Pubblicato il 06/10/2022

N. 08558/2022REG.PROV.COLL.
N. 00304/2022 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 304 del 2022, 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 Registri di giustizia;

contro

Comune di Ravenna, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Enrico Baldrati e Patrizia Giulianini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Federico Tedeschini in Roma, largo Messico n.7;

nei confronti

Rh Builder s.p.a., Lavaggi Ottavio, Majowiecki Massimo, Direttore generale del Comune di Ravenna, Segretario generale del Comune di Ravenna, Dirigente Servizio Appalti e Contratti del Comune di Ravenna, Dirigente Servizio Edilizia Pubblica del Comune di Ravenna, U.O. Legale e Contenzioso del Comune di Ravenna, Direttore dei lavori concernenti

"*appalto integrato ai sensi dell'art. 59, co. 1 bis, d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.*", R.U.P. relativo all'"*appalto integrato ai sensi dell'art. 59, co. 1 bis, d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.*", non costituiti in giudizio;

Consorzio Edili Artigiani Ravenna Società Cooperativa Consortile - C.E.A.R., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Fata, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

Consorzio Stabile ReseArch s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Maria Bisceglia e Sara Pedace, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ravenna, del Consorzio Edili Artigiani Ravenna Società Cooperativa Consortile - C.E.A.R. e del Consorzio Stabile ReseArch s.c.a.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le memorie delle parti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2022 il Cons. Annamaria Fasano ed uditi per le parti gli avvocati Perongini, Giulianini e Viola, in dichiarata delega dell'avvocato Fata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.In data 1.12.2018, il Comune di Ravenna pubblicava un avviso di gara per l'aggiudicazione di un appalto integrato, ai sensi dell'art. 59, comma 1-bis, d.lgs. n. 50/2016, relativo alla progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di costruzione della "Città delle arti e dello sport – struttura polivalente".

2.Con determinazione dirigenziale n. -OMISSIS- dell'11 giugno 2019 veniva disposta l'aggiudicazione in favore del costituendo RTI tra ReseArch Consorzio Stabile s.c.a.r.l. (capogruppo del raggruppamento temporaneo), il dott. ing. Ottavio Lavaggi (mandante) ed il prof. ing. Massimo Majowecki (mandante).

Il Consorzio designava, fin dall'inizio dell'esperimento della gara, quale consorziata esecutrice di lavori la società -OMISSIS-.

3. Il Comune di Ravenna, con contratto -OMISSIS- del 19 settembre 2019, assegnava l'appalto all'impresa Consorzio Stabile ReseArch s.c.a.r.l., quale impresa mandataria del costituendo RTI.

4. Successivamente a questi fatti, con provvedimento prot. n.-OMISSIS- del 10 giugno 2020, il Prefetto di Napoli respingeva l'istanza di iscrizione della -OMISSIS-. nella *White List* ed adottava nei suoi confronti un'informativa antimafia interdittiva. A seguito di alcuni controlli, la circostanza veniva in seguito accertata anche dall'amministrazione comunale, che altresì prendeva atto del fatto che la legittimità della misura interdittiva era stata confermata con sentenza n. -OMISSIS-del Tribunale amministrativo regionale per la Campania.

A tal punto il Consorzio Stabile ReseArch s.c.a.r.l. (di seguito anche Consorzio ReseArch) in data 16 giugno 2020, escludeva la -OMISSIS-. dalla compagine consortile revocando tutti i contratti di affidamento compreso quello con il Comune di Ravenna. Con riferimento a tale contratto, in particolare, designava il Consorzio Edili Artigiani Ravenna – C.E.A.R. s.c.a.r.l. e la sua associata RH Builder s.p.a., quel soggetto subentrante alla -OMISSIS-. Con determinazione dirigenziale n. -OMISSIS- del 22 aprile 2021 il Comune di Ravenna prendeva atto di tale designazione.

5. -OMISSIS-. proponeva istanza *ex* art. 34-bis d.lgs. n. 159/2011 per accedere al controllo giudiziario, che veniva infine accolta dalla Corte di appello di Napoli, sez. VIII, con decreto n. 52/21-bis del 19 marzo 2021.

Il Consorzio ReseArch, ricevuta la comunicazione dell'accoglimento dell'istanza *ex* art. 34-bis, riammetteva la società ricorrente nella compagine consortile.

6. Con nota del 12 maggio 2021, indirizzata al Comune di Ravenna, il Consorzio ReseArch indicava la società -OMISSIS-. quale nuova impresa designata, invitando l'amministrazione a "*condividere il percorso logico giuridico sotteso alla riammissione al Consorzio*" e di conseguenza a disporre il "*reingresso nel cantiere dei lavori in oggetto della -OMISSIS-. quale designata dallo scrivente*".

7. Il Consorzio ReseArch, con nota del 24 maggio 2021, ribadiva di avere designato -OMISSIS-. quale impresa consorziata esecutrice dei lavori, precisando di "*affiancarla alla consorziata RD Builder S.p.A.*" e specificando che ciò era volto alla distribuzione delle lavorazioni tre la consorziate più aderente alle rispettive programmazioni.

8. Con atto del 15 giugno 2021, il Dirigente dell'Area infrastrutture Civili del Comune esprimeva un motivato dissenso, tenuto conto che tale affiancamento non poteva ritenersi riconducibile ad alcune delle previsioni di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 150/2016; 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 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"*

9. -OMISSIS-. proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia - Romagna, impugnando il suddetto provvedimento.

10. Con sentenza n. -OMISSIS- del 2021, il giudice adito rigettava il ricorso. Preliminarmente sollevava dubbi sull'interesse del ricorrente "*a mantenere rectius ripristinare la propria posizione di impresa originariamente designata […] dal momento che la normativa vigente non prevede e dunque non tutela l'affidamento di una impresa consorziata rispetto a quella già formalmente designata all'esecuzione*"; tuttavia,

valutando il ricorso infondato nel merito, riteneva "*di non dover funditus approfondire la sussistenza di tale condizione dell'azione promossa dal ricorrente*".

Secondo il Tribunale, il controllo giudiziario aveva sì sospeso temporaneamente gli effetti della misura interdittiva, al fine di salvaguardare la capacità produttiva, ma non già eliminato in via retroattiva gli effetti nel frattempo prodotti dall'interdittiva stessa.

L'operatore economico escluso da una gara di appalto a causa di una interdittiva antimafia e poi ammesso alla misura del controllo giudiziale *ex* art. 34-bis, avrebbe quindi potuto partecipare a nuove gare di appalto oppure perfezionare con la pubblica amministrazione nuovi rapporti contrattuali nel corso di validità della suddetta misura straordinaria, ma non avrebbe per contro potuto pretendere, adducendo la sua successiva ammissione al controllo giudiziario, che la stazione appaltante annullasse tale esclusione o che le riassegnasse i lavori qualora, a causa dell'interdittiva, il contratto di appalto fosse stato sciolto prima dell'ammissione al controllo giudiziario.

Inoltre, secondo il giudicante, sarebbe stata sfornita di tutela la richiesta della società -OMISSIS-. di affiancarsi all'impresa esecutrice dei lavori, poiché si sarebbe realizzata una atipica forma di coesecuzione dei lavori non prevista dalla legge e, comunque, non contemplata dal contratto di appalto, oltre al fatto che tale forma anomala sarebbe stata suscettibile di arrecare pregiudizio alla stazione appaltante ed all'interesse pubblico al completamento dell'opera, "*non risultando chiaro quale sia il concreto ruolo che la Passarelli aspirerebbe ad assumere, senza contare le inevitabili problematiche in punto di riorganizzazione del cantiere*".

11. Con atto di appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, -OMISSIS-. impugnava detta pronuncia, chiedendone l'integrale riforma, all'uopo denunciando: "*a) Error in procedendo, error in iudicando, violazione di legge per contrasto con gli artt. 1 ss., 35 e 39 c.p.a., con l'art. 100 c.p.c. per la erronea ritenuta insussistenza della legittimazione ad agire;*

b)Error in procedendo, error in iudicando, violazione di legge, per contrasto con gli artt. 1 ss., 45, 46, 47 e 48 d.lgs.vo n. 50/2016, per violazione dell'art. 34 bis, 84 e 92 d.lgs.vo

159/2011 s.m.i., per violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990, per difetto istruttorio, per travisamento dei fatti, per erroneità di presupposti, per sviamento di potere, per abuso di potere, 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;

c)Error in iudicando, violazione e falsa applicazione di legge, eccesso di potere per contrasto con gli artt. 55 ss. c.p.a. e 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;

d) Error in iudicando, violazione di legge, eccesso di potere per contrasto con gli artt. 45, 46, 47 e 48, d.lgs.vo n. 50/2016, con l'art. 34 bis d.lgs.vo 159/2011 s.m.i., con l'art. 3 l. n. 241/1990, per difetto istruttorio, per travisamento dei fatti, per erroneità dei presupposti, per sviamento di potere, per abuso di potere, per violazione, 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;

e) Error in procedendo, error in iudicando, violazione di legge per contrasto con gli artt. 48, 80 d.lgs.vo n. 50/2016, con gli artt. 1 ss. 3 l. n. 241/1990 per difetto di motivazione, contraddittorietà, illogicità".

12. Il Consorzio ReseArch si costituiva in resistenza chiedendo il rigetto dell'appello, rappresentando che, nelle more della discussione del gravame, la società -OMISSIS-., in data 17 luglio 2022 aveva comunicato a mezzo PEC la propria decisione di recedere alla compagine, con conseguente carenza di interesse alla decisione dell'appello.

13. Il Comune di Ravenna si costituiva, chiedendo in via pregiudiziale di accogliere le eccezioni di parziale difetto di giurisdizione e/o di parziale difetto di legittimazione attiva della -OMISSIS-., respingendo integralmente nel merito l'appello *ex adverso* proposto.

14. Anche il Consorzio Edili Artigiani di Ravenna si costituiva, eccependo l'improcedibilità e l'infondatezza dell'appello.

15. Le parti, con successive memorie e repliche, ulteriormente precisavano le proprie difese.

16. All'udienza pubblica del 23 giugno 2022 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

17. Con il primo motivo di appello si denuncia la contraddittorietà delle affermazioni contenute nella sentenza impugnata, con riferimento all'eccepito difetto di legittimazione ad agire della ricorrente da parte del Comune di Ravenna. Secondo l'appellante, le affermazioni del giudice di primo grado sarebbero contraddittorie, in quanto da una parte si sosterrebbe, in maniera erronea, che la legittimazione ad agire coincida con la situazione giuridica soggettiva sostanziale per la quale si chiede tutela; dall'altra, invece, si concluderebbe che legittimato ad agire sia colui che "*afferma di avere subito la lesione di un proprio interesse sostanziale*", laddove, contrariamente da quanto sostenuto dal T.A.R., la titolarità della situazione giuridica soggettiva sostanziale, azionata nel processo, andrebbe distinta dalla legittimazione ad agire in giudizio.

Il giudice di primo grado farebbe erroneamente derivare l'insussistenza della legittimazione ad agire della -OMISSIS-. dalla circostanza che la società sarebbe terza rispetto al contratto di appalto stipulato tra il Comune di Ravenna ed il Consorzio, mentre invece la società appellante non solo avrebbe sottoscritto il contratto, ma pure sarebbe direttamente interessata alla sua esecuzione.

17.1. Il Collegio rileva che il Comune di Ravenna, nell'ambito di questo giudizio, ha proposto una eccezione di improcedibilità dell'appello per difetto di interesse. La medesima eccezione è stata sollevata anche dal Consorzio Edili Artigiani Ravenna – società cooperativa consortile – C.E.A.R. e dal Consorzio ReseArch.

Le parti appellate precisano che la società Passarelli non è più consorziata del Consorzio ReseArch avendo comunicato il proprio recesso, ai sensi dell'art.

10 dello statuto sociale. In particolare, con verbale del 24 febbraio 2022, il Consiglio di Amministrazione del Consorzio ReseArch ha accettato la comunicazione di recesso della società Passarelli, presentata con istanza del 17 febbraio 2022.

Con memoria di replica del 7 giugno 2022 -OMISSIS-., insistendo sui motivi di appello, ha ribadito di avere interesse alla riforma della sentenza ed all'accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento degli atti impugnati, intendendo chiedere il risarcimento dei danni per i lavori che avrebbe potuto svolgere durante il periodo in cui era rimasta consorziata.

A tale riguardo, ha allegato una perizia, redatta dall'ing. -OMISSIS-, dalla quale si evincerebbe che la società appellante avrebbe completato i lavori in tempo utile.

17.2. L'eccezione di improcedibilità dell'appello per difetto di interesse proposta dalle parti appellate va respinta, tenuto conto che -OMISSIS-. ha chiaramente rappresentato, con memoria ex art. 73 Cod. proc. amm., di avere interesse alla pronuncia giudiziale in ragione di una successiva azione risarcitoria.

Va al riguardo richiamato l'indirizzo espresso dall"Adunanza plenaria di questo Consiglio con sentenza n. 8 del 13 luglio 2022, con cui sono stati affermati i seguenti principi di diritto:

"a) *per procedersi all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., è sufficiente dichiarare di avervi interesse ai fini risarcitori; non è pertanto necessario specificare i presupposti dell'eventuale domanda risarcitoria né tanto meno averla proposta nello stesso giudizio di impugnazione; la dichiarazione deve essere resa nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 cod. proc. amm.*"

b) *"una volta manifestato l'interesse risarcitorio, il giudice deve limitarsi ad accertare se l'atto impugnato sia o meno legittimo, come avrebbe fatto in caso di permanente procedibilità dell'azione di annullamento, mentre gli è precluso pronunciarsi su una questione in ipotesi assorbente della fattispecie risarcitoria, oggetto di eventuale successiva domanda".*

La manifestazione dell'interesse risarcitorio, una volta venuto meno quello all'annullamento dell'atto impugnato, è dunque il presupposto indispensabile affinché il giudice possa esprimersi sulla legittimità dello stesso, con pronuncia di mero accertamento.

L'accertamento di cui all'art. 34, comma 3, Cod. proc. amm. va infatti, coordinato con la disciplina processuale dell'azione di risarcimento contenuta nel *Codice del processo amministrativo*, in particolare con il sopra richiamato art. 30, comma 5, Cod. proc. amm., che consente di proporre la domanda risarcitoria "*nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza*".

L'Adunanza plenaria ha chiarito che la dichiarazione di interesse risarcitorio in funzione dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato mira a provocare una pronuncia che, seppur non modificativa della realtà giuridica, come invece quella demolitoria di annullamento, verte comunque su un antecedente logico-giuridico dell'azione risarcitoria, per il quale è dunque predicabile l'attitudine a divenire cosa giudicata in senso sostanziale, ai sensi dell'art. 2909 del *Codice civile*.

17.3. Ciò premesso, con riferimento al primo motivo di appello è possibile soprassedere dal relativo scrutinio in ragione dell'infondatezza, nel merito, delle censure prospettate dalla -OMISSIS-., dovendosi respingere, per i principi di seguito illustrati, il secondo ed il terzo motivo, con cui si affronta la questione degli effetti della misura del controllo giudiziario sull'interdittiva antimafia, in relazione agli appalti in corso di esecuzione.

18. Invero, con il secondo mezzo di gravame la società -OMISSIS-. lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha affermato che la misura del controllo giudiziario ex art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011 sospende temporaneamente gli effetti dell'interdittiva, senza eliminare retroattivamente gli effetti intanto prodotti dall'interdittiva stessa.

Secondo l'appellante tale assunto si baserebbe su orientamenti giurisprudenziali maturati su fattispecie radicalmente diverse da quella in

esame, che contrasterebbero l'indirizzo espresso da questo Consiglio di Stato con la pronuncia n. 4844/2021, secondo cui, invece, la misura giudiziaria adottata possiederebbe '*pieni effetti ripristinatori della legittimazione dell'impresa*'.

Tale ricostruzione ermeneutica sarebbe l'unica coerente con le speciali finalità (di recupero) dell'istituto di prevenzione reale, introdotto nell'ordinamento interno dall'art. 34-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011, a salvaguardia della continuità aziendale delle imprese 'terze' vittime del tentativo di infiltrazione mafiosa.

L'esponente precisa, inoltre, che la reintegrazione della società -OMISSIS-. non costituirebbe una violazione del principio di immodificabilità soggettiva né di quello di continuità dei requisiti, atteso che il principio di continuità non implicherebbe immodificabilità soggettiva, ma imporrebbe che il soggetto che si sia aggiudicato l'appalto di lavori (l'ATI costituita dal Consorzio Stabile ReseArch, nel caso di specie) abbia sempre il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara, sin dal momento di presentazione della domanda. Il Consorzio ReseArch possiederebbe i requisiti di partecipazione in proprio e per effetto della 'qualificazione diffusa' proveniente dalle numerose consorziate, sicchè non sussisterebbe alcuna violazione del principio di continuità.

La reintegrazione della consorziata -OMISSIS-. nell'esecuzione dei lavori, pertanto, non muterebbe in alcun modo la partecipazione soggettiva del Consorzio al raggruppamento temporaneo aggiudicatario.

La società puntualizza di avere sempre avuto il possesso dei requisiti, per tutto il periodo del procedimento di gara, per la stipulazione del contratto e per la fase in cui essa è stata designata come impresa esecutrice dei lavori. Non varrebbe rilevare, in contrario, che il conseguimento della misura di controllo (*ex* art. 34 bis), *medio tempore*, non sarebbe idonea ad elidere la perdita del requisito che deriva dalla informativa antimafia sopravvenuta.

19. Con la terza censura si lamenta che il giudice di prima istanza avrebbe erroneamente respinto il motivo di ricorso relativo alla mancanza di preavviso

di diniego, sul presupposto che la società sarebbe estranea al rapporto procedimentale instaurato tra il Consorzio Research e il Comune di Ravenna; -OMISSIS-., per la sua presenza nel contratto di appalto e per la sua designazione quale imprese esecutrice dei lavori, è un soggetto qualificato e differenziato, pertanto avrebbe dovuto essere destinataria di tale preavviso.

20. Le censure vanno trattate congiuntamente, in quanto attinenti a profili connessi.

20.1. La questione all'esame del Collegio è se l'ammissione al controllo giudiziario ex art. 34-*bis*, comma 7, del *Codice antimafia*, intervenuta nel corso della procedura di gara dell'appalto, vada intesa esclusivamente come rimedio volto a consentire all'impresa che ne beneficia di partecipare alle procedure d'appalto successivamente indette, oppure se la stessa consenta all'operatore economico di ripristinare la regolarità della propria partecipazione alla gara, intervenendo come effetto sanante retroattivo, tale da porre nel nulla la causa di esclusione derivata dall'essere stato tale operatore destinatario di una interdittiva antimafia emessa in fase di gara.

20.2. Secondo l'indirizzo consolidato della giurisprudenza amministrativa, l'interdittiva antimafia è una misura avente natura cautelare, con funzione di massima anticipazione della soglia di prevenzione, che non richiede la necessaria prova di un fatto, ma solo la presenza di una serie di indizi in base ai quali sia plausibile ritenere la sussistenza di un collegamento con organizzazioni mafiose o di un possibile condizionamento da parte di queste. Pertanto, ai fini della sua adozione, da un lato, occorre non già provare l'infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatici-presuntivi dai quali – secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale – sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata; dall'altro, detti elementi vanno considerati in modo unitario, e non atomistico, cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri (cfr. *ex multis,* Cons. Stato, n. 2342/2011, n.

254/2012; n. 2678/2012; n. 2806/2012; n. 1329/2013; n. 4527/2015; n. 1328/2016; n. 3333/2017).

Come precisato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (nella decisione n. 3 del 6 aprile 2018): - il provvedimento di cd. 'interdittiva antimafia' determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque l'insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la pubblica amministrazione riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247);

- ai sensi dell'art. 67, co.1, lett.g) del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è quindi preclusa al soggetto colpito dall'interdittiva ogni possibilità di ottenere "*contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque, denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali",* stante l'esigenza di evitare ogni '*esborso di matrice pubblicistica'* in favore di imprese soggette ad infiltrazioni criminali.

In particolare l'Adunanza plenaria ha chiarito che il provvedimento di interdittiva antimafia determina un'incapacità giuridica parziale *"in quanto limitata ai rapporti giuridici con la pubblica amministrazione, ed anche nei confronti di questa limitatamente a quelli di natura contrattuale, ovvero intercorrenti con esercizio di poteri provvedimentali, e comunque ai precisi casi espressamente indicati dalla legge (art. 67 d.lgs. 159/2011); - tendenzialmente temporanea, potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente (il prefetto). In tali sensi e, in particolare, in relazione al riconosciuto carattere 'parziale' dell'incapacità, l'art. 67 d.lgs. 159/2011 ne circoscrive il 'perimetro', definendo le tipologie di rapporti giuridici in ordine ai quali il soggetto, colpito della misura, non può acquistare o perde la titolarità di posizioni giuridiche soggettive e, dunque, l'esercizio delle facoltà e dei poteri ad esse connessi".*

20.3. Ciò premesso, l'esame della questione impone l'illustrazione del quadro normativo di riferimento.

L'art. 80, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede che "*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 dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34 –bis commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159";* il successivo comma 6, precisa inoltre che: "*Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5".*

Il controllo giudiziario delle aziende è previsto dall'art. 34-*bis* d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (*Codice della legge antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*), il cui sesto comma, primo c.p.v., precisa che " *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 lett.b) del comma 2 del presente articolo* (che prevede la nomina di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario che riferisce periodicamente, e comunque ad ogni bimestre, circa gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero n.d.s.)".

Ancora, il successivo settimo comma aggiunge che "*il provvedimento che dispone (…) il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende il termine di cui all'art. 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'articolo 94. Lo stesso provvedimento è comunicato dalla cancelleria del tribunale al prefetto della provincia in cui ha sede legale l'impresa, ai fini dell'aggiornamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'articolo 96, ed è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'articolo 94- bis nei successivi cinque anni".*

A sua volta l'art. 94, i cui effetti sono sospesi, prevede, al primo comma, che "*Quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6, nelle società o imprese interessate, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni*".

Va precisato che il decreto *ex* art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159/2011 non modifica il giudizio in ordine alla sussistenza dei pericoli di infiltrazione mafiosa, atteso che "*non costituisce un superamento dell'interdittiva, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza*" (Cons. Stato n. 6377/2018; Cons. Stato 3268/2018). A tale riguardo, la giurisprudenza di legittimità (Cass. Pen. nn. 39412 e 27856 del 2019) esclude che il controllo abbia la conseguenza di vanificare il provvedimento definitivo dell'informazione e che sia strumento alternativo di impugnazione.

20.4. Orbene, secondo l'indirizzo consolidato della giurisprudenza amministrativa, i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici debbono essere posseduti con continuità non solo al momento della presentazione della domanda, ma per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e per tutta la fase di esecuzione del contratto, senza soluzione di continuità.

Detti requisiti debbono essere posseduti non solo dai consorzi stabili partecipanti alle predette gare, ma anche dalle singole imprese consorziate. Invero, se i requisiti di ordine generale fossero accertati solamente in capo al Consorzio Research e non anche alle consorziate, che eseguono le prestazioni, il Consorzio potrebbe diventare uno schermo di copertura, consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti di partecipazione (Cons. Stato, n. 4065 del 2022). La consorziata esecutrice partecipa alla procedura di gara per il tramite del consorzio stabile che precisa di concorrere per essa e la designa per l'esecuzione delle prestazioni.

Il principio è stato chiarito dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio con sentenza n. 5 del 2021, a mente della quale "*solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47, comma 2, del codice dei contratti)*".

Diversamente da quanto sostenuto dalla società appellante, la prevalente giurisprudenza ritiene che la continuità del possesso dei requisiti rilevi non solo nei confronti del consorzio, ma anche nei confronti delle società consorziate da quest'ultimo indicate; diversamente opinando, si dovrebbe ammettere che le imprese consorziate, estromesse dalla esecuzione dei lavori per carenza dei requisiti di ordine generale, abbiano il diritto di rientrare nella esecuzione dei lavori in qualsiasi momento della fase esecutiva dell'appalto, qualora riescano a recuperare il possesso dei requisiti di carattere generale di cui erano carenti (Cons. Stato n. 4065 del 2022).

Il possesso dei requisiti generali di partecipazione è richiesto pertanto anche in capo alle consorziate esecutrici (come la società -OMISSIS-.) affinché il consorzio stabile, da forma collettiva di partecipazione, non si trasformi in strumento elusivo dell'obbligo del possesso dei requisiti generali, consentendo la partecipazione di consorziate esecutrici prive dei necessari requisiti (cfr. Cons. Stato Ad. plen. n. 8/2012).

Non è contestato che la società -OMISSIS-. non sia stata in possesso dei requisiti per partecipare alle gara per l'affidamento di appalti pubblici per tutta la fase di esecuzione del contratto, senza soluzione di continuità, in quanto attinta da una interdittiva antimafia, pertanto, sulla base dei principi espressi, non può essere condiviso l'assunto secondo cui un operatore economico legittimamente escluso da un appalto, ai sensi dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto attinto da informativa antimafia, abbia poi diritto ad essere reintegrato nella esecuzione dell'appalto medesimo per effetto del provvedimento di cui all'art. 34 bis del codice antimafia.

Ciò in ragione del fatto, correttamente evidenziato dal giudice di prima istanza, che il controllo giudiziario sospende temporaneamente gli effetti della misura interdittiva, senza eliminare gli effetti prodotti nel frattempo dall'interdittiva stessa nei rapporti in corso.

Il Collegio ritiene che il legislatore del 2019 (legge n. 55/2019), nell'introdurre, all'interno dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, il riferimento all'art. 34-*bis* del codice antimafia, non abbia voluto attribuire valenza retroattiva al provvedimento ammissione al controllo giudiziario rispetto agli effetti della interdittiva, ma solo chiarire che gli operatori economici ammessi al controllo giudiziario possono partecipare alle gare pubbliche successive all'adozione della predetta misura, proprio in ragione della sospensione temporanea degli effetti della misura.

La tesi contraria ammetterebbe una interpretazione non conforme alla '*ratio legis*' della disposizione invocata, atteso che ragioni di ordine logico sistematico inducono a ritenere che, in riferimento ai provvedimenti di esclusione adottati ai sensi dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, gli effetti del tentativo di infiltrazione mafiosa non si esauriscono solo nell'ambito della procedura di gara, ma riguardano anche la fase di esecuzione del contratto.

Diversamente opinando, infatti, verrebbe meno la finalità della interdittiva antimafia, che è quella di tutelare il rapporto con l'amministrazione da eventuali e probabili forme di infiltrazioni mafiose che inquinano l'economia legale, alterano il funzionamento della concorrenza e costituiscono una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica. Il controllo giudiziario ex art. 34 bis cit. può sospendere gli effetti della interdittiva, ma non può eliminare gli effetti già prodotti dall'interdittiva stessa, da cui è stata attinta l'impresa in ragione del riscontrato pericolo di infiltrazione mafiosa nel peculiare periodo temporale in corso.

Va escluso, pertanto, che l'assoggettamento a controllo giudiziario *ex* art. 34-*bis* cit. possa consentire il diritto dell'impresa alla reintegrazione nella

esecuzione dei lavori affidati nello specifico periodo in cui è stato necessario disporre una interdittiva antimafia.

Da siffatti rilievi, consegue che non può essere condiviso l'indirizzo espresso nel precedente richiamato dalla società appellante, tenuto conto che l'ammissione (o anche la sola richiesta di ammissione) al controllo giudiziario delle attività economiche e dell'azienda di cui all'art. 34 –bis d.lgs. n. 159 del 2011 non ha conseguenze sui provvedimenti di esclusione (anche adottati ai sensi dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016), i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara interamente considerata, di modo che non vi è possibilità di un ritorno indietro per via della predetta ammissione.

Pertanto vale il principio generale dell'efficacia solo per l'avvenire dell'ammissione al controllo giudiziario, con la conseguente possibilità di partecipazione in situazioni di controllo ad altre procedure di gara (cfr. v. anche in motivazione Cons. Stato, V, 14 aprile 2022, n. 2847).

Per una valutazione completa della vicenda in esame, va tenuto conto anche di quanto precisato dal Comune di Ravenna con memoria, non espressamente smentito dalla società appellante.

L'amministrazione ha riferito che il controllo giudiziario con cui era stata ammessa la società -OMISSIS-., ai sensi dell'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011, per il periodo di un anno decorrente dal 19 marzo 2021, è scaduto e il Tribunale di Napoli, con decreto n. -OMISSIS-, pubblicato in data 6 maggio 2022, rilevata la mancanza di elementi da cui desumere l'opportunità di prorogare l'attività di controllo, ha disposto la revoca di tale misura. Il Comune ha, altresì, riferito che, a seguito di accesso effettuato presso ANAC circa le annotazioni relative agli operatori economici, è emerso che la Prefettura di Napoli, con provvedimento prot. -OMISSIS- del 2 maggio 2022, ha confermato, nei confronti della società -OMISSIS-., la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa da parte della criminalità organizzata, per cui

ha disposto il rigetto dell'istanza di iscrizione dell'attuale appellante nella *White List* della Prefettura di Napoli.

20.5. Vanno respinte anche le censure relative alla dedotta violazione dell'art. 10-*bis* della l. n. 241 del 1990, tenuto conto che, nel caso di specie, può farsi applicazione dell'art. 21-*octies* della medesima legge, in quanto la partecipazione procedimentale dell'odierna appellante non avrebbe potuto portare ad un esito diverso del provvedimento. Rappresenta un indirizzo consolidato della giurisprudenza amministrativa, quello secondo cui si tende costantemente ad escludere la sussistenza dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 10-*bis*, l. n. 241 del 1990, laddove l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (cfr. Cons. Stato, n. 2924/2016, Cons. Stato n. 1544/2019, Cons. Stato n. 4414/2019).

21. Il rigetto delle predette doglianze determina l'inammissibilità per difetto di interesse degli ulteriori motivi di appello, con i quali si è contestata l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui si sostiene che la criticità della designazione, quale esecutrice dei lavori, di una società estranea al Consorzio Research non rilevi sulla reintegrazione della -OMISSIS-. e si denuncia il fatto che il giudice di prima istanza non avrebbe preso in considerazione, né motivato in merito ai numerosi profili di illegittimità che vizierebbero gli atti impugnati.

L'appellante lamenta, inoltre, che il T.A.R. avrebbe effettuato una interpretazione errata della nota del 24.5.2021, nella quale si precisava di "*affiancare alla consorziata RD Builder S.p.A.* ", tenuto conto che il Consorzio Research non aveva mai prospettato alcun 'affiancamento' della -OMISSIS-. al Consorzio C.E.A.R., con il quale era stato sostituito.

Il Collegio rileva che le suddette criticità, ove anche esistenti, non sarebbero tuttavia idonee a fondare il diritto alla reintegrazione dell'appellante nell'esecuzione dei lavori e, quindi, a determinare una decisione di segno diverso.

22. In conclusione, per le ragioni sopra esposte l'appello va considerato infondato, dovendosi di conseguenza confermare la sentenza impugnata.

23. Le spese della presente fase del giudizio, liquidate nel dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società -OMISSIS-. al pagamento, in favore degli appellati Comune di Ravenna, Consorzio Edili Artigiani Ravenna Società Cooperativa Consortile - C.E.A.R. e Consorzio Stabile ReseArch s.c.a.r.l., delle spese di lite del grado di giudizio, liquidate per ognuno nella misura di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge se dovuti.

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

Ritenuto che sussistono i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giurno 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 e della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la società appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Valerio Perotti, Presidente FF

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Valerio Perotti

IL SEGRETARIO