

CRISI DI IMPRESA E PARTECIPAZIONE IN ATI

di Gianluca Luzi

Nel recente periodo il ricorso al concordato preventivo in continuità aziendale da eccezione, quale sarebbe dovuta essere, è diventato purtroppo la regola, complice una situazione economica nazionale sempre più deficitaria soprattutto nel settore degli appalti pubblici.

E proprio il ricorso sempre più frequente a tale istituto ha dato origine ad annosi dibattiti che sono ancora lunghi dall'essere risolti e che poggiano tutti sul paradosso che tale istituto sorto quale strumento teso a favorire e incentivare le imprese a autodenunciare la crisi finanziaria ed economica, onde consentire allo Stato di traghettare la impresa oltre la crisi salvaguardando l'interesse dei creditori tramite la garanzia rappresentata appunto dal controllo dello Stato, è diventato sulla base delle rigorose e spesso fuorvianti interpretazioni giurisprudenziali strumento che di fatto ostacola la continuità aziendale limitando l'esercizio di impresa laddove impedisce la partecipazione alle gare ad evidenza pubblica.

*

Come noto, l'art. 80, 5° d.lgs. 50/2016 prevede l'esclusione automatica dalle gare e l'impossibilità di stipulare i contratti per l'operatore economico che si trovi sottoposto a procedura concorsuale, tra le quali è contemplata anche quella del concordato preventivo.

Tale divieto ammette un'unica eccezione consistente nel concordato con continuità aziendale.

Tale istituto è stato introdotto dall'art. 33, comma 1, lettera h), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134 (c.d. Decreto Sviluppo), rubricato giustappunto "*revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*", tramite il quale, nel titolo III, capo VI, dopo l'articolo 186, è stato aggiunto l'art. 186 bis - concordato con continuità aziendale, teso a incentivare le imprese in crisi a denunciare per tempo la propria situazione di

difficoltà economica e finanziaria, al fine di individuare una soluzione regolamentata sotto il controllo dell'autorità giurisdizionale per la prosecuzione dell'esercizio di impresa a garanzia da un lato della continuità impresa e dall'altro dei diritti dei creditori.

Con l'art. 13, comma 11-bis del d.l. 145/2013, convertito nella 9/2014, è stato inserito all'art. 186-bis, cit., un comma 4, a mente del quale *“Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale”*.

In base a tale istituto, che trova la sua definizione e disciplina al ridetto art. 186-bis L.F. (esplicitamente richiamato dal previgente art. 38 d.lgs. 163/2006 ed, a seguito delle recenti modifiche introdotte dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (in G.U. n. 92 del 18 aprile 2019 - in vigore dal 19 aprile 2019 e convertito nella legge 14 giugno 2019 n. 55 pubblicato nella G.U. n. 140 del 17 giugno 2019), avente ad oggetto: *“Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”*, (c.d. decreto sblocca cantieri), anche dall'attuale testo dell'art. 80 del Codice degli Appalti), la continuità sussiste quando il piano depositato (che, rispetto a quanto stabilito dall'art. 161, comma 2, lettera e) L.F. per la ipotesi di concordato preventivo semplice, deve contenere, oltre la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura) *“prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio”*.

Al ricorrere di tale ipotesi e delle ulteriori condizioni stabilite dal ridetto art. 186 bis L.F. , (l'autorizzazione del Tribunale e/o del Giudice delegato su parere del commissario giudiziale se nominato, la relazione del professionista attestante la

conformità del piano e la ragionevole capacità di adempimento, dichiarazione di garanzia e avvalimento di altro operatore economico almeno fino alle modifiche introdotte dal decreto sblocca cantieri, v. infra) il divieto di partecipazione alle gare non opera.

*** *** ***

Una delle prime questioni che è derivata dalla applicazione di tali norme è consistita nell'applicabilità anche alla fase precedente al deposito del piano (il c.d. concordato prenotativo o in bianco previsto dall'art. 161, 6° c., L.F.¹, che ammette la possibilità per l'imprenditore di depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai soli bilanci degli ultimi tre esercizi ed all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione prevista dalla ridetta norma entro un termine fissato dal giudice) della deroga all'esclusione automatica dalle gare, e, quindi, di riflesso la possibilità per le imprese che depositano il ricorso *ex art. 161, 6° c., L.F.* di concorrere per l'affidamento di appalti pubblici. In tale ambito si sono infatti formati due opposti orientamenti giurisprudenziali. Da un lato infatti la questione è stata risolta in senso positivo dalla giurisprudenza pressochè prevalente e dall'ANAC sulla base della stessa *ratio* della continuità e della tutela dell'impresa in crisi; per cui si ritiene che, anticipando i contenuti del piano in corso di redazione e fornendo l'ulteriore documentazione prevista dalla norma, il debitore in pre-concordato possa essere autorizzato a partecipare alle gare e non vada automaticamente escluso dalle stesse (cfr. *ex plurimis* C.d.S., sez. III, n. 1772/2018; C.d.S., n. 426/2016,; C.d.S., sez. V, n. 6272/2013 e n. 6303/2014; Cons. Stato, sez. IV, n. 3344/2014 e n. 1091/2015; Cons. Stato, sez. III, n. 5519/2015; TAR Lazio, I, n. 3421/2016; TAR Sardegna, I, n. 494/2016).

¹ Comma aggiunto dall'articolo 33, comma 1, lettera b), numero 4), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, con la decorrenza indicata dal comma 3 del medesimo articolo 33 del suddetto D.L. n. 83 del 2012 e successivamente modificato dall'articolo 82, comma 1, lettere a) e b) del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98.

Infatti – già dopo che l’art. 33 del d.l. 83/2012, convertito nella legge 134/2012, ha introdotto nella legge fallimentare l’art. 186-bis, recante la disciplina del concordato con continuità aziendale (finalizzato cioè alla prosecuzione dell’attività di impresa ed al risanamento aziendale) ed ha modificato l’art. 38, comma 1, lett. a) del d.lgs. 163/2006 facendo espresso rinvio alla previsione dell’art. 186-bis, quale eccezione alla regola dell’esclusione dalle procedure di gara e dalla conseguente possibilità di stipula del contratto – l’orientamento prevalente del Consiglio di Stato ha affermato che ai fini della applicabilità di detta eccezione è sufficiente il deposito dell’istanza di ammissione al concordato (cfr. Cons. Stato, V, n. 6272/2013 e n. 6303/2014; IV, n. 3344/2014 e n. 1091/2015). Peraltro si è evidenziato che l’art. 13, comma 11-bis del d.l. 145/2013, convertito nella 9/2014, ha inserito all’art. 186-bis, cit., il comma 4, a mente del quale *“Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale”*, così riconoscendo espressamente che il solo deposito dell’istanza di ammissione è sufficiente purché accompagnato dalla autorizzazione del Tribunale.

In base a tale indirizzo è stato dunque affermato che il principio secondo il quale, nelle more tra il deposito della domanda per l’ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, l’impresa conserva la facoltà di partecipare alle gare di affidamento dei pubblici contratti, vale anche nell’ipotesi in cui l’impresa abbia inizialmente proposto una domanda di ammissione “in bianco”, con riserva di presentare, nel termine complessivo massimo, fissato dal giudice, di centottanta giorni decorrenti dal deposito della domanda (e, cioè, centoventi giorni, ai quali si aggiunge una ulteriore eventuale proroga di sessanta giorni per giustificati motivi), la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell’art. 186-bis, l.fall.(cfr. Cons. Stato, III, n. 5519/2015; IV, n. 1091/2015, cit.; TAR Lazio, I, n. 3421/2016; TAR Sardegna, I, n. 494/2016).

Anche recentemente il Supremo Consesso ha ribadito che la presentazione di istanza per l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale "in bianco" ai sensi dell'art. 186-bis della legge fallimentare, *"non costituisce un impedimento all'affidamento delle commesse pubbliche, essendo consolidata la giurisprudenza nel ritenere che le aziende ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale possono partecipare alle gare, sottoscrivere contratti di appalto o proseguire i contratti già stipulati, in quanto l'ammissione alla procedura e l'attuazione della stessa sono una garanzia sufficiente per gli interessi dell'Amministrazione (in termini Cons. Stato, III, 5 aprile 2018, n. 2106; IV, 3 luglio 2014, n. 3344). La legge n. 134 del 2012 ha infatti sottratto l'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale dal novero delle cause che determinano l'esclusione dell'impresa dalla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nonché dalla stipula dei contratti. Ciò dicasi anche per il caso della domanda di ammissione "in bianco" (ai sensi dell'art. 161, comma 6, della legge fallimentare), con riserva di presentare, nel termine fissato dal giudice la proposta, il piano e la documentazione di cui al successivo art. 186-bis, commi 2 e 3 (Cons. Stato, III, 20 marzo 2018, n. 1772)"* (cfr. Consiglio di Stato n. 5371 del 13 settembre 2018).

La stessa ANAC, con determinazione del 8 aprile 2015 n. 5, riferendosi specificamente alla citata norma del concordato in continuità ed alla fattispecie del c.d. concordato "in bianco", rimeditando l'avviso espresso con la determinazione n. 3/2014, è giunta a conclusioni sostanzialmente opposte, avendo, giustamente, osservato che *"deve ritenersi che la medesima norma consenta all'impresa di mantenere, nelle more del termine intercorrente tra la presentazione della domanda e la presentazione del piano di continuità, la qualificazione posseduta (attestazione SOA); cio', di fatto, sul presupposto che persiste il requisito generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), del Codice dei contratti pubblici."*

E tale impostazione è stata ribadita anche nella bozza delle linee guida pubblicate sul relativo sito internet.

Dall'altro lato si rinvencono pronunce di segno opposto secondo le quali l'operatore economico, che ha presentato domanda di concordato in bianco (art. 161 c. 6 R.D. 267/42) e non risulti ammesso alla continuità, può solo proseguire l'esecuzione dei contratti pubblici già stipulati previa autorizzazione del Giudice (cfr. Tar Bolzano n. 112/18, confermato da Cons. St., Sez. VI, n. 5919/18; in senso analogo, Tar Torino, Sez. II, n. 544/15 e più recentemente Tar Torino, Sez. II, n. 260/19).

Va poi segnalata al riguardo la ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, del 2 febbraio 2018 n. 686, che ha rimesso alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:

“a) se sia compatibile con l'art. 45, comma 2, lett. a) e b) della Direttiva 2004/18/Ce del 31 marzo 2004, considerare «procedimento concorsuale in corso» la mera istanza, presentata all'Organo giudiziario competente, di concordato preventivo da parte del debitore;

b) se sia compatibile con la predetta normativa, considerare la confessione del debitore di trovarsi in stato di insolvenza e di volere presentare istanza di concordato preventivo «in bianco» (le cui caratteristiche sono state sopra precisate) quale causa di esclusione dalla procedura d'appalto pubblico, interpretando così estensivamente il concetto di «procedimento in corso» sancito dalla normativa comunitaria (art. 45 Direttiva) e nazionale (art. 38 d.lg. n. 163 del 2006) citate.”

Su tali questioni la Corte di Giustizia UE si è pronunciata con sentenza del 28 marzo 2019 affermando che *“L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale,*

che consente di escludere da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico un operatore economico che, alla data della decisione di esclusione, ha presentato un ricorso al fine di essere ammesso al concordato preventivo, riservandosi di presentare un piano che prevede la prosecuzione dell'attività.”.

Tuttavia nella ridetta decisione la Corte di Giustizia ha inteso confrontare la situazione del soggetto che presenta la domanda di concordato ma non si impegna a proseguire la attività, rispetto colui che invece assume tale impegno, prendendo quale parametro di riferimento la “*data in cui la decisione di esclusione è adottata*”, che quindi costituisce il discrimine per l'ipotetico confronto, fino a tale momento non sussistendo, né in ogni caso rilevando alcuna ipotetica differenza.

Da ultimo va citata la recente sentenza del 13 giugno 2019 n. 3984 del Consiglio di Stato, che ha svolto una accurata ed approfondita disamina, degli istituti disciplinati dalla legge fallimentare: il concordato “in bianco” ed il concordato “con continuità aziendale”², che ha condotto il medesimo Giudice ad affermare

² Va a questo punto chiarito che nell'ambito del presente contenzioso, tenuto conto anche di quanto espresso dalle parti nelle memorie, anche di replica, prodotte nel presente grado di appello, vengono evocati, tra volte sovrapponendone le caratteristiche, due diversi istituti disciplinati dalla legge fallimentare: il concordato “in bianco” ed il concordato “con continuità aziendale”. E' dunque indispensabile approfondire le caratteristiche di ciascuno dei due istituti per coglierne le somiglianze e le differenze, con riferimento a quanto necessita per la definizione del presente contenzioso.

Il “pre-concordato” (o “concordato con riserva” o “concordato in bianco”, com'è stato finora variabilmente definito nella pratica e dai primi commentatori) e il “concordato con continuità aziendale” sono le due figure particolari di concordato preventivo disciplinate *ex novo* dal cd. decreto Sviluppo (d.l. 83/2012 convertito nella l. 134/2012).

La prima figura è, in effetti, del tutto originale per il nostro ordinamento (anche se non lo è in altri, come quello statunitense, dal quale è stata sostanzialmente importata per realizzare le utilità dell'*automatic stay* previsto dal *chapter 11* del codice fallimentare USA), e si traduce - come si evince dall'art. 161, comma 6, l.fall. - nella possibilità di depositare una domanda di concordato preventivo priva, di fatto, di contenuto, essendo finalizzata solo a chiedere al Tribunale la concessione di un termine (variabile da 60 a 120 gg. e prorogabile per non più di altri 60 gg.) proprio al fine di poter predisporre e poi presentare la vera e propria proposta di concordato, da corredare con quel piano e con quell'altra documentazione (compresa la relazione attestativa dell'esperto) che l'art. 161, comma 2, nel testo originario, esigeva invece che fosse presentata già al momento di deposito del ricorso (è stato peraltro previsto che il ricorrente possa presentare poi entro il termine, al posto della proposta definitiva di concordato, una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.*).

L'utilità che con tale domanda si mira a realizzare è soprattutto quella di poter fruire, per tutto l'arco temporale andante fino alla scadenza del termine concesso dal Tribunale (e con effetto a partire dalla data di iscrizione nel Registro delle imprese), di un ombrello protettivo contro le aggressioni esecutive dei creditori, le azioni cautelari e l'iscrizione unilaterale di diritti di prelazione (art. 168 l.fall.) pur in assenza di una proposta di concordato vera e propria, solo in presenza della quale potevano prima scattare comparabili (anche se non identiche) misure protettive.

In definitiva, con tale istituto si paralizza temporaneamente quel potere-dovere del Tribunale di dichiarare inammissibile la proposta che esso sarebbe chiamato ad esercitare ai sensi dell'art. 162, comma 2, in ragione del difetto, appunto, dei presupposti previsti dai commi primo e secondo dell'art. 160, e dai primi quattro commi dell'art. 161, ossia, in sintesi, in ragione della mancanza degli elementi minimi di riconoscibilità di una proposta concordataria valida ed ammissibile, secondo la conformazione tipologica ed i requisiti formali e sostanziali previsti dalle predette norme.

Che si tratti di una paralisi temporanea di questo potere-dovere è dimostrato dal fatto che, a norma dell'art. 161, comma 6, ultimo periodo, se nel termine fissato dal Tribunale il debitore-ricorrente non deposita né una proposta definitiva di concordato (con il corredo documentale di cui si è detto), né, alternativamente (come pure la norma gli concede di poter fare), un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.fall., “*si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo*”, ossia il Tribunale procede a convocare il debitore per contestargli l'inammissibilità della domanda e procedere poi a dichiararla, dichiarando eventualmente anche il fallimento se sia stata presentata un'istanza o richiesta in tal senso e, ovviamente, se ne sussistano i relativi presupposti.

Il Tribunale può dunque dichiarare inammissibile la domanda per difetto di proposta o per difetti della proposta o della prescritta documentazione, di norma, solo dopo il decorso del termine da esso stesso concesso, essendo rimasto paralizzato, sospeso, tale potere-dovere, durante il suddetto intervallo temporale.

Il che (valutato congiuntamente alla previsione dell'ultimo comma dell'art. 161, laddove, statuendosi che quando pende procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma non può superare i sessanta giorni, si impone per implicito un immediato *non liquet* sull'istanza di fallimento) spiega anche perché una domanda di pre-concordato possa precludere il potere del Tribunale di decidere un'istanza o una richiesta di fallimento (già presentate) ancor prima che sia stata depositata una proposta definitiva di concordato, così anticipandosi quella situazione di pregiudizialità che, di solito, può riconoscersi sussistente solo quando siano contemporaneamente pendenti un procedimento pre-fallimentare e un procedimento concordatario attivato da una proposta definitiva, ipotesi in cui quest'ultima, quale soluzione alternativa (e preventiva) rispetto al fallimento, esige di essere valutata dal Tribunale prima che esso proceda all'esame dell'istanza o richiesta di fallimento.

15. - È necessario però ben comprendere la logica sottesa al sopra indicato meccanismo disegnato dal nuovo tessuto normativo: occorre in particolare tener conto del fatto che la regola è sempre quella dell'inammissibilità di una domanda di concordato che non sia corredata da proposta, piano e documentazione di supporto, mentre la sospensione del potere-dovere del Tribunale di dichiarare tale inammissibilità (pur in difetto dei presupposti previsti dalla legge), che scatta in ragione della concessione di termine ex art. 161, comma 6, è, invece, l'eccezione.

Il rapporto logico regola-eccezione impone infatti un'interpretazione ed un'applicazione tendenzialmente restrittive dell'istituto.

Una lettura restrittiva, del resto, non può non giustificarsi anche per il fatto, puro e semplice, che alla concessione di un così grande beneficio, come la prolungata ed anticipata protezione offerta al debitore contro le aggressioni esecutive e cautelari dei suoi creditori insoddisfatti (di norma del tutto legittime), deve necessariamente corrispondere un contrappeso riequilibratore, il quale va ravvisato quanto meno in un'inevitabile limitazione dei poteri gestori del debitore a partire dal deposito della domanda e nel correlato potere di controllo del Tribunale sul loro esercizio, per evitare se non altro le condotte più abusive e pregiudizievoli per i creditori.

Proprio l'art. 161, comma 7, l.fall. mostra qual è stato al riguardo l'intendimento del legislatore: pur lasciando al debitore ricorrente il potere di compiere atti di ordinaria amministrazione [sottratti a revocatoria ex art. 67, comma 3, lettera e) e suscettibili di dar vita a crediti prededucibili], ha invece assoggettato a controllo preventivo di carattere autorizzatorio del Tribunale gli atti urgenti di straordinaria amministrazione, in relazione ai quali, dunque, può senz'altro reputarsi che il debitore subisca, per effetto della presentazione della domanda di pre-concordato, quanto meno uno “spossessamento attenuato”.

La conclusione trova ulteriore conforto nelle altre successive norme che prevedono la necessità di un analogo (anche se non identico) intervento autorizzatorio del Tribunale, in particolare l'art. 169-bis, che disciplina l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione dei contratti pendenti, e l'art. 182-quinquies, che disciplina l'autorizzazione a contrarre finanziamenti interinali prededucibili e a pagare in via anticipata crediti anteriori per prestazioni essenziali.

16. - L'art. 182-quinquies, in particolare, presenta un profilo di speciale interesse anche perché incrocia la significativa problematica (già in via generale, ma in particolare nel presente contenzioso) del rapporto intercorrente tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale nel punto in cui disciplina l'autorizzazione dei pagamenti di crediti anteriori per prestazioni essenziali.

Detta norma evoca anche il problema concernente il “se” possa già configurarsi la tipologia del “concordato con continuità aziendale”, come delineata dall'art. 186-bis, quando sia proposta una semplice domanda di pre-concordato, e per ciò stesso anche il problema dell'applicazione, in tale ipotesi, dei benefici speciali di cui commi terzo, quarto e quinto di quest'ultimo articolo (non risolubilità dei contratti in corso di esecuzione se non per volontà del debitore e su autorizzazione del Tribunale, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni; inefficacia di eventuali patti contrari; possibilità di continuazione di contratti pubblici e di partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici anche in raggruppamento temporaneo di imprese).

Ad avviso anche dei primi commentatori, se si approfondisce l'esame delle norme di riferimento, ci si avvede di come si muovano all'interno del pre-concordato disposizioni che hanno un variabile tasso di coerenza con questa figura.

che la partecipazione alle gare ad evidenza pubblica rientra nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione, anche solo per la circostanza che già solo la partecipazione alla procedura potrebbe ridurre ancor di più le opportunità di salvaguardia dei creditori.

Per cui – secondo il Consiglio di Stato - è evidente che l'istanza del debitore di ammissione al concordato preventivo costituisce una condizione impeditiva alla partecipazione, che può essere superata solo mediante l'adempimento degli obblighi documentali contemplati da tale disposizione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2018 n. 3225), da cui, secondo il Supremo Consesso, si desume la inidoneità ed insufficienza della domanda di concordato in bianco, risultando inidonea perfino la autorizzazione rilasciata nelle more dal Tribunale fallimentare a partecipare alla gara de qua, se non accompagnata dagli ulteriori requisiti prescritti dall'art. 186 bis L.F..

In questi casi infatti secondo il Consiglio di Stato risulterebbe indebolita *“la solidità della partecipazione del raggruppamento appellato alla procedura, esponendo al rischio la stazione appaltante di non poter contare su un valido*

In quest'ottica, l'unica disposizione normativa in tema di autorizzazioni speciali che sembra nascere già correlata coerentemente alla figura del pre-concordato, ed in funzione della stessa, è quella contenuta nel settimo comma dell'art. 161, laddove si prevede che dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore possa compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni.

La parola chiave dell'intera previsione sta nell'aggettivo “urgenti” riferito agli atti di straordinaria amministrazione. Non tutti gli atti aventi carattere “straordinario”, infatti, sono autorizzabili durante il pre-concordato, ma solo quelli urgenti. La norma ha dunque portata e *ratio* restrittivi: dalla stessa discende la considerazione (interpretativa) che il debitore ricorrente in pre-concordato non può mai compiere atti di straordinaria amministrazione, o meglio, che egli può porre in essere solo quelli “urgenti” alla condizione che il Tribunale li autorizzi. Di conseguenza non possono mai essere compiuti gli atti di straordinaria amministrazione non urgenti. Essi potranno essere compiuti solo dopo l'ammissione al concordato e sempre che siano poi autorizzati dal Giudice Delegato a norma dell'art. 167 l.fall..

Prima di tale momento gli unici atti di straordinaria amministrazione che possono essere compiuti sono quelli urgenti autorizzati dal Tribunale, perché solo l'urgenza può fungere da causa giustificatrice in una fase in cui nessuno è ancora in grado di sapere quale proposta concordataria verrà presentata e sulla base di quale piano (o se addirittura sarà presentata non una proposta di concordato definitiva, ma invece una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall.).

Naturalmente il Tribunale non è chiamato a valutare solo l'urgenza, che è condizione necessaria, ma non sufficiente ai fini autorizzatori, occorrendo - per implicite ragioni logiche e sistematiche - anche che l'atto sia utile o quantomeno non dannoso.

Ma se l'atto nemmeno fosse urgente, il suo compimento potrebbe trovare giustificazione solo in relazione ad una programmazione futura, in ragione cioè del suo inserimento nel piano concordatario, ovvero nella sua utilità (o non dannosità) alla stregua di una valutazione positiva compiuta dal Giudice Delegato dopo l'ammissione al concordato, in sede di autorizzazione rilasciata ex art. 167 l.fall..

operatore economico nel caso di affidamento ad esso della procedura ad evidenza pubblica in svolgimento (e neppure nel caso di eventuale scorrimento nella graduatoria, in sede di esecuzione, laddove si dovesse rendere necessario per il venimento dell'aggiudicatario)."

A nostro avviso è maggiormente condivisibile l'orientamento finora prevalso, che risulta del resto coerente con la funzione dell'istituto, che è quella di guidare l'impresa oltre la crisi, anche preservando la capacità dell'impresa a soddisfare meglio i creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti.

Risulta infatti una contraddizione in termini distinguere tra il soggetto che è ammesso al concordato in continuità e colui il quale ha invece presentato una domanda, ancorchè prenotativa e comunque inibire la partecipazione alle gare per l'affidamento dei pubblici contratti nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato (v. in termini Cons. Stato, 27 dicembre 2013 n. 6272).

E', infatti, noto che la procedura di concordato preventivo inizia tramite il deposito del ricorso, prosegue con l'apertura del procedimento e si conclude con la omologazione del concordato, che è vincolante per tutti i creditori anteriori, si noti, al deposito del ricorso e non alla apertura del concordato.

Trattasi dunque di una fattispecie a formazione progressiva, i cui effetti giuridici e sostanziali decorrono dalla data di presentazione della domanda.

Tale momento costituisce il discrimine tra la situazione giuridica precedente e successiva del soggetto giuridico, al quale devono quindi ricondursi anche le prerogative riconosciute dal legislatore tramite l'art. 186 bis e l'attuale art. 110 del d.lgvo 50/2016.

Stante quanto esposto appare irragionevole prima ancora che contrario alla ratio legis ritenere che tra la data della domanda e la omologazione si verifichi una cesura nel possesso dei requisiti soggettivi.

Anche perché così ragionando la applicazione di tale norma risulterebbe, di fatto, sempre esclusa qualora il soggetto presentasse la domanda durante la

partecipazione della gara, ove, quand'anche il soggetto, non avvalendosi della facoltà di cui all'art. 161, co 6, L.F., depositasse, unitamente alla domanda di ammissione al concordato in continuità, sia la proposta sia il piano, il successivo provvedimento di apertura della procedura di concordato ovvero la eventuale autorizzazione del Tribunale non sarebbe comunque immediato, intercorrendo abitualmente un intervallo di tempo necessario al Tribunale e/o al Giudice Delegato per assumere le proprie decisioni.

Pertanto, risulta maggiormente condivisibile, anche perché più rispondente alle esigenze perseguite dalla norma, l'orientamento prevalente secondo il quale nell'ambito ed in pendenza di tale procedura, anche se avviata con una domanda prenotativa e/o in bianco, non possa verificarsi alcuna soluzione di continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale da parte del soggetto giuridico.

*

Tale conclusione appare coerente del resto alle modifiche introdotte dal legislatore con il decreto legge c.d. "sblocca cantieri", convertito nella legge 14 giugno 2019 n. 55 pubblicato nella G.U. n. 92 del 18 aprile 2019.

In particolare, precorrendo l'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n.14 (che riguarda come noto il codice della crisi e della insolvenza e che entrerà in vigore il 15 agosto 2020,) e di quanto ivi disposto dall'art. 372, con l'art. 2, comma 1, del d.l. 18 aprile 2019 n. 32, rubricato "*Disposizioni sulle procedure di affidamento in caso di crisi di impresa*", il legislatore urgente ha modificato l'art. 110 del d.lgvo 50/2016, che attualmente e per quanto di interesse così recita:

"...omissis..."

4. Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, si applica l'articolo 186-bis del predetto regio decreto. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto

dall'articolo 163 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.

5. L'impresa ammessa al concordato preventivo non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto.

6. L'ANAC può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che l'impresa in concordato si avvalga di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione quando l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida. ”

E' stato altresì previsto che le disposizioni così modificate si applicano alle procedure in cui il bando o l'avviso con cui si indice la gara è pubblicato nel periodo temporale compreso tra la data di entrata in vigore del decreto legge di che trattasi e la data di entrata in vigore del codice della crisi e della insolvenza, dalla entrata in vigore del quale si applicheranno le disposizioni dell'art. 372 ivi previsto, nonché, per i contratti non preceduti dalla pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui gli inviti a presentare le offerte sono stati inviati nel corso del medesimo periodo temporale.

Tuttavia, se da un lato il legislatore ha definitivamente dissolto ogni dubbio riguardo la applicabilità della deroga di cui all'art. 186 bis L.F. anche alle imprese che hanno presentato una domanda di concordato in bianco, sposando la tesi finora perorata dalla prevalente giurisprudenza, dall'altro ha, però, prescritto che nel periodo intercorrente tra il deposito della domanda e il decreto di apertura della procedura concorsuale, la partecipazione alle procedure di affidamento di

contratti pubblici è ammessa a condizione dell'avvalimento dei requisiti di altro soggetto, in tal modo quindi ponendo un limite operativo tassativo alla partecipazione alle gare dei soggetti in concordato in continuità aziendale.

Infine è necessario segnalare che in base all'art. 2, comma 4, lett. b) del citato D.L. 32/19 è stato pure modificato il testo dell'art. 186 bis:

"...Al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, sono apportate le seguenti modificazioni: ...b) all'articolo 186-bis:

1) al terzo comma, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa è stata ammessa a concordato che non prevede la continuità aziendale se il predetto professionista attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio.";

2) il quarto comma è sostituito dal seguente: "Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 161, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato."...".

Intervenendo sulla legge fallimentare vigente, dunque, il legislatore urgente del 2019 ha anche novellato l'art. 186-bis, comma terzo, l.fall., anticipando ancora una volta le norme contenute nel Codice della Crisi: si dispone infatti, in via generale, che la continuazione dei contratti in corso anche con la pubblica amministrazione è possibile non solo nel caso tipico del concordato con continuità, ma anche *«nell'ipotesi in cui l'impresa è stata ammessa a concordato che non prevede la continuità aziendale se il predetto professionista attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio»*, chiarendo, altresì, stante l'ambiguità del testo precedente che non faceva distinzione, che, dopo il deposito della domanda di concordato in bianco, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, mentre a seguito del decreto di apertura della

procedura, a provvedere sarà chiamato il giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale se già nominato.

*** *** ***

L'ulteriore rilevante problematica derivata dalla applicazione delle ridette norme ha riguardato la situazione dell'impresa che concorre alla gara in forma raggruppata con altri operatori, e che in questo RTI ha assunto il ruolo di mandataria.

In tale ipotesi infatti il comma 6° dell'art. 186-bis L.F. sancisce che *“l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale”*³.

Si tratta di preclusione assoluta, che impedisce in tal caso la operatività della deroga prevista dall'art. 186 bis della L.F. a prescindere che si tratti di concordato in bianco e prenotativo ovvero di concordato in continuità *ab origine*.

Tale è l'orientamento della prevalente giurisprudenza finora formatasi, che esclude la possibilità della mandataria di un RTI, quand'anche ammessa al concordato in continuità, di partecipare alle gare (cfr. tra le più recenti Cons. St., Sez. V, n. 3405/17; idem, Sez. V, n. 3924/18; idem Sez. III, n. 5966/18; idem, sez. VI, n. 5919/18⁴).

³ Ai sensi dell'art. 186 bis, r.d. n. 267/1942: *“L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara... una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto.... , l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale.”*

⁴ 8.2. afferma il Consiglio di Stato quanto segue: *“... Nel merito, osserva il Collegio che il T.r.g.a., nelle impugnate sentenze, correttamente ha affermato la perdita del requisito generale di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016 in capo alla Oberosler S.r.l., mandataria capogruppo dell'a.t.i. seconda classificata, in quanto:*

- l'articolo 2, paragrafo 2.5., del disciplinare di gara – in aderenza alla disciplina legislativa di cui al combinato disposto degli artt. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016 e 186-bis, comma 6, l. fall., che esclude la partecipazione alle gare dell'a.t.i. la cui mandataria si trovi in stato di concordato con continuità aziendale –, dopo aver previsto che «ai sensi dell'art. 186-bis, comma 4, R.D. 16.3.1942 n. 267 e s.m.i. (Legge Fallimentare), l'impresa ammessa ovvero che ha depositato il ricorso per l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale può partecipare alla presente procedura di gara presentando, a pena di esclusione, la documentazione prevista negli allegati A1 e A1bis», dispone espressamente che, «in ogni caso, l'impresa può ai sensi dell'art. 186-bis, comma 5, R.D. 16.3.1942 n. 267 e s.m.i. (Legge Fallimentare) concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta, a pena d'esclusione, la qualità di mandataria [...]» (v. anche il modello A1 della dichiarazione di partecipazione predisposta dalla stazione

Da ultimo anche la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha ribadito che *“nel caso di specie, il d.lgs. n. 50 del 2016, art. 80 (Codice dei contratti pubblici) richiede, per l'accesso alle procedure ad evidenza pubblica, la necessaria sussistenza di una serie di requisiti i quali, secondo una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, (Ad. Plen. sent. 8/2015), devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonchè per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. Alla luce di questa premessa sistematica, si deve procedere ad una lettura coordinata del D.lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. a) (citato in motivazione dal Consiglio di Stato), e dell'art. 186 bis, comma 6 l.fall. dalla quale emerge che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale (cfr. d.lgs. n. 163 del 2006, art.*

appaltante, che, nella Sezione V, ribadisce espressamente la causa di esclusione costituita dalla circostanza che l'impresa mandataria versi in stato di concordato preventivo con continuità aziendale o abbia proposto relativa istanza);

- nel caso di specie, l'impresa mandataria dell'a.t.i. seconda classificata, in data 21 ottobre 2017, dunque prima della stipula del contratto e in pendenza della procedura di evidenza pubblica, essendo ancora in corso la verifica dei requisiti in capo all'aggiudicataria a.t.i. E.MA.PRI.CE, ha presentato domanda di concordato ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., con ciò venendo integrata la causa di esclusione comminata dalla riportata disciplina legislativa e dalla lex specialis di gara;

- irrilevante è la sopravvenienza, nel corso del giudizio di primo grado, del decreto di autorizzazione del Tribunale di Bolzano - Sezione Fallimentare del 15 gennaio 2018 a partecipare alla gara in oggetto, non risultando affrontata la questione relativa alla causa di esclusione costituita dalla qualità di mandataria di a.t.i. dell'impresa Obersler, la cui soluzione rientra peraltro nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo;

- né rileva la cessione del ramo d'azienda intervenuta in favore dell'impresa Pessina Costruzioni S.p.A. (estranea all'a.t.i. Obersler), con atto notarile del 12 giugno 2018 (quindi dopo la pronuncia delle sentenze di primo grado e in pendenza del giudizio d'appello), in quanto, a prescindere dall'interpretazione dell'ambito oggettivo dell'atto di cessione, l'art. 106 d.lgs. n. 50/2016 – richiamato dalla cessionaria nella missiva del 12 giugno 2018 diretta alla stazione appaltante e disciplinante, con un regime tassativo, la modifica dei contratti «durante il periodo di efficacia», tra cui le modifiche soggettive – presuppone l'intervenuta stipula e l'inizio dell'esecuzione del contratto da parte dell'impresa aggiudicataria, mentre, nel caso di specie, si verte in una fase anteriore, esulante dall'ambito oggettivo della menzionata disposizione legislativa;

- pertanto, in applicazione del principio, per cui i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dalle imprese concorrenti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto (v., per tutte, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8), la sopravvenuta perdita del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016 in capo alla mandataria dell'a.t.i. Obersler veniva a integrare la correlativa causa di esclusione, la quale non poteva essere aggirata e/o elusa attraverso l'invocata modifica soggettiva.

8.3. Per le esposte ragioni, di natura assorbente, in reiezione dei correlativi motivi d'appello principale e delle richieste di cui agli atti di intervento della Pessina Costruzioni S.p.A., devono essere confermate le statuizioni di accertamento della sopravvenuta perdita del requisito generale di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016, in capo alla mandataria dell'a.t.i. seconda classificata...”

38, comma 1, lett. a); art. 186 bis, comma 5, l.fall.); tuttavia la regola, secondo la quale i soggetti in concordato in continuità possono partecipare a procedure di assegnazione, non si applica nel caso in cui l'impresa in concordato sia la mandataria in raggruppamento temporaneo di imprese. In tale ipotesi, opera l'esclusione dalle procedure concorsuali per carenza dei requisiti soggettivi richiesti dalla norma. L'applicazione di tali norme, di stretta interpretazione legislativa, esclude addirittura il potere discrezionale in capo alla p.a., fondandosi sul divieto imposto ex lege, dettato in virtù d.Lgs. n. 163 del 2006, citato art. 38 e art. 186 bis, comma 6, l.fall.." (cfr. Cass. S.U. 20 dicembre 2018 n. 33013).

Nella recente sentenza del TAR Piemonte n. 260/2019, il Giudice amministrativo ha provato a spiegare "la ratio dell'esclusione per il caso della specifica posizione di mandataria della società in concordato", ritenendo che "nell'economia di un'ATI la mandataria è il punto di riferimento ineludibile della stazione appaltante e deve garantire la corretta esecuzione dell'appalto anche per le mandanti; la società in concordato con continuità aziendale [...] è una società che, ex lege, per concorrere alle gare necessita di specifiche attestazioni di ragionevole capacità di adempimento del contratto in proprio e può, a determinate condizioni, anche essere obbligata a farsi garantire da un altro operatore; in mancanza del divieto si verificherebbe il paradosso che l'impresa che per legge necessita di essere garantita da terzi, sempre per legge, dovrebbe essere a sua volta responsabile in solido (con funzione sostanzialmente di garanzia) dell'esecuzione non solo della propria quota di obbligazioni ma di tutto l'oggetto dell'appalto" (T.A.R. Piemonte – Torino, Sez. II, n. 260 del 07/03/2019).

Per cui il divieto di cui alla Legge Fallimentare si ricollega alle maggiori esigenze di solvibilità che caratterizzano la figura della capogruppo, che nei confronti della Stazione Appaltante è responsabile in solido dell'esecuzione dell'intera opera; tale ipotesi "esclude addirittura il potere discrezionale in capo alla p.a., fondandosi sul divieto imposto ex lege" (così Cass. SS.UU. n. 33013/2018 cit; cfr. in tal senso anche Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5919/2018).

Prosegue il Collegio sostenendo che *“anche volendo interpretare il riferimento alla “partecipazione” dell’impresa nel senso più ampio, per salvaguardare l’impresa, resta l’esigenza di non imporre, per contro, alla gara pubblica la salvaguardia di un singolo concorrente oltre i limiti in cui ciò indurrebbe una paralisi del suo fisiologico dipanarsi; tale ipotesi, infatti, confliggerebbe apertamente con le finalità proprie dell’evidenza pubblica (tra cui spiccano l’efficienza, la celerità, la par condicio dei concorrenti), ed oltretutto si realizzerebbe in un contesto in cui l’unica valutazione prevista è quella del Tribunale fallimentare, interprete delle sole ragioni dei creditori, il quale, come detto, si limita a rimuovere un limite di capacità del concorrente ma non incide certo sulla gestione della gara da parte della stazione appaltante”*.

La predetta impostazione sembrerebbe indurre a ritenere che, nonostante il giudizio sulla opportunità della partecipazione alla procedura sia rimesso *ex lege* al Tribunale Fallimentare (oltre che al professionista attestatore, Commissario Giudiziale e/o creditori, a seconda della fase in cui interviene la richiesta), la procedura di affidamento dell’appalto continui ad essere governata dalla Pubblica Amministrazione committente, la quale ben potrebbe decidere di limitare la protrazione dei tempi e la distorsione delle regole della gara, contemplate dal Codice dei Contratti Pubblici.

Accanto a tale orientamento si è andato formando un indirizzo opposto, seppure minoritario, che ha anche postulato la abrogazione implicita dell’art. 186 bis della L.F. a seguito della entrata in vigore del Codice degli appalti e di quanto stabilito originariamente (prima cioè delle recenti modifiche del decreto sblocca cantieri) dagli artt. 80 e 110.

Il primo Giudice amministrativo a discostarsi dall’orientamento pressochè prevalente è stato il TAR Lazio, che, con ordinanza del 29 ottobre 2018 numero 10398, ha dubitato della legittimità costituzionale dell’art. 186, 6 comma, L.F..

In particolare il TAR ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sulle disposizioni normative che, nel

sistema del vecchio codice dei contratti (d.lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. a)), d'un canto, consentono la partecipazione alle gare pubbliche alle imprese singole sottoposte a concordato con continuità aziendale (di cui all'art. 186-bis della Legge fallimentare) ed ai raggruppamenti temporanei di imprese ove vi sia sottoposta una mandante, ma d'altro lato vietano ai raggruppamenti temporanei di imprese di parteciparvi nel caso in cui sia la mandataria ad essere assoggettata a tale procedura.

Il raggruppamento di imprese era stato escluso dalla gara, sulla scorta del combinato disposto tra l'art. 38, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 163 del 2006 (che disponeva la esclusione per le imprese *“che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267”*) e il richiamato art. 186-bis, comma 6, della Legge fallimentare laddove come detto dispone che *“l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria”*).

Il Tar Lazio, dopo aver ritenuto applicabili al caso di specie le norme del **“vecchio codice dei contratti pubblici** (d.lgs. 163/2006), ha passato in rassegna la normativa in questione, osservando che:

- **l'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, al comma 1, lett. a)**, indica, tra i requisiti generali di partecipazione prescritti, anche l'assenza di stato di fallimento, di liquidazione coatta e di concordato preventivo;
- è consolidato in giurisprudenza il **principio** per cui *“il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, in quanto, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col principio del favor participationis, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente, dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica”* (cfr. ex multis Ad. Plen. 20 luglio 2015 n.8);

- la disposizione del succitato articolo 38, può subire una **deroga** unicamente nelle ipotesi previste dall'**articolo 186-bis della Legge Fallimentare**, ma ai sensi del comma 6 di tale disposizione soltanto nei casi di sottoposizione a concordato preventivo di continuità da parte di un'**impresa singola** oppure di impresa **mandante** di un raggruppamento temporaneo, e non anche qualora l'impresa sottoposta a detta procedura concorsuale sia quella capogruppo (**la mandataria**);
- di conseguenza, la deroga in questione non può essere applicata al caso di specie, con conseguente legittima **esclusione** del raggruppamento di imprese la cui mandataria sia sottoposta a concordato preventivo di continuità.

Il Tar Lazio, tuttavia, ha rilevato che la pedissequa applicazione della richiamata normativa prevista dal vecchio codice dei contratti, faccia sorgere seri dubbi di ragionevolezza, dettati in primo luogo dalla *ratio* che – a parere della Sezione remittente – ispira la disciplina del concordato preventivo di continuità, quale istituto finalizzato ad *“..incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che quella di assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevino”*, nella prospettiva di favorire *“la continuazione dei contratti in corso”*, conciliando così *“le esigenze di **salvaguardia delle imprese in crisi**, nel quadro del sostegno e dell'impulso al sistema produttivo del Paese, tesi a fronteggiare la situazione generale di congiuntura economico-finanziaria e sociale, con le esigenze di pari spessore del conseguimento effettivo degli obiettivi di stabilità e di crescita”*.

Alla luce di ciò, sarebbe quindi **irragionevole** escludere dalla gara un raggruppamento di imprese la cui mandataria sia stata, nelle more della procedura, sottoposta a concordato preventivo di continuità, non rinvenendosi tratti distintivi rispetto alla situazione in cui sia coinvolta un'impresa mandante oppure un'impresa singola offerente.

Inoltre, la ritenuta irragionevolezza – che, secondo il TAR Lazio, determina anche la possibile **violazione dell'art. 41 Cost.**, nel senso di ingiustificata limitazione della **libertà di iniziativa economica**, nonché del **principio euro-unitario di concorrenza** – sarebbe anche confermata dalla lettura dell'art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016 (nuovo codice dei contratti), il quale stabilisce che *“Le **stazioni appaltanti** escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:... b) l'operatore economico si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, **salvo il caso di concordato con continuità aziendale**”*, non operando dunque alcuna distinzione in base al ruolo assunto dall'operatore economico se singolo o in RTI e in tal caso se mandante o mandatario.

La summenzionata disciplina – la quale riveste carattere speciale e prevalente rispetto a quella dell'art. 186-bis della Legge fallimentare (disposizione che, infatti, non è più richiamata nel codice) – conferma infatti che, **nell'attuale sistema delle gare pubbliche**, la deroga al divieto di **partecipazione** valga indipendentemente da quale sia la posizione rivestita, all'interno del raggruppamento temporaneo, dall'impresa che è assoggettata a concordato con continuità aziendale.

Sicché, anche per tali ragioni, appare *“..incongruo, irragionevole ed ingiustificato...”* escludere un raggruppamento temporaneo di imprese per il solo fatto che l'impresa mandataria, in corso di gara, è stata soggetta alla procedura di concordato con continuità aziendale.

Pertanto, sulla scorta di tali considerazioni, il TAR Lazio ha ritenuto *“...**rilevante e non manifestamente infondata** la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto fra l'art. 38, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 186-bis, commi 5 e 6, del r.d. n. 267 del 1942 (introdotto dall'art. 33, comma 1, lett. h), del decreto-legge n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134 del 2013), per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 41 e 117, comma 2, lett. a), Cost., laddove consente*

la partecipazione alle gare pubbliche alle imprese singole, se sottoposte a concordato con continuità aziendale, ed ai raggruppamenti temporanei di imprese, ove vi sia sottoposta una mandante, ma la vieta ai raggruppamenti temporanei di imprese nel caso in cui sia la mandataria assoggettata a tale procedura..”, ed ha conseguentemente rimesso tale questione alla Corte Costituzionale.

A tale decisione ha fatto poi seguito la sentenza del TAR Toscana n. 491 del 3 aprile 2019⁵, che esaminando la normativa vigente in maniera netta ha concluso per la abrogazione implicita del divieto sancito dall'art. 186, 6 comma, L.F..

⁵ “...Per venire al caso di specie, la ricorrente contesta violazione dell'art. 186-bis, comma 6, R.d. n. 267/1942, secondo cui l'impresa ammessa al concordato in continuità aziendale, e tale è la controinteressata, può concorrere nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese purché non rivesta, come nel caso di specie, la qualità di mandataria.

Le parti resistenti replicano che la ricorrente conosceva, o comunque avrebbe dovuto conoscere, tale condizione al momento di pubblicazione del provvedimento di ammissione alla gara.

Esse però non forniscono prova sufficiente di tale circostanza. Non è infatti dato sapere se essa emergesse dal suddetto provvedimento o da quelli acquisibili nel momento in cui è stato reso noto e la relativa prova avrebbe dovuto essere fornita da loro in base al generale principio espresso dall'art. 2967 c.c. Non può poi ritenersi presuntivamente, come pretenderebbe la controinteressata, circostanza assodata che la sua ammissione al concordato in continuità aziendale fosse un fatto conosciuto della ricorrente in quanto operatrice del settore, poiché non vengono forniti indizi gravi, precisi e concordanti a supporto della stessa e l'essere “operatore di settore” non appare sufficiente a tale scopo.

Per tali ragioni deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità del primo motivo di gravame formulato dalla ricorrente.

4. Venendo alla trattazione della censura nel merito, il Collegio è consapevole dell'esistenza di diversi orientamenti sulla questione proposte dalla ricorrente. Essa lamenta la mancata applicazione, da parte della stazione appaltante, della norma di cui all'articolo 186 bis, comma sesto, R.d. n. 267/1942 secondo cui l'impresa in concordato con continuità aziendale può concorrere nelle gare per pubblici appalti purché non rivesta la qualità di mandataria, come la controinteressata nel caso di specie. L'articolo 186 bis, e con esso l'istituto del concordato con continuità aziendale, è stato inserito nella legge fallimentare dall'articolo 33, comma 1, lett. h) del decreto legge 23 giugno 2012, n. 83 convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134.

Secondo una recente interpretazione l'omologazione del concordato, che è avvenuta nel caso di specie con decreto del Tribunale di Genova 24 novembre 2014, chiude la procedura concordataria a norma dell'art. 181 R.d. n. 267/1942; a seguito di tale provvedimento l'imprenditore ritorna in bonis e, pertanto, non vi è ragione di limitarne l'attività. L'art. 181 prevede genericamente che “la procedura di concordato preventivo si chiude... con l'omologazione” senza operare alcuna distinzione, pertanto, intervenuto il decreto di omologazione del Tribunale l'impresa non è più “in stato” di concordato né sarebbe più “in corso” la relativa procedura. Ne segue che non operano i divieti di legge con riferimento alla partecipazione alle pubbliche gare e neppure sussistono gli obblighi documentali che sarebbero esigibili limitatamente alle imprese che siano “in stato” o “in corso” di concordato (C.d.S. V, 29 maggio 2018 n. 3225).

In senso contrario, è stato stabilito che la chiusura del concordato la quale, ai sensi dell'art. 181 della legge fallimentare, fa seguito alla definitività del decreto o della sentenza di omologazione, pur determinando la cessazione del regime di amministrazione dei beni previsto, durante il corso della procedura, dall'art. 167 non comporta (salvo che alla data dell'omologazione il concordato sia stato già interamente eseguito) l'acquisizione in capo al debitore della piena disponibilità del proprio patrimonio. Questo infatti resta vincolato all'attuazione degli obblighi da lui assunti con la proposta omologata, dei quali il Commissario Giudiziale è tenuto a sorvegliare l'adempimento secondo le modalità stabilite nella sentenza (o nel decreto) di omologazione. Ne segue che la fase di esecuzione, nella quale si estrinseca l'adempimento del concordato, non può ritenersi scissa, e come a sé stante, rispetto alla fase procedimentale che l'ha preceduta (Cass. I, ord.za 10 gennaio 2018 n. 380) e non vi sarebbe quindi ragione per non ritenere operanti anche in tale fase i divieti di legge con riferimento alla partecipazione alle pubbliche gare.

Ritiene il Collegio che la questione debba essere risolta non indagando gli aspetti civilistici che regolamentano l'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale, bensì a partire dal dato testuale normativo.

Le cause di esclusione dalle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, sotto il profilo (della mancanza) dei necessari requisiti soggettivi, sono stabilite dall'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici. Per quanto rileva nella presente sede, la disposizione di cui al comma 5, lett. b) del medesimo statuisce che devono essere escluse dalla partecipazione alle gare d'appalto, tra le altre, le imprese che si trovino in stato di concordato preventivo “salvo il caso di concordato con continuità aziendale” e “fermo restando quanto previsto

Partendo dalla ricostruzione normativa contenuta dall'articolo 80 del D. Lgs. 50/2016, con particolare riferimento a quanto stabilito dal comma 5, lett. b) secondo cui non possono partecipare alle gare le imprese che si trovano, tra l'altro, in concordato preventivo, ma con una espressa eccezione per l'ipotesi del concordato con continuità aziendale, il giudice amministrativo evidenzia come vi sia un chiaro contrasto tra questa previsione, che ammette incondizionatamente la partecipazione alle gare di imprese in concordato con continuità e quella dell'art. 186 bis L.F., che, invece, sembra precludere che dette imprese assumano il ruolo di mandatarie in un raggruppamento temporaneo.

Partendo dalla premessa del ritenuto contrasto normativo il Tar Toscana risolve facendo riferimento al criterio cronologico, cioè al principio generale della successione delle leggi nel tempo. Così poiché la disposizione contenuta nell'art. 80 del D. Lgs. 50/2016 è successiva alla previsione dell'art. 186bis L.F., si deve ritenere che la prima abbia abrogato implicitamente la seconda. A sostegno di tale conclusione il Giudice amministrativo sottolinea come la disposizione dell'art. 80

dall'articolo 110" del medesimo Codice. La norma quindi esclude dal proprio ambito di applicazione e, con ciò, dal novero delle circostanze espulsive la procedura di concordato con continuità aziendale.

Si manifesta quindi un contrasto tra questa disposizione e quella contenuta nella legge fallimentare, secondo cui alle imprese ammesse al concordato con continuità aziendale è interdetto partecipare alle gare d'appalto quali mandatarie di un raggruppamento temporaneo di imprese.

Il conflitto tra le norme può essere risolto secondo il criterio cronologico.

La disposizione della legge fallimentare, come sopra citato, è venuta alla luce con il decreto legge 23 giugno 2012, n. 83 convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134.

La norma di cui all'articolo 80, comma 5, lett. b) del Codice dei contratti pubblici è invece venuta alla luce con il d.lgs. n. 50/2016 e, quindi, successivamente alla prima. Questa pertanto, in base al criterio cronologico di soluzione dei conflitti tra norme, deve ritenersi implicitamente abrogata.

La disposizione di cui al citato art. 80, comma 5, lett. b) d.lgs. n. 50/2016 ha innovato rispetto a quanto prevedeva il previgente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che all'articolo 38, comma 1, lett. a) comminava l'esclusione alle imprese che si trovassero in stato di concordato preventivo, senza effettuare alcuna distinzione. La differenza tra il precedente e l'attuale Codice dei contratti pubblici va interpretato quale indice della volontà legislativa di ammettere alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici le imprese che si trovino in concordato preventivo con continuità aziendale, salva restando la necessità di autorizzazione del giudice delegato (elemento che non è in discussione nella presente controversia): in tali termini può essere interpretato il rimando effettuato dal citato articolo 80, comma 5, lett. b) del Codice dei contratti pubblici al proprio articolo 110 il quale, al comma 3, prevede che "il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato... possono:

*a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;
b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale".*

La sentenza del Consiglio di Stato 3 gennaio 2019, n. 69, citata dal procuratore della ricorrente in udienza a sostegno delle proprie ragioni, è inconferente rispetto al caso di specie poiché afferma la necessità, per l'impresa ammessa al concordato preventivo, di ottenere una preventiva autorizzazione giudiziaria a partecipare alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici (che può essere anche contenuta nel decreto di omologazione): questo elemento non è in discussione nel caso di specie...".

abbia innovato in modo radicale rispetto a quanto previsto dall'art. 38 del D. Lgs. 163/2006, che escludeva dalla partecipazione alle gare le imprese in concordato preventivo. La disposizione dell'art. 80 va dunque intesa come un'esplicita volontà del legislatore di mutare radicalmente prospettiva con una norma di favore per le imprese in concordato in continuità. Alla luce della *ratio* della norma non vi è quindi ragione di circoscriverne l'ambito di applicazione, precludendo la possibilità che le imprese in concordato possano assumere il ruolo di mandatarie nell'ambito di raggruppamenti temporanei. Resta, quindi, solo la necessità per l'impresa in concordato che voglia partecipare a gare, in qualità di mandataria, di ottenere l'autorizzazione del Tribunale ovvero del Giudice Delegato, secondo quanto deducibile dal rinvio operato dall'art. 80 al successivo art. 110 del D.Lgvo 50/2016.

Tale decisione è stata appellata dinanzi il Consiglio di Stato, che pur non condividendo la tesi della abrogazione tacita dell'art. 186, sesto comma, L.F., ha tuttavia dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione in riferimento agli articoli 3, 41 e 97, della Costituzione (crf. ordinanza del Consiglio di Stato n. 3938 del 12 giugno 2019).

Secondo il Consiglio di Stato infatti l'art. 80, comma 5, lett. b) del codice dei contratti – prima peraltro delle modifiche introdotte dal decreto sblocca cantieri – pone la regola generale della causa di esclusione dell'operatore che “*si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo*”, fissando la deroga dell'operatore ammesso in concordato in continuità aziendale, mentre l'art. 186, sesto comma, L.F. disciplina il caso specifico della partecipazione dell'operatore economico in raggruppamento temporaneo (prevedendo che la partecipazione in tal caso è consentita purchè non rivesta il ruolo di mandataria e le altre imprese componenti il raggruppamento non siano assoggettate ad altra procedura concorsuale) per cui secondo il Supremo Consesso “*il rapporto tra l'art. 80, comma 5, lett. b) del codice dei contratti pubblici e l'art. 186 – bis, comma 6, della*

legge fallimentare è, dunque, un rapporto di specialità, il quale, naturalmente, presuppone la contemporanea vigenza delle due disposizioni”.

Proseguendo poi il Consiglio di Stato ha affrontato la tesi del riacquisto della piena capacità contrattuale dell'operatore economico in seguito alla pronuncia di omologazione del concordato, che ha ritenuto non condivisibile, ma di cui parleremo oltre, e quindi ha affrontato la questione della legittimità della norma, che ha ritenuto non manifestamente infondata.

In particolare il Consiglio di Stato ha ritenuto che la scelta del legislatore tramite la norma in discussione non è ragionevole ai sensi dell'art. 3 della Cost., non essendovi ragione che giustifichi la differente disciplina per l'impresa che partecipi nella forma aggregata del raggruppamento temporaneo di impresa assumendo il ruolo di mandataria rispetto la impresa singola ovvero l'impresa che nell'ambito del raggruppamento rivesta la qualifica di mandante, stante la sostanziale identità del potere e responsabilità contrattuali assunte, laddove anzi semmai *“il regime di responsabilità previsto dal codice per il caso in cui le imprese siano aggregate in raggruppamento temporaneo risulta, per la stazione appaltante, di maggiore garanzia di quello necessitato dalla contrattazione con unico operatore economico, come sempre accade nel caso in cui sia prevista la solidarietà dal lato passivo dell'obbligazione poiché è consentito al creditore di avvalersi del patrimonio di più debitori tra i quali scegliere quello che appare maggiormente solvibile.”*

Inoltre il Consiglio di Stato ha ravvisato altresì la incoerenza di una siffatta norma rispetto la sua funzione volta a tutelare i creditori dell'impresa in concordato, laddove *“negando all'impresa la chance di ottenere un flusso di denaro utile al superamento dello stato di crisi derivante dall'esecuzione dell'appalto potrebbe produrre una situazione vieppiù pregiudizievole per le ragioni creditorie, aprendo la strada al fallimento dell'imprenditore e, dunque, ad una comparativamente minore possibilità di soddisfazione delle loro ragioni. E ciò tanto più che il mandatario di un raggruppamento, rispetto all'imprenditore che partecipi singolarmente, esegue una parte, sia pure maggioritaria, dell'opera o dei servizi e*

forniture e, per questo, ha maggior possibilità dell'altro di portare a termine correttamente l'impegno assunto. Appare quindi irragionevole, rispetto agli obiettivi avuti di mira, un divieto assoluto a livello legislativo, tale da impedire a priori il giudizio prognostico in piena cognitio demandato al giudice della procedura, che valuti per il tipo di impegno che intenda assumere l'impresa se i mezzi dei quali dispone siano adeguati e facciano ragionevolmente prevedere l'esito positivo dell'affare. La disciplina in esame risulta pertanto intrinsecamente illogica nella misura in cui sottrae al giudice della procedura (e in genere agli organi preposti) ogni valutazione comparata tra commessa da affidare e stato dell'impresa. Il regime di responsabilità del mandatario (come pure dei mandanti) è, dunque, identico a quello dell'impresa che abbia stipulato il contratto singolarmente e consiste nell'obbligo all'esecuzione per intero della prestazione in contratto o all'integrale risarcimento del danno per inadempimento".

Il Consiglio di Stato ha, altresì, ritenuto che il divieto imposto da tale norma pone una ingiusta limitazione alla autonomia privata dell'imprenditore, in contrasto con le garanzie costituzionali di cui all'art. 41 Cost., rispondendo *"all'utilità sociale non già limitarne la sua libertà contrattuale, ma anzi favorirne il massimo dispiegarsi, per l'acquisizione di clientela di sicura solvibilità, come è il soggetto pubblico, e, così giovarsi di denaro da reimpiegare nell'attività di impresa."*

E ancora - secondo il Consiglio di Stato - il divieto imposto da tale norma viola anche l'art. 97, poichè *"determina una ingiustificata limitazione del potere di scelta spettante in via generale alle pubbliche amministrazioni, che non potrà, per questa sola ragione, contrattare con un'impresa che potrebbe rivelarsi la più qualificata e capace ad eseguire la commessa (o parte della commessa) posta a gara, e nei cui confronti gli organi della procedura concorsuale esprimano un giudizio di compatibilità di tale partecipazione rispetto alla sua situazione economico-patrimoniale e di convenienza per i creditori."*

Ebbene a fronte di tali pronunce non pienamente condivisibile è la tesi del Consiglio di Stato della perdurante vigenza dell'art. 186,6 comma, L.F., anche dopo l'entrata in vigore del Codice degli appalti.

In effetti l'art. 110 e l'art. 80 del codice non distinguono in base al ruolo rivestito ed assunto ai fini della partecipazione alla gara dall'operatore economico, il quale termine viene utilizzato dal legislatore per indicare appunto i soggetti che partecipano nei raggruppamenti temporanei sia in qualità di mandatario sia in qualità di mandante (v. art. 48).

D'altra parte come evidenziato pure dal TAR Lazio nella citata ordinanza, non era da ritenere un caso che in entrambe le citate disposizioni il legislatore - prima si noti delle modifiche introdotte dal decreto sblocca cantieri - avesse evitato di richiamare l'art. 186 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, contemplato, invece, dal precedente art. 38, comma primo, del d.lgvo 163/2006, richiamando piuttosto l'istituto del "concordato con continuità aziendale".

Del resto l'art. 110 citato fa seguito al richiamo contenuto nella direttiva comunitaria 2014/23/UE, volto a consentire agli Stati membri compatibilmente con le rispettive regolamentazioni nazionali, di sostenere la partecipazione alle gare di appalto anche di imprese insolventi e di evitare che la dichiarazione di insolvenza dell'appaltatore si configuri quale causa automatica di scioglimento dei contratti pubblici, con l'obiettivo evidente di assicurare una maggiore tutela della impresa in crisi e dunque di garantire il mantenimento dei livelli occupazionali (v. art. 57 della citata Direttiva⁶).

⁶ *Articolo 57*

Motivi di esclusione

1.

4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:

a)ove l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2;

b)se l'operatore economico è in stato di fallimento o è oggetto di una procedura di insolvenza o di liquidazione, se è in stato di amministrazione controllata, se ha stipulato un concordato preventivo con i creditori, se ha cessato le sue attività o si trova in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile ai sensi di leggi e regolamenti nazionali;

c)se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;

Pertanto le suddette disposizioni del nuovo codice degli appalti – almeno fintantochè non sono entrate in vigore le modifiche introdotte dal decreto sblocca cantieri - risultavano incompatibili con il divieto stabilito dall’art. 186, comma sesto, della L.F. ed in quanto leggi posteriori, oltrechè speciali, regolando direttamente la materia dei contratti pubblici, dovevano ritenersi prevalenti.

E tale impostazione è stata ribadita anche nelle “*linee-guida provvisorie*” del 13 giugno 2018 redatta dall’ANAC, aventi ad oggetto i “Requisiti aggiuntivi delle

-
- d) se l’amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l’operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza;
 - e) se un conflitto di interessi ai sensi dell’articolo 24 non può essere risolto efficacemente con altre misure meno intrusive;
 - f) se una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d’appalto di cui all’articolo 41 non può essere risolta con altre misure meno intrusive;
 - g) se l’operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili;
 - h) se l’operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l’assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all’articolo 59; o
 - i) se l’operatore economico ha tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell’amministrazione aggiudicatrice, ha tentato di ottenere informazioni confidenziali che possono conferirgli vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione dell’appalto, oppure ha fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un’influenza notevole sulle decisioni riguardanti l’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione.

Fermo restando il primo comma, lettera b), gli Stati membri possono esigere o prevedere la possibilità che l’amministrazione aggiudicatrice non escluda un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui a tale lettera, qualora l’amministrazione aggiudicatrice abbia stabilito che l’operatore economico in questione sarà in grado di eseguire il contratto, tenendo conto delle norme e misure nazionali applicabili in relazione alla prosecuzione delle attività nelle situazioni di cui alla lettera b).

....

6. Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l’esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l’operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d’appalto.

A tal fine, l’operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall’illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell’illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l’operatore economico riceve una motivazione di tale decisione. Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di aggiudicazione delle concessioni non è autorizzato ad avvalersi della possibilità prevista a norma del presente paragrafo nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza è effettiva.

7. In forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell’Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo. In particolare essi determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l’operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4.

imprese fallite o ammesse al concordato ai sensi dell'articolo 110, quinto comma, lettera b) del Codice", che al punto 3.4 prevede che *"...l'operatore economico in concordato preventivo con continuità aziendale ovvero in fallimento con autorizzazione all'esercizio provvisorio può rivestire, nella procedura selettiva a cui partecipa in formazione plurisoggettiva, anche la qualità di mandataria o capofila..."*.

In proposito lo stesso Consiglio di Stato, il che ad avviso di chi scrive è quantomeno significativo, nel parere n. 1940/2018 in merito allo schema di decreto legislativo recante il codice della crisi e della insolvenza aveva evidenziato che *"al fine di coordinare la disciplina contenuta nel codice con le disposizioni di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, si suggerisce di sostituire il comma 5 con il seguente: "Fermo quanto previsto dal comma 4, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese. Si applica l'art. 48 d.lg. 18 aprile 2016 n. 50"*, ritenendo quindi incompatibili le disposizioni del codice degli appalti con la preclusione stabilita dall'art. 186, sesto comma, L.F.

Ad ogni buon conto è certamente da accogliere con favore la posizione del giudice amministrativo di rimettere la questione di legittimità costituzionale della norma dinanzi la Corte.

Tale disposizione in effetti, ove ritenuta ancora vigente ed efficace, pone una discriminazione incoerente ed irragionevole, in contrasto proprio con i principi della Carta Costituzionale tra la impresa ammessa al concordato in continuità che partecipa uti singula e l'impresa, che invece partecipa quale mandataria.

In entrambi i casi, infatti, l'impresa risponde dell'intero oggetto dell'appalto (nel primo caso in via diretta, nel secondo in via indiretta per la parte eseguita dalle mandanti), ma nondimeno solo nella prima ipotesi potrebbe partecipare alla gara. Oltretutto la responsabilità in solido della mandataria è per tutto assimilabile a quella della impresa singola, che subappalti parte delle lavorazioni alla medesima affidate entro la quota di legge: anche in tal caso rispondendo, oltrechè delle proprie attività, anche di quelle eseguite dal subappaltatore, nonché alla

situazione della mandante in caso di ATI orizzontale, ove la medesima è responsabile in solido con la mandataria dei lavori eseguiti.

Senza poi considerare che una ulteriore irragionevole discrasia sussiste tra la mandataria di Ati partecipante e la mandataria di Ati che, al momento della presentazione della domanda di concordato in continuità, abbia già sottoscritto il contratto di appalto, alla quale (stante la natura eccezionale della norma di stretta interpretazione) non si applica il divieto che riguarda unicamente la partecipazione alle gare.

Né ancora il divieto può trovare ragione nei tempi necessari alla impresa per ricevere le occorrenti autorizzazioni da parte del Tribunale e/o del Giudice Delegato, posto che, ai fini della partecipazione e aggiudicazione della gara, le attestazioni di capacità di adempimento del contratto e/o di garanzia di un altro operatore sarebbero assolutamente identiche.

Non è chi non veda dunque che non vi è ragione almeno logica e razionale per distinguere tra la impresa singola e la impresa mandataria ai fini della partecipazione alle gare ove entrambe siano ammesse al concordato con continuità aziendale.

Tale discriminazione, dunque, come esattamente colto dal Consiglio di Stato e prima ancora dal TAR, si pone in contrasto non soltanto con il fondamentale principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, ma di fatto viola anche l'art. 47 che tutela e garantisce la libertà di iniziativa economica, pregiudicando l'autonomia privata e le scelte e determinazioni assunte dalle imprese nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, nonché l'art. 97 che tutelando la efficacia ed efficienza della attività amministrativa, dovrebbe favorire la individuazione della offerta economicamente più vantaggiosa per la amministrazione .

D'altra parte in tal modo si assiste anche ad una compromissione della libera concorrenza, che risulta contraria anche ai principi di diritto comunitario, in quanto, di fatto, volta a pregiudicare le aggregazioni di imprese che, invece,

nell'ambito del settore delle opere pubbliche sono favorite e tutelate costituendo lo strumento che garantisce la espansione del mercato tramite la partecipazione anche alle piccole e medie imprese.

*

Sicuramente quanto appena esposto risulta in parte intaccato dalle recenti modifiche introdotte dal legislatore mediante il richiamato decreto c.d. sblocca cantieri.

Oltre alle modifiche apportate all'art. 110 del Codice e dianzi ricordate, il legislatore urgente è intervenuto anche sull'art. 80 così modificando il precedente testo della lettera b):

b) l'operatore economico sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dagli articoli 110 [del presente Codice - n.d.r.] e 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

Il richiamo, ora esplicito all'art. 186-bis L.F, pare confutare la tesi della abrogazione implicita di tale norma a seguito dell'entrata in vigore del Codice degli Appalti, anche se nulla osta a continuare a sostenere la abrogazione implicita del solo divieto stabilito dal comma 6.

E' anche vero - ma francamente stante la decisione del Consiglio di Stato difficilmente sostenibile - che almeno fino all'entrata in vigore del D.L. 32/2019, può sostenersi che l'art. 80 e 110 del Codice degli appalti configurassero una deroga a quanto previsto dall'art. 186, 6° co. L.F., che è stata rimossa soltanto con l'intervento del legislatore urgente.

Ad ogni modo a rendere tale tesi difficilmente percorribile vi è la circostanza che l'art. 95 del codice della crisi e della insolvenza, le cui previsioni come detto il decreto sblocca cantieri ha voluto in parte anticipare, ricalca sostanzialmente quanto disposto dall'art. 186 bis L.F. anche riguardo la preclusione della partecipazione della mandataria in concordato in continuità .

“Articolo 95 Disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni

1. Fermo quanto previsto nell'articolo 97, i contratti in corso di esecuzione, stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto del deposito della domanda di concordato. Sono inefficaci eventuali patti contrari.

2. Il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti con le pubbliche amministrazioni, se il professionista indipendente ha attestato la conformita' al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacita' di adempimento. Di tale continuazione puo' beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la societa' cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti, purché in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. Le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato liquidatorio quando il professionista indipendente attesta che la continuazione e' necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio.

3. Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 40, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato.

4. L'autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la conformita' al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacita' di adempimento del contratto.

5. Fermo quanto previsto dal comma 4, l'impresa in concordato puo' concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualita' di mandataria e sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale.”

Esaminando poi la relazione illustrativa, ove il legislatore ha spiegato il contenuto e la ratio delle varie disposizioni, si legge che *“quanto all’articolo 95, sono stati accolti pressoché tutti i suggerimenti, come illustrato nel commento alla norma. Si è tuttavia preferito mantenere il limite attualmente previsto dall’art. 95, comma 5, secondo cui l’impresa in concordato può partecipare alle procedure di affidamento anche se facente parte di un raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria, **considerato che si tratta pur sempre di un’impresa soggetta alla vigilanza del commissario giudiziale e del tribunale e che necessita di autorizzazione per il compimento di una serie di atti.** Inoltre, si è accolto il suggerimento di modificare, coordinandolo alla disciplina dell’art. 95, l’art. 110 del codice dei contratti pubblici e, di conseguenza, per ragioni di indispensabile coordinamento, l’art. 80 del medesimo codice. I contenuti dell’intervento, che ha comportato l’introduzione del nuovo art. 372 e portato il numero complessivo degli articoli di cui si compone il codice a 391, sono illustrati nel commento alla norma. “*

In tal modo il legislatore ha inteso rispondere alle osservazioni ricevute dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 1940/2018 in merito allo schema di decreto legislativo recante il codice della crisi e della insolvenza, ove, come detto, il Consiglio di Stato aveva giustappunto evidenziato che *“al fine di coordinare la disciplina contenuta nel codice con le disposizioni di cui all’art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, si suggerisce di sostituire il comma 5 con il seguente: “Fermo quanto previsto dal comma 4, l’impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese. Si applica l’art. 48 d.lg. 18 aprile 2016 n. 50”.*

Si tratta evidentemente di giustificazioni non condivisibili e fin troppo superficiali che non tengono conto dei gravi effetti giuridici in termini di discriminazione e sperequazione che provocano, ma che purtroppo lasciano pochi margini all’interprete che è destinato ad applicare la norma.

E' dunque evidente che finchè non si avrà un intervento della Corte Costituzionale sulla effettiva legittimità dell'art. 186, 6° co. L.F., che di fatto dispone una ingiustificata discriminazione tra la impresa mandataria e la impresa singola e/o mandante, e auspicando che ciò induca il legislatore a rivedere anche la previsione di cui al successivo e futuro art. 95 del codice della crisi e della insolvenza, deve concludersi per la perdurante vigenza ed efficacia di tale divieto che impedisce la partecipazione alle gare ad evidenza pubblica alla impresa in concordato in continuità ogni qualvolta la medesima rivesta la posizione di mandataria di RTI.

Un intervento che la esperienza recente (sono sempre più numerose, purtroppo le società che ricorrono alla procedura di concordato in continuità) si rende quantomeno urgente onde favorire quella continuità aziendale che è poi la funzione perorata dal legislatore con l'art. 33, comma 1, lettera h), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134 .

*

Una ulteriore questione riguarda poi la operatività dei divieti e limitazioni imposte dall'art. 186 bis L.F. anche dopo la chiusura formale della procedura concorsuale.

Secondo la recente interpretazione giurisprudenziale l'omologazione del concordato chiude la procedura concordataria a norma dell'art. 181 del R.d. n. 267/1942 ed a seguito di tale provvedimento l'imprenditore ritorna *in bonis* e, pertanto, non vi è ragione di limitarne l'attività. L'art. 181 prevede genericamente che "*la procedura di concordato preventivo si chiude... con l'omologazione*" senza operare alcuna distinzione, pertanto, intervenuto il decreto di omologazione del Tribunale l'impresa non è più "*in stato*" di concordato né sarebbe più "*in corso*" la relativa procedura.

Ne segue che non operano i divieti di legge con riferimento alla partecipazione alle pubbliche gare e neppure sussistono gli obblighi documentali che sarebbero

esigibili limitatamente alle imprese che siano "in stato" o "in corso" di concordato (in termini Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225).

In senso contrario, secondo un altro orientamento è stato stabilito che la chiusura del concordato, a cui fa seguito alla definitività del decreto o della sentenza di omologazione, non comporta (salvo che alla data dell'omologazione il concordato sia stato già interamente eseguito) l'acquisizione in capo al debitore della piena disponibilità del proprio patrimonio. Questo infatti resta vincolato all'attuazione degli obblighi da lui assunti con la proposta omologata, dei quali il Commissario Giudiziale è tenuto a sorvegliare l'adempimento secondo le modalità stabilite nella sentenza (o nel decreto) di omologazione.

Ne consegue che la fase di esecuzione, nella quale si estrinseca l'adempimento del concordato, non può ritenersi scissa, e come a sé stante, rispetto alla fase procedimentale che l'ha preceduta e non vi sarebbe quindi ragione per non ritenere operanti anche in tale fase i divieti di legge con riferimento alla partecipazione alle pubbliche gare (cfr. Cass. I, ord.za 10 gennaio 2018 n. 380).

E tale impostazione è stata condivisa anche dal Consiglio di Stato nella sopra richiamata ordinanza, avendo il Supremo Consesso chiarito che:

“a) l’art. 181 della legge fallimentare, al primo periodo, stabilisce che “La procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell’art. 180”; nulla è detto circa la situazione dell’impresa nel periodo temporale successivo all’omologazione del concordato, che, invece, è disciplinata dall’art. 136 della legge fallimentare, rubricato, infatti, “Esecuzione del concordato” con la previsione per la quale “Dopo l’omologazione del concordato il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori ne sorvegliano l’adempimento, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione”, vale a dire riconoscendo agli organi della procedura concorsuale ampi poteri di intervento.

b) l’art. 80, comma 5, lett. b) codice dei contratti pubblici distingue tra operatore economico che “si trovi in stato” di concordato preventivo, e operatore che abbia “in corso un procedimento per la dichiarazione” di tale situazione: siccome, per

espressa indicazione dell'art. 181 citato, il procedimento si chiude con l'omologazione del concordato, l'operatore "in stato di concordato preventivo" non potrà che essere quell'operatore già ammesso al concordato, con conseguente sua sottoposizione alle norme che disciplinano le cause di esclusione degli operatori in procedura concorsuale;

c) la Corte di Cassazione, sez. I, con ordinanza 10 gennaio 2018, n. 380 ha dettato un principio generale, valevole per ogni attività da intraprendere successivamente all'omologazione del concordato precisato che "la chiusura del concordato che ai sensi dell'articolo 181 l. fall., fa seguito alla definitività del decreto o della sentenza di omologazione, pur determinando la cessazione del regime di amministrazione dei beni previsto, durante il corso della procedura, dall'articolo 167, non comporta (salvo che alla data dell'omologazione il concordato sia stato già interamente eseguito) l'acquisizione in capo al debitore della piena disponibilità del proprio patrimonio, che resta vincolato all'attuazione degli obblighi da lui assunti con la proposta omologata, dei quali il Commissario Giudiziale, come espressamente stabilito dall'articolo 185, è tenuto a sorvegliare l'adempimento, "secondo le modalità stabilite nella sentenza (o nel decreto) di omologazione". La fase di esecuzione, nella quale - come si desume dalla stessa rubrica dell'articolo 185 - si estrinseca l'adempimento del concordato, non può allora ritenersi scissa, e come a sé stante, rispetto alla fase procedimentale che l'ha preceduta: l'assoggettamento del debitore, dopo l'omologazione, all'osservanza del provvedimento giurisdizionale emesso ai sensi dell'articolo 180, implica infatti la necessità che egli indirizzi il proprio agire al conseguimento degli obiettivi prefigurati nella proposta presentata ed approvata dai creditori".

d) con specifico riguardo alle procedure di evidenza pubblica, il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza 3 gennaio 2019, n. 69, ha chiarito che se l'operatore economico in concordato preventivo con continuità aziendale, che intenda partecipare ad una procedura di gara, non ha richiesto la necessaria autorizzazione al Tribunale durante la procedura (sin dalla presentazione del ricorso), ovvero se

detta autorizzazione non possa ricavarsi dall'omologazione del concordato, egli, intervenuta la pronuncia di omologazione potrà (e dovrà) richiedere l'autorizzazione al giudice delegato così come prescritto dall'art. 110, comma 3, del codice dei contratti pubblici ovvero presentare domanda di partecipazione alle condizioni di cui all'art. 186 – bis, comma 5 della legge fallimentare;

- è così riconosciuto che, avvenuta l'omologazione del concordato, l'operatore economico non riacquista la piena capacità di agire, che avrebbe quale inevitabile conseguenza la facoltà di presentare liberamente domanda di partecipazione alle procedure di gara, ma svuoterebbe di significato la disposizione contenuta nell'art. 110, comma 3, citato, cui, invece, lo stesso articolo 80, comma 5, lett. b) del codice dei contratti rimanda per definire le condizioni di partecipazione alle procedure di gara.”

Tuttavia al riguardo si ritiene maggiormente condivisibile la prima tesi, che è quella più aderente al tenore letterale dell'art. 80 del Codice degli Appalti, che, anche dopo le modifiche introdotte dal legislatore urgente, prescrive la esclusione in presenza di una procedura concorsuale di concordato preventivo, la cui chiusura quindi dovrebbe comportare il venire meno della causa di esclusione.

Anche perché, come pure osservato nella sentenza del TAR Toscana dianzi richiamata, le obbligazioni che permangono dopo la chiusura della procedura concorsuale rilevano da un punto di vista strettamente civilistico e quindi a maggiore ragione non possono certamente influire sul diritto del concorrente a partecipare alle future gare.

Ma anche sotto tale profilo è forse auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore.