatori economici debbono conservare durante la fase di partecipazione alla gara sino all'aggiudicazione e per l'intera durata del contratto (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, 11 gennaio 2021, n. 386; id. sez. V, 12 maggio 2020, n. 2968; id. Ad. plen. 20 luglio 2015, n. 8).

D'altronde anche la giurisprudenza ha precisato che l'operatore economico che è stato escluso da una gara d'appalto a causa di una interdittiva antimafia non può pretendere, adducendo la sua successiva ammissione al controllo giudiziale di cui al predetto art. 34 bis, che la stazione appaltante annulli tale esclusione né può fondatamente esigere che quest'ultima gli riassegni i lavori qualora, a causa della interdittiva, il contratto d'appalto sia stato sciolto prima che egli sia stato ammesso al controllo giudiziario (cfr.: ord. T.A.R. Campania,

Napoli, sez. I, 8 settembre 2021 n. 1508; T.A.R. Lazio, Roma, sez. 1-bis, 26 luglio 2021, n. 8938; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 28 luglio 2021 n. 1841). Ciò ad avviso del Collegio risulta coerente con la *ratio* del controllo giudiziario di consentire per il futuro il perfezionamento di rapporti contrattuali con la p.a. ivi compresa naturalmente la possibilità di partecipare a nuove gare d'appalto almeno fino al mese di marzo 2022 data di scadenza del controllo stesso.

Irrilevante, inoltre, è la circostanza indicata dalla ricorrente dell'estraneità del Consorzio -OMISSIS- al -OMISSIS- al momento della partecipazione alla gara, risultando come ampiamente visto il -OMISSIS- designato esclusivamente per far fronte alla sopravvenuta interdittiva che ha colpito la ricorrente, dovendosi dar rilevanza al solo momento della presa d'atto da parte della stazione appaltante della nuova designazione.

6.- In secondo luogo è completamente sfornita di tutela la pretesa della ricorrente all'affiancamento all'impresa esecutrice -OMISSIS- subentrata in seguito alla perdita della capacità a contrattare consequenziale all'interdittiva.

Come condivisibilmente argomentato dalla difesa comunale e dal -OMISSIS-, dalla lettura dell'art. 48 d.lgs 50/2016 si evince che gli operatori economici possono essere sostituiti nel caso in cui, nel corso dell'esecuzione del contratto, gli stessi perdano i requisiti (commi 17 e 18); il comma 19 del richiamato articolo stabilisce inoltre che i predetti operatori economici possono recedere, per esigenze organizzative, a condizione che chi rimane possieda i requisiti per portare a termine i lavori. Il comma 7 bis del più volte citato art. 48 non sembra lasciare spazio ad ulteriori ipotesi se non "per fatti o atti sopravvenuti" ma anche in tal caso la lettura della norma induce ad interpretarla nel senso che essa si riferisca ad ipotesi di sostituzione tant'è che viene ribadito il concetto che la modifica soggettiva non deve essere finalizzata ad eludere in tale sede (ovvero durante l'esecuzione dei lavori) la mancanza di un requisito di partecipazione.

Da tale disposizione di legge si ricavano pertanto due considerazioni.

La prima è che le situazioni disciplinate dall'art. 48 che consentono di procedere alla sostituzione della consorziata nel corso dei lavori (fallimento, concordato preventivo, ecc) risultano del tutto estranee al consorzio -OMISSIS- che pertanto potrà legittimamente continuare ad eseguire i lavori oggetto di appalto.

La seconda considerazione è che la stessa norma non prevede alcuna ipotesi di “affiancamento”, come invece preteso dal -OMISSIS- che, nella propria nota del 24 maggio 2021, non ha dichiarato di voler sostituire al nuovo designato Consorzio -OMISSIS- e alla sua associata -OMISSIS- l'odierna società ricorrente ma per l'appunto di volerla affiancare. Conseguentemente, le argomentazioni della ricorrente secondo cui quando il -OMISSIS- nella lettera indirizzata al Comune di Ravenna parla di “affiancamento” in realtà intenderebbe riferirsi al subentro nel cantiere della società -OMISSIS-, si scontrano inevitabilmente con il dato letterale contenuto nella sopraccitata missiva.

E' evidente che tale presunta forma di subentro nell'esecuzione dei lavori si palesa del tutto anomala e atipica poiché non prevista dalla legge (né tanto meno dalle clausole del contratto) ed inoltre pone la ricorrente, come si è detto, in una posizione per così dire defilata e non chiara, rispetto all'impresa esecutrice dei lavori (consorzio -OMISSIS- e sua associata -OMISSIS-.), che è stata formalmente designata dal Consorzio R., designazione di cui il Comune ha preso formalmente atto con apposita determina dirigenziale (n. 932/2021). Giova all'uopo evidenziare che tale forma anomala è suscettibile di arrecare pregiudizio alla stazione appaltante e all'interesse pubblico al completamento dell'opera, non risultando chiaro quale sia il concreto ruolo che la -OMISSIS- aspirerebbe ad assumere, senza contare gli inevitabili problematiche in punto di riorganizzazione del cantiere.

7.- Non meritano pertanto adesione il primo ed il quarto motivo di gravame.

8.- Privo di pregio è anche il terzo motivo.

Posto che l'atto impugnato è stato emanato dal Dirigente responsabile, a nulla rileva il coinvolgimento nell'istruttoria del Segretario Generale che ai sensi dell'art 97 c. 2 T.u.e.l. svolge compiti di consulenza giuridico amministrativa in favore degli organi comunali e del Direttore Generale, figura invero ibrida ma comunque investita anche di compiti tipici della funzione dirigenziale (Cass. Sez. Un. 12 giugno 2006, n. 13538) risultando dunque rispettato anche il principio generale di separazione tra attività gestionale e di indirizzo politico di cui allo stesso T.u.e.l. oltre che al d.lgs. 165/2001.

Irrilevante appare anche la circostanza secondo cui l'atto sia stato sottoposto alla visione del Direttore dei Lavori, organo come noto deputato a vigilare sulla corretta esecuzione dei lavori, collocandosi l'atto gravato come ampiamente detto proprio nella fase esecutiva.

9.- Non persuasive sono infine le doglianze formali- procedurali dedotte con il secondo motivo.

Essendo la ricorrente soggetto come visto terzo rispetto al contratto d'appalto stipulato tra il Comune di Ravenna ed il -OMISSIS-, seppur destinatario di effetti favorevoli riflessi (se non di veri e propri diritti) essa non rientra tra i soggetti a cui deve essere inviata la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cui all'art. 10-bis L.241/90 riservata al solo soggetto istante, a differenza della comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 L.241/90, trattandosi di due istituti entrambi con valenza partecipativa ma sottoposti a diversa disciplina. E' evidente come, anche in riferimento a tale doglianza, la ricorrente pretenda di agire a tutela più che di un interesse procedimentale proprio, di interesse riferibile al solo -OMISSIS- quale soggetto istante nell'ambito di un procedimento a cui l'impresa -OMISSIS- è rimasta estranea.

10.- Alla luce delle suesposte argomentazioni il ricorso è infondato e va respinto.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite in considerazione della obiettiva complessità e novità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO