

La partecipazione alle gare delle imprese che hanno presentato domanda di concordato con continuità “in bianco” – Importanti decisioni del Consiglio di Stato e del TAR Bolzano

Il concordato preventivo con continuità aziendale è disciplinato dall'art. 186-bis del RD 16.03.1942, n. 267, norma introdotta nel corpo della c.d. “Legge fallimentare” dall'art. 33, comma 1, lett. h), del DL 22.06.2012, n. 83, convertito con legge 7.08.2012, n. 134.

Tale disposizione si occupa anche dei contratti con la P.A. e della partecipazione alle gare da quest'ultima indette, stabilendo:

- a) che il deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo con continuità non determina *ex se* la risoluzione dei contratti in corso (anche quelli con la P.A.);
- b) che l'ammissione al concordato preventivo con continuità non impedisce la continuazione dei contratti pubblici in corso, purché il professionista designato ne attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempiervi del debitore ammesso al concordato;
- c) che l'ammissione al concordato preventivo con continuità non impedisce la partecipazione alle procedure di assegnazione dei contratti pubblici, purché l'impresa ammessa a tale forma di concordato presenti in gara la relazione di un professionista, che attesti i medesimi contenuti di cui alla precedente lett. b), nonché una dichiarazione di un altro operatore (munito dei requisiti richiesti per l'affidamento dell'appalto), che assume nei confronti sia del concorrente, sia della stazione appaltante, l'impegno di mettere a disposizione per tutta la durata del contratto le risorse necessarie alla relativa esecuzione e di subentrare al concorrente nel caso di relativo fallimento o di altra ragione d'incapacità a provvedere alla regolare esecuzione dell'appalto.

Come si può constatare, la disciplina testé riassunta si occupa della partecipazione alle gare solo in relazione alla fase che ha origine (ex art. 163 RD 267/1942) con il decreto del Tribunale che dispone l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, decreto da emettersi una volta trascorso il termine assegnato dal Tribunale (ex art. 161, sesto comma, RD 267/1942) per la presentazione della proposta, del piano e della ulteriore documentazione necessaria all'accoglimento del ricorso introduttivo.

A sua volta, l'art. 186-bis si occupa della fase compresa tra il deposito del ricorso e l'ammissione al concordato preventivo con continuità solo relativamente alla sorte dei contratti in corso, stipulati con le PP.AA., disponendo che gli stessi “*non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura*”.

Va, altresì, ricordato che l'art. 38, comma 1, lett. a), del D. Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), nel testo modificato dall'art. 33, comma 2, del DL 22.06.2012, n. 83, convertito con legge 7.08.2012, n. 134, dispone che “*Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure per l'affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti ... i soggetti ... che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso dell'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni*”.

Una prima interpretazione della disposizione sopra riprodotta porta a concludere che:

- 1) l'ammissione (con decreto del Tribunale ex art. 163 RD 267/1942) al concordato preventivo con continuità aziendale non è causa di esclusione dalle gare (ovviamente, purché il concorrente produca la documentazione indicata dal quarto comma dell'art. 186-bis del RD 267/1942);

2) il semplice deposito del ricorso, ex art. 161 RD 267/1942 non è, a sua volta, causa di esclusione dalle gare, e non impone al concorrente alcun particolare onere documentale (come invece previsto per caso di ammissione già disposta con decreto).

Laddove si aderisca all'interpretazione testé riassunta, fino alla pronuncia del decreto con il quale il Tribunale dispone l'ammissione dell'Impresa al concordato preventivo con continuità aziendale la stessa Impresa può dichiarare *“di non trovarsi 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 che nei propri riguardi non è in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”*.

Esibendo la dichiarazione di cui sopra, l'impresa non potrà essere tacciata di aver reso *“falsa dichiarazione”* in merito ai requisiti rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, circostanza che a sua volta costituisce causa di esclusione a norma dell'art. 38, comma 1, lett. h), del D. Lgs. 163/2006.

Le conclusioni sopra illustrate sono condivise dal TAR Friuli - Venezia Giulia, Sez. I, 6.03.2013, n. 146, laddove si afferma che *“esigenze di favor participationis e di valorizzazione delle prospettive di risanamento aziendale, sottese alla ratio della nuova norma fallimentare, cospirano nel senso di ritenere che la sola documentata istanza di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale consente di ammettere l'impresa alla gara pubblica. La lettura della norma auspicata in ricorso, che condiziona all'effettiva ammissione alla procedura concordataria la possibilità di partecipare alla selezione, oltre a sacrificare le suddette esigenze, condurrebbe alla illogica conseguenza di ricondurre l'effetto escludente al deposito della domanda di concordato e non anche al decreto di ammissione alla medesima procedura”*.

Va, peraltro, segnalata l'opposta tesi, sostenuta dal TAR Valle d'Aosta, 18.04.2013, n. 23, secondo cui *“Non possono ... essere condivisi i richiami della difesa della stazione appaltante resistente, ad interpretazioni che tengano conto della ratio della norma introduttiva dell'istituto del concordato con continuità aziendale, tanto da considerare <...ammesse a partecipare a gare e alla stipula dei contratti pubblici non solo le imprese già ammesse al concordato con continuità aziendale, ma anche quelle che – avendo iniziato e diligentemente coltivato il relativo procedimento – siano in attesa della sua conclusione...>”, con la conseguenza che “l'ipotesi che si possa tener conto della ratio della norma introduttiva dell'istituto del concordato con continuità aziendale, tanto da superare la previsione della necessità di ammissione al concordato anteriormente alla conclusione della gara, esporrebbe la procedura di gara ad una durata non preventivabile, anche in conseguenza del possibile esito negativo della procedura concordataria.”*

Giudicando sull'appello avverso alla citata pronuncia del TAR Friuli – Venezia Giulia, la Sezione V del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6272, depositata il 27 dicembre 2013, ha confermato le conclusioni cui era pervenuto il Tribunale di *prime cure*.

In particolare, il Consiglio di Stato confuta la tesi dell'appellante, secondo cui *“sarebbe fatto salvo dall'esclusione il concordato con continuità aziendale se ammesso, mentre nella fase antecedente che va dalla proposizione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo alla dichiarazione di ammissione, sarebbe precluso all'impresa di partecipare alla gara”, perché “in contrasto con la riforma della legge fallimentare operata con il d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012”*.

Secondo il giudice d'appello *“Inibire all'impresa di partecipare alle gare per affidamento dei pubblici contratti nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato (periodo che potrebbe protrarsi anche per un semestre) palesemente confligge con la finalità*

della norma volta a preservare la capacità dell'impresa a soddisfare al meglio i creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti".

Di particolare rilievo è anche l'affermazione per cui *"il punto di equilibrio tra la previsione dell'art. 38, comma 1, lett. a) e l'art. 186-bis della legge fallimentare va individuato nella possibilità dell'azienda in crisi che abbia chiesto l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale di concorrere alle gare e di acquisire le relative commesse, solo se in grado di fornire, qualora risulti aggiudicataria, ma comunque entro il momento dell'aggiudicazione definitiva, la documentazione prevista dall'art. 186-bis, comma 4 della legge fallimentare"*¹.

In tal modo, il Consiglio di Stato fornisce un autorevole indirizzo per risolvere la problematica afferente alle conseguenze - sulla partecipazione ad una gara per l'affidamento di un contratto pubblico - del sopravvenire del decreto di ammissione alla procedura di concordato successivamente alla presentazione dell'offerta (nelle procedure aperte o negoziate) o alla richiesta d'invito (nelle procedure ristrette).

Questione connotata da un'evidente delicatezza, soprattutto alla luce del pacifico indirizzo interpretativo in base al quale *".. i requisiti devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette e devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino alla stipula del contratto"* (così AVCP, Determinazione n. 1, del 12 gennaio 2010; da ultimo, in giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. V, 6.03.2013, n. 1370).

Una "variante" alla fattispecie affrontata nella vicenda giudiziaria conclusasi con la pronuncia in commento, è costituita dal caso in cui l'impresa ammessa al concordato preventivo con il decreto di cui all'art. 163 del R.D. 267/1942 successivamente alla presentazione dell'offerta (nel caso di procedura aperta o negoziata) o della richiesta d'invito (nel caso di procedura negoziata), abbia fatto accesso alla gara non singolarmente, ma quale componenti di un RTI costituita o costituenda.

L'art. 186-bis del R.D. 267/1942 stabilisce al quinto comma che *"Fermo quanto previsto dal comma precedente², 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. In tal caso la dichiarazione di cui al quarto comma, lettera b), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento"*.

Questa peculiare situazione è stata esaminata dal TAR Trentino Alto Adige, Sezione autonoma di Bolzano, con la sentenza n. 364, depositata il 20 dicembre 2013, che ha, innanzi tutto, cercato di chiarire la portata dell'espressione *"impresa in concordato"*, utilizzata nella norma da ultimo riportata.

Secondo il TAR Bolzano, *"La prima interpretazione possibile è che tale sia già l'impresa che abbia depositato la sola domanda di ammissione al concordato preventivo. Depositata la domanda, l'impresa si troverebbe già "in concordato", ancorché appena nella fase iniziale della procedura appena descritta."*

¹ Il riferimento è alla relazione del professionista e alla dichiarazione di "avvalimento" di altro operatore, cui è subordinata la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici da parte di impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale, ai sensi del quarto comma dell'art. 186-bis R.D. 267/1942.

² Il riferimento è alle condizioni (documentali: relazione del professionista e dichiarazione di "avvalimento" di altro operatore) richiamate alla nota precedente.

La seconda interpretazione possibile è che “in concordato” sia l’impresa solo quando la domanda di ammissione sia già stata definitivamente omologata. L’impresa si troverebbe già in fase di attuazione del piano di risanamento, avendo percorso positivamente tutta la procedura concordataria, con l’approvazione sia da parte dei creditori che da parte del tribunale fallimentare

A questo punto il TAR Bolzano si chiede quale sia l’interpretazione corretta e, quindi, da accogliere, rispondendo che è *“La prima, perché la seconda interpretazione porterebbe a conseguenze assurde. La seconda opzione interpretativa porterebbe all’esclusione dell’impresa il cui piano abbia già trovato l’avallo sia dei creditori che del tribunale, mentre l’impresa che ancora non ha neppure depositato il piano di risanamento non verrebbe esclusa. La disparità di trattamento sarebbe evidente, poiché si escluderebbe l’impresa il cui concordato presenta elevate probabilità di successo, mentre non si escluderebbe l’impresa che, se non riuscisse a presentare il piano o che, in caso di piano presentato, non riuscisse a convincere i creditori ed il tribunale in ordine alla sua fattibilità, rischierebbe seriamente il fallimento.”*

Questo ragionamento, peraltro, sottende l’adesione del giudice di primo grado alla tesi che considera interdetta la partecipazione alle gare delle imprese richiedenti il concordato con continuità “in bianco”, fino a quando la domanda non venga completata con la documentazione prescritta dal secondo comma dell’art. 186-bis della Legge fallimentare, in contrapposizione con la pronuncia del Consiglio di Stato n. 6272/2013 dianzi segnalata.

Infatti, il TAR Bolzano richiama anche il *“IV comma, lettera a), dell’articolo 186-bis che impone all’impresa in concordato di presentare “in gara” una relazione da parte di un professionista qualificato che “...attesti la conformità al piano (di risanamento) e la ragionevole capacità di adempimento del contratto...”*.

Orbene, secondo il TAR Bolzano, tra i motivi a fondamento dell’esclusione dell’impresa ricorrente – che aveva partecipato alla gara in qualità di mandataria di un raggruppamento temporaneo già costituito – oltre alla non conformità con il quinto comma dell’art. 186-bis, , va posta anche la violazione del quarto comma, non avendo il ricorrente prodotto la relazione del professionista attestante la conformità del contratto posto in gara al piano concordatario e la ragionevole capacità di adempiervi.

In particolare, il giudice sottolinea che il ricorrente *“non è neppure in grado di produrla, perché il piano di risanamento non esiste ancora”*, trovandosi l’impresa *“tuttora nella fase della moratoria, vale a dire nella fase delle trattative e di elaborazione del piano”*, il che, per l’appunto, autorizza a ritenere che secondo il TAR Bolzano l’esclusione avrebbe dovuto essere disposta anche nel caso in cui l’impresa ricorrente, anziché concorrere in qualità di capogruppo di un RTI già costituito, avesse partecipato alla gara quale impresa singola, e ciò al fine di soddisfare *“...l’esigenza di certezza dello status delle imprese partecipanti alle procedure di affidamento dei contratti pubblici...”* (Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza n. 4429/2013).

Com’è possibile vedere da queste sommarie riflessioni, lo stato della giurisprudenza in materia è tutt’altro che consolidato.

Infatti, applicando la linea interpretativa elaborata dal Consiglio di Stato (sentenza n. 6272/2013) alla fattispecie della partecipazione alla gara in RTI, si dovrebbe concludere che, mentre la permanenza in gara può essere assicurata laddove l’impresa richiedente il concordato con continuità “in bianco” rivesta il ruolo di mandante (ovviamente purché questa produca, entro l’aggiudicazione definitiva, la documentazione indicata al quarto comma

dell'art. 186-bis R.D. 267/1942), altrettanto non possa accadere laddove detta impresa rivesta il ruolo di capogruppo-mandataria.

In tale ultima ipotesi, infatti, l'intero RTI costituito o costituendo vedrebbe compromessa la permanenza in gara, dovendo la Stazione appaltante accertare la sopravvenienza di un difetto "insanabile" in un requisito di carattere generale riguardante un componente del RTI, che si riverbera sull'intero "concorrente plurisoggettivo" (*vitiat et vitiatur*).

Al contrario, com'è s'è in precedenza sottolineato, per il TAR Trentino Alto Adige, Sezione autonoma di Bolzano (sentenza n. 364/2013) l'impresa richiedente il concordato con continuità "in bianco", dopo la presentazione del ricorso ex art. 161 della Legge fallimentare e fino al deposito della documentazione prevista dal secondo comma di tale articolo, non è legittimata a partecipare alle gare né singolarmente, né in RTI con altre imprese, neppure in veste di semplice mandante.

Roberto Travaglini