

## Raggruppamento temporaneo d'impresa: la sostituibilità della mandataria con un soggetto esterno rispetto all'originaria compagine

di Giuseppe Bruno

Data di pubblicazione: 10-10-2019

**RTI – Componenti – Modifiche additive – Sostituzione della mandataria – Non ammessa – Ragioni – Interlocuzione diretta con la S.A. – Verifica sul possesso dei requisiti**

La questione relativa alla sostituibilità, nell'ambito di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese, della mandataria, con un soggetto esterno rispetto all'originaria compagine dei partecipanti, è stata oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale, in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 48, commi 17 e 18 del Codice, anche alla luce della distinzione tra il ruolo ricoperto dalla mandataria e quello ricoperto dalla mandante, nell'ambito dei rapporti con la Stazione Appaltante.

Parte della giurisprudenza afferma infatti da tempo la neutralità della distinzione, propendendo per la piena sostituibilità (anche) della mandataria con soggetti nuovi rispetto all'originaria composizione del R.T.I., traendo tale principio dall'interpretazione letterale delle predette disposizioni. Il Codice prevede infatti la possibilità di sostituire la mandataria colpita da interdittiva antimafia e non contempla specifiche preclusioni rispetto all'ingresso di nuovi soggetti anche nel ruolo di mandataria.

Altra parte della giurisprudenza, invece, ha affermato l'opposto principio, interpretando la citata norma di cui all'art. 48, comma 17, alla luce del principio d'immodificabilità.

Con la sentenza in esame, il TAR Lecce ha aderito a tale ultimo orientamento, richiamando gli insegnamenti dell'Adunanza Plenaria n. 8/2012 circa la *ratio* e la sostanza del principio di immodificabilità, che si opporrebbe in tesi alle modifiche "in sostituzione", garantendo invece la percorribilità di quelle "in riduzione".

La valenza di tale principio non è stata ritenuta assoluta, cioè tale da impedire sempre e comunque il mutamento dei soggetti economici. Al contrario, il principio in parola viene considerato rispettato ogni qualvolta il mutamento soggettivo non sia idoneo ad alterare la *par condicio competitorum*, eludendo la previa verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante (principio dell'immutabilità temperata).

Ferma restando dunque l'ammissibilità ad ampio raggio delle modifiche "in riduzione", l'ammissibilità quelle "in sostituzione" sarebbe circoscritta, secondo quest'indirizzo, alle ipotesi legislativamente previste, con norme che sono di stretta interpretazione e non possono trovare applicazione analogica.

Il codice, almeno nella sua originaria versione, prevedeva infatti espressamente (art. 48, comma 18) la sola ipotesi di sostituzione della mandante colpita da interdittiva o sottoposta procedura concorsuale (*i.e.*: fallimento, liquidazione coatta amministrativa, etc.), fermo restando che la mandataria in caso d'impossibilità della sostituzione è tenuta all'esecuzione in proprio.

La possibilità d'ingresso di nuovo operatore era dunque prevista solo per l'ipotesi di estromissione della mandante, e non anche per quella della mandataria. Di conseguenza, ove la fattispecie patologica colpisca la capogruppo, la modificazione potrebbe intervenire solo in riduzione.

L'applicazione di un regime differenziato troverebbe giustificazione nei ruoli distinti che mandante e mandataria assumono nel rapporto con l'amministrazione: la prima, ponendosi come esecutore con il quale la p.a. non ha contatti diretti, la seconda essendo invece l'interlocutore esclusivo, ferma la responsabilità solidale di tutte le imprese del RTI nei confronti della stazione appaltante (art. 48 comma 15 D. Lgs. 50/2016). L'indirizzo ha il pregio di conciliare il principio di "immodificabilità" (Ad. Plen. n. 8/2012) con sopravvenute esigenze dovute a cause "oggettive" di esclusione, attribuendo rilievo alla diversa posizione che nell'ambito di un raggruppamento assumono la mandante e la mandataria. E di armonizzare la lettura del codice degli appalti con il codice antimafia, ove è analogamente previsto che in presenza di tentativi d'infiltrazione è necessario distinguere l'ipotesi in cui tali tentativi coinvolgano l'impresa mandante da quella in cui riguardino, invece, la mandataria. Solo nel secondo caso, le sanzioni ivi previste si estendono alle altre ditte partecipanti, mentre nell'eventualità in cui ad essere interessata dalle infiltrazioni mafiose sia una mandante, le altre raggruppate non sono colpite dalle preclusioni e possono sostituirla o assumere in proprio le prestazioni (artt. 91 e 67, d.lgs. n. 195/2011).

**LEGGI LA SENTENZA**

Publicato il 12/08/2019

**N. 01424/2019 REG.PROV.COLL.**

**N. 00544/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**Lecce - Sezione Seconda**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 544 del 2019, proposto da Armando Muccio S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Maria Durante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, Via Pitagora, 9;

***contro***

Comune di Ugento - Capofila Aro Le10, in persona del Sindaco e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Lancieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Igeco Costruzioni S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

della nota PEC del 5/3/2019 (priva di protocollo) con la quale il R.U.P. della gara per l'affidamento del servizio di "*Igiene Urbana realizzato in condizioni di lavoro dignitose lungo l'intera catena di fornitura classificato come <<verde>> ai sensi del D.M. del 13.2.2014*", nei comuni dell'ARO 10/LE, ha statuito che "*ai sensi del vigente Codice dei Contratti pubblici, art. 48 co. 17, e dell'art. 95 D. Lgs. n. 159/2011, la possibilità di sostituire la mandataria è ammessa unicamente con altro soggetto facente parte della medesima ATI e non con altro operato esterno all'originario raggruppamento*";

nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ugento - Capofila Aro Le10;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2019 la dott.ssa Katuscia Papi e uditi per le parti i difensori avv. A. M. Durante per la ricorrente e avv. M. Lancieri per la P.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Il Comune di Ugento, con Determinazione n. 859 del 20 luglio 2016, indiceva la gara per l'affidamento del servizio unificato di igiene urbana per l'ARO LE/10, del quale fanno parte anche i Comuni di Acquarica del Capo, Presicce e Taurisano.

Il Raggruppamento Temporaneo d'Imprese che vedeva quale ditta mandataria-capogruppo la Igeco Costruzioni S.r.l. e mandante la Armando Muccio S.r.l. si classificava al primo posto della graduatoria approvata nel verbale di gara n. 23 del 5 gennaio 2018.

Non veniva deliberata l'aggiudicazione definitiva. Con Determinazione n. 741 del 26 settembre 2018 il Comune di Ugento assumeva l'impegno di spesa della quota di propria competenza ai fini dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva del servizio.

In data 3 ottobre 2018 il Prefetto di Roma emetteva, nei confronti della Igeco S.r.l., provvedimento interdittivo antimafia n. 365426 ai sensi dell'art. 91 D. Lgs. 159/2011.

Con propria nota prot. 21160 del 17 ottobre 2018, il RUP del Comune di Ugento invitava la ditta Armando Muccio S.r.l. *“in qualità di concorrente mandante dell'ATI da costituire con la ditta capogruppo-mandataria Igeco Costruzioni S.p.a., intestataria del provvedimento interdittivo n. 365426 del 3.10.2018 emesso ai sensi dell'art. 91 del D. Lgs. 6 settembre 2011 dalla Prefettura di Roma, n. 159 e s.m.i., a far conoscere, entro 10 giorni dalla ricezione della presente se intende avvalersi di quanto previsto all'art. 48, comma 17 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50 [...] sempre che, beninteso, dimostri di possedere i requisiti di qualificazione adeguati al servizio da eseguire. In caso contrario, la disposizione sopra citata prevede, in combinato disposto con il successivo comma 19 ter dello stesso articolo, che la stazione appaltante proceda all'esclusione del RTI e allo scorrimento della graduatoria di gara”*.

La Muccio S.r.l. rispondeva con nota del 26 ottobre 2018, con la quale manifestava la propria intenzione *“di avvalersi della facoltà concessa da codesta stazione appaltante ex art. 48 comma 17 del Codice dei Contratti Pubblici [...] essendo pronta a costituire mandataria altra ditta in possesso di tutti i requisiti di qualificazione richiesti dal bando di gara. Si chiede di voler specificare le modalità e i termini per produrre le dichiarazioni della nuova mandataria e la relativa documentazione comprovante il possesso dei requisiti [...] Si rappresenta, altresì, che la scrivente Armando Muccio S.r.l. possiede in proprio e per intero i requisiti tecnici richiesti dal bando e per avvalimento quelli economici”*.

Il RUP, con propria pec del 5 marzo 2019, comunicava alla Armando Muccio S.r.l. che: 1) la mandataria non avrebbe potuto essere sostituita in quanto *“ai sensi del vigente Codice dei Contratti Pubblici, art. 48 co. 17 e dell'art. 95 D. Lgs. 159/2011, la possibilità di sostituire la mandataria è ammessa unicamente con altro soggetto facente parte della medesima ATI e non con altro operatore esterno all'originario raggruppamento”*; 2) non era possibile ricorrere ex post all'avvalimento per i requisiti di ordine economico, pena la compromissione della *par condicio competitorum*. Per le indicate ragioni veniva rigettata l'istanza proposta con la nota del 26 ottobre 2018.

Avverso la pec del 5 marzo 2019 la Armando Muccio S.r.l. proponeva il ricorso introduttivo del presente giudizio, chiedendo l'annullamento della suddetta determinazione della p.a. per i seguenti motivi: 1) *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 48 del Codice dei Contratti pubblici. Violazione e falsa applicazione dell’art. 95 del D. Lgs. 159/2011. Errore sui presupposti di fatto e di diritto”* ove si rilevava come l’art. 48 comma 17 D. Lgs. 50/2016 non limitasse alla sola mandante la possibilità di sostituzione nel R.T.I. mediante l’ingresso di un soggetto esterno; 2) *“Violazione degli artt. 21 quinquies e 7 della Legge 241/90. Difetto assoluto di motivazione. Eccesso di potere per contraddittorietà e per sviamento”*, ove si deduceva la natura di atto di autotutela della pec del 5 marzo 2019, rispetto al quale si contestava l’omessa comunicazione di avvio del procedimento, l’omessa motivazione e, ove qualificato come revoca, l’omessa liquidazione dell’indennizzo normativamente previsto.

Si costituiva in giudizio il Comune di Ugento, in qualità di ente capofila dell’Associazione dei Comuni del Bacino ARO Lecce 10, instando per la reiezione del ricorso. La Igeco Costruzioni S.r.l., sebbene ritualmente intimata, non si costituiva.

All’udienza pubblica del 26 giugno 2019 la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Ai fini dello scrutinio del primo motivo di ricorso, risulta di centrale importanza la risoluzione della questione giuridica che attiene alla sostituibilità, nel Raggruppamento Temporaneo di Imprese, della società mandataria con un soggetto esterno rispetto all’originaria compagine dei partecipanti.

1.1. Le norme che rilevano sono quelle recate dall’art. 48 commi 17 e 18 D. Lgs. 50/2016.

L’art. 48 comma 17 del Codice dei Contratti Pubblici stabilisce che: *“17. Salvo quanto previsto dall’articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all’articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto”*.

Sulla ricostruzione ermeneutica della norma sopra indicata si contrappongono, nel presente giudizio, due diverse tesi.

1.2. Secondo la prospettazione perorata dalla parte ricorrente, dovrebbe darsi della norma una lettura strettamente legata al dato letterale: la disposizione prevede la possibilità di sostituzione dell'impresa mandataria raggiunta da interdittiva antimafia e non contempla specifiche preclusioni rispetto all'ingresso di soggetti non facenti parte dell'originario raggruppamento. Da ciò dovrebbe dedursi, secondo il canone interpretativo per cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, la piena fungibilità della posizione della mandataria con soggetti nuovi rispetto all'originaria composizione del R.T.I..

1.3. A tale lettura si contrappone l'opposta ricostruzione ermeneutica sostenuta dall'amministrazione resistente, e fondata su un'interpretazione maggiormente improntata al dato sistematico ordinamentale. Secondo tale differente prospettazione, la ricostruzione del significato della disposizione *de qua* non può prescindere dal fondamentale limite costituito dall'immutabilità dei concorrenti nella gara, corollario dei superiori principi della *par condicio competitorum* e della tutela della concorrenza. La cogenza del principio di immutabilità è stata recentemente riaffermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 8/2012, che ne ha anche precisato la portata. Nell'ambito di tale pronuncia si è chiarito che la funzione del principio in esame è costituita dalla necessità di consentire alla p.a. la verifica preliminare della sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara, e di impedire condotte elusive delle verifiche stesse concretizzantesi nella sostituzione degli attori economici in epoca successiva al relativo espletamento. In tal modo ricostruita la *ratio*, si è anche evidenziato come al principio non debba essere attribuita valenza assoluta, tale da impedire sempre e comunque il mutamento dei soggetti economici, in quanto tale ricostruzione risulterebbe eccessivamente penalizzante per gli operatori del mercato e, nel contempo, sarebbe ultronea rispetto allo scopo stesso da esso perseguito (evitare elusioni del controllo). Deve pertanto ritenersi ammessa la sostituzione dell'operatore economico in tutte quelle fattispecie nelle quali il mutamento delle imprese non è idoneo ad alterare la *par condicio competitorum*, in quanto non si pone come elusivo della previa verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante. Tali sono, come precisato dall'Adunanza Plenaria, le modifiche che vanno nel senso di una diminuzione dei soggetti partecipanti, che devono pertanto ritenersi sempre ammissibili. Al contrario, produrrebbero invece l'effetto elusivo sopra descritto, e sono perciò precluse, le variazioni soggettive *"in aumento"*, ovvero volte a introdurre nel R.T.I. soggetti che esso inizialmente non contemplava: *"il Codice Appalti indica i casi tassativi in cui è possibile la modifica soggettiva dell'a.t.i. già aggiudicataria, sempre in caso di vicende patologiche che colpiscono il mandante o il mandatario [...] Si è osservato che il divieto di modificazione soggettiva non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara. Il rigore di detta disposizione va, infatti, temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari. Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non*

*anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi*" (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012 n. 8). La pronuncia introduce dunque una distinzione tra mutamenti additivi (con l'aggiunta di nuove imprese) e mutamenti restrittivi (con la mera uscita di imprese già comprese nel R.T.I. e la permanenza in esso di sole imprese anch'esse già facenti parte della compagine associativa): solo i primi determinano l'insorgenza di una frizione con il principio di immutabilità dei partecipanti o, per meglio dire, con la *ratio* ad esso sottesa, volta ad escludere condotte elusive alla preventiva verifica dei requisiti in capo ai partecipanti.

Da ciò discende che i mutamenti di tipo additivo, quale si configura quello richiesto dalla ricorrente nella fattispecie oggetto di causa, dovranno essere ritenuti ammissibili nei soli casi in cui essi siano espressamente previsti dal legislatore. Detti casi, peraltro, ponendosi come derogatori rispetto a un principio fondamentale e strumentale alla tutela della concorrenza, vanno considerati tassativi e di stretta interpretazione.

A questo punto, si introduce la comparazione tra l'art. 48 comma 17 D. Lgs. 50/2016, e il successivo comma 18, che disciplina l'ipotesi di vicende patologiche che colpiscano l'impresa mandante del R.T.I., a norma del quale: "*18. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire*". In tale disposizione si prevede espressamente l'ipotesi dell'operatore economico "subentrante", ovvero di una figura nuova rispetto alla compagine originaria, che si sostituisca in termini additivi al mandante colpito dalla fattispecie patologica, ferma restando la ditta mandataria (quest'ultima, in caso di impossibilità di sostituzione del mandante estromesso, sarà invece tenuta alla diretta esecuzione delle prestazioni contrattuali). Solo in questo caso, e solo con riferimento alla posizione della ditta mandante, è espressamente prevista una modificazione con esiti aggiuntivi dei soggetti facenti parte del raggruppamento.

I fautori dell'opzione ermeneutica qui in esame, argomentano dunque che, se la possibilità di ingresso di un nuovo operatore economico è prevista *expressis verbis* dall'art. 48 comma 18 per l'ipotesi dell'estromissione del mandante, e non invece dal precedente comma 17 con riferimento all'esclusione della mandataria, ciò significa che ove la fattispecie patologica colpisca la mandataria la modificazione soggettiva può intervenire solo in termini restrittivi, ovvero mediante l'espunzione della mandataria e la sua sostituzione con un'altra delle imprese già presenti nel raggruppamento. Ciò, in ragione delle coordinate interpretative sopra ripercorse e tratte dal pronunciamento dell'Adunanza Plenaria (Sentenza 8/2012).

Peraltro, si aggiunge, il differente regime applicabile all'esclusione della mandante e della mandataria trae a sua volta fondamento logico dal sistema normativo in materia di contratti pubblici. Invero, le ditte mandante e quella mandataria di un raggruppamento rivestono ruoli distinti nel rapporto con l'amministrazione appaltante. Se la prima si pone come un soggetto esecutore di prestazioni col quale la p.a. non ha contatti diretti, la mandataria costituisce invece (e nonostante la responsabilità solidale di tutte le imprese nei confronti della stazione appaltante), l'interlocutore pressoché esclusivo dell'amministrazione. Ai sensi dell'art. 48 comma 15 D. Lgs. 50/2016 infatti: *"Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto. [...]"*. Si pone dunque in piena consonanza con il sistema ordinamentale il differente approccio del legislatore di fronte all'ipotesi di sostituzione dei due soggetti: se il mutamento del mandante, interlocutore *"di secondo grado"* dell'amministrazione, costituisce una delle ipotesi nelle quali, eccezionalmente, l'ordinamento consente persino la modifica additiva con ingresso di nuovi operatori economici (comma 18), l'estromissione del mandatario, interlocutore primario della p.a., consente invece la sostituzione solo con un soggetto già incluso *ab origine* nel raggruppamento.

1.4. Ritiene il Collegio che, tra le due posizioni ermeneutiche sopra enunciate, la seconda, di carattere sistematico, sia da prediligere. Si tratta infatti della prospettazione che meglio si concilia con il principio di *"immodificabilità temperata"* dei partecipanti alla gara, enucleato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella riportata pronuncia n. 8/2012. Nel contempo, essa consente di attribuire il giusto rilievo alla diversa posizione, nel raggruppamento, tra impresa mandante e impresa mandataria (a conclusioni parzialmente sovrapponibili sul punto, perveniva anche: TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 6 aprile 2018 n. 799).

1.5. Ulteriori argomenti a conforto delle valutazioni esposte ai precedenti punti derivano dalla disamina dell'art. 95 D. Lgs. 159/2001, secondo cui: *"1. Se taluna delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto. 2. Le disposizioni del comma 1 si applicano anche nel caso di consorzi non obbligatori. 3. Il prefetto della provincia interessata all'esecuzione dei contratti di cui all'articolo 91, comma 1, lettera a) e' tempestivamente informato dalla stazione appaltante della pubblicazione del bando di gara e svolge gli accertamenti preliminari sulle imprese locali per le quali il rischio di tentativi di infiltrazione mafiosa, nel caso di partecipazione, è ritenuto maggiore. L'accertamento di una delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, comporta il divieto della stipula del contratto, nonché del*

*subappalto, degli altri subcontratti, delle cessioni o dei cottimi, comunque denominati, indipendentemente dal valore”.*

In virtù della citata norma, occorre distinguere, in presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, tra l'ipotesi in cui essi coinvolgano l'impresa mandante e quella in cui riguardino invece la mandataria. Solo nel secondo caso le sanzioni previste dall'art. 67 si estendono alle altre ditte partecipanti; mentre nell'eventualità in cui ad essere interessata dalle infiltrazioni sia un'impresa mandante (e essa venga sostituita prima della stipula del contratto), le altre imprese raggruppate non saranno colpite dalle preclusioni. Dunque, la disposizione *de qua* costituisce un altro caposaldo dal quale si evince la maggior rilevanza della figura della ditta mandataria nel rapporto con l'amministrazione appaltante e integra un ulteriore argomento in favore della maggior ristrettezza delle ipotesi di sostituzione della stessa (e, per quanto qui interessa, del divieto di sostituzione *ab extrinseco* con una ditta non facente parte *ab origine* del raggruppamento).

1.6. Per tutto quanto precede, ritiene il Collegio che l'art. 48 comma 17 D. Lgs. 50/2016 debba essere interpretato in termini sistematici e restrittivi, e vada dunque letto nel senso di consentire la possibilità di sostituire l'impresa mandataria colpita da interdittiva solo con altre ditte già originariamente incluse nel raggruppamento.

Il Comune di Ugento applicava pertanto correttamente la disposizione, e il primo motivo di ricorso risulta infondato.

2. Il secondo motivo di gravame afferiva alla qualificazione giuridica dell'atto impugnato. Sosteneva infatti la parte ricorrente che con il provvedimento qui gravato la p.a. avesse espresso una volontà antitetica rispetto a quella esternata nella nota prot. 21160 del 17 ottobre 2018, con la quale si invitava la Armando Muccio S.r.l. a comunicare l'eventuale intenzione di avvalersi della possibilità di modificazione soggettiva prevista dall'art. 48 comma 17 D. Lgs. 50/2016. Alla pec del 5 marzo 2019 (oggetto della presente causa) si sarebbe pertanto dovuta attribuire, nella prospettazione esposta in ricorso, la natura di provvedimento di secondo grado, di annullamento in autotutela o revoca, della nota di ottobre o dell'aggiudicazione.

Il motivo non è fondato, per le ragioni che di seguito si vanno a esporre.

2.1. Il provvedimento impugnato con l'atto introduttivo del presente giudizio non è rivolto a revocare né ad annullare la precedente comunicazione della stazione appaltante. La pec del 5 marzo 2019 non è altro che la risposta negativa della p.a. all'istanza di subentro di una nuova mandataria rivolta dalla Armando Muccio S.r.l. alla stazione appaltante. La nota di ottobre 2018, invece, non manifestava alcuna volontà dell'Amministrazione sul punto, limitandosi a sollecitare le determinazioni della mandante residua rispetto alle possibilità normativamente

contemplate dall'art. 48 comma 17 del Codice dei Contratti Pubblici.

2.2. Né, del resto, potrebbe in alcun modo rinvenirsi, nella fattispecie oggetto di causa, una revoca o un autoannullamento dell'aggiudicazione, e ciò per la decisiva ragione che nessuna aggiudicazione era stata posta in essere dalla stazione appaltante in favore del R.T.I. Igeco – Muccio.

In tal senso non può infatti attribuirsi rilevanza a un atto preparatorio dell'aggiudicazione e della stipula, quale l'assunzione dell'impegno di spesa da parte del Comune. L'aggiudicazione è infatti necessariamente, ai sensi dell'art. 32 del D. Lgs. 50/2016, un atto esplicito ed espresso, nonché rigidamente procedimentalizzato. E ciò, per esigenze legate ai fondamentali principi di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici. La relativa volontà da parte dell'amministrazione deve dunque essere esternata in termini palesi, non potendo desumersi *aliunde*.

2.3. Nel contempo, l'aggiudicazione 'definitiva' non può dirsi formata *per silentium*, in virtù del decorso del termine di trenta giorni dalla proposta di aggiudicazione previsto dall'art. 33 comma 1 D. Lgs. 50/2016, e ciò per due ragioni.

Innanzitutto, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, nel verbale di gara n. 23 del 5 gennaio 2018 non è contenuta alcuna proposta di aggiudicazione, ma solo l'approvazione della graduatoria da parte della Commissione di Gara.

Inoltre, il decorso del termine previsto dall'art. 33 comma 1 D. Lgs. 50/2016 produce unicamente l'approvazione tacita della proposta di aggiudicazione, provvedimento comunque provvisorio e destinato fisiologicamente a essere superato (si veda in tal senso: TAR Puglia, Bari, Sez. I, 6 dicembre 2018 n. 1559). Il silenzio qualificato contemplato dalla disposizione *de qua* non determina invece la formazione dell'aggiudicazione definitiva, la quale richiede, come già precisato al punto precedente, sempre e comunque un provvedimento espresso da parte della p.a.: *"L'art. 33, comma 1, del d.lg. n. 50 del 2016 si riferisce solo all'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, non anche alla formazione (tacita) dell'aggiudicazione definitiva, che, invece, trova la sua disciplina nell'art. 32, comma 5; norma che dimostra la necessità che l'aggiudicazione, per i complessi interessi sottesi e le esigenze che intende soddisfare, non può che rivestire le forme del provvedimento espresso"* (TAR Puglia, Bari, Sez. III, 30 agosto 2018 n. 1205); *"In caso di inutile decorso del termine, previsto dall'art. 33, comma 1, Codice dei contratti pubblici, il silenzio assenso, formatosi sulla proposta di aggiudicazione, non integra il perfezionamento dell'aggiudicazione (definitiva), la quale richiede sempre una manifestazione di volontà espressa della stazione appaltante. Il decorso del termine determina solo l'approvazione della proposta di aggiudicazione"* (TAR Campania, Salerno, Sez. I, 12 luglio 2017 n. 1153).

2.4. Anche il secondo motivo di ricorso risulta pertanto destituito di fondamento.

3. Conclusivamente, ritiene il Collegio, sulla base delle considerazioni esposte:

- che il ricorso debba essere respinto, in quanto infondato;
- che sussistano giuste ragioni per disporre la compensazione integrale delle spese di lite tra le parti del giudizio, in ragione della complessità e novità di parte delle questioni giuridiche che hanno formato oggetto del processo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Sezione Seconda di Lecce definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, per le ragioni indicate in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Roberto Michele Palmieri, Primo Referendario

Katiuscia Papi, Referendario, Estensore