

La quinta sezione del Consiglio di Stato rimette nuovamente alla Corte di giustizia la questione della compatibilità europea dell'esclusione dalla gara a seguito della presentazione dell'istanza di concordato preventivo in bianco

[Cons. St., sez. V, ordinanza 2 febbraio 2018, n. 686 – Pres. Caringella, Est. Prosperì](#)

Contratti pubblici – Gara – Concordato preventivo con continuità aziendale – Esclusione – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Vanno rimesse alla Corte di giustizia le seguenti questioni:

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 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" 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.lgs. n. 163-2006) previgente (1).

I.- Con l'ordinanza in epigrafe la quinta sezione del Consiglio di Stato affida nuovamente alla Corte di giustizia una articolata questione concernente l'interpretazione estensiva del concetto di "procedimento in corso" sancito dalla normativa comunitaria (art. 45 direttiva) e nazionale (art. 38 d.lg. 12 aprile 2006 n. 163) previgenti, nell'ambito dei limiti alla partecipazione alle gare pubbliche per imprese coinvolte in procedure fallimentari, con specifico riferimento ad un'impresa concorrente in ATI con la qualifica di mandante che, successivamente alla presentazione della domanda di partecipazione ad una gara per l'affidamento del servizio di direzione lavori, ha presentato istanza di ammissione al concordato con continuità aziendale ex art. 186 bis L.F. nella forma del concordato c.d. «in bianco» ex art. 161, comma 6 L.F., con riserva cioè di depositare il piano e la relazione asseverata del professionista che attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Tale circostanza induceva la stazione appaltante a revocare all'ATI l'aggiudicazione provvisoria e ad escluderla. Il TAR confermava la legittimità dell'esclusione e la V sezione, adita in sede di appello ha rimesso alla Corte di giustizia il quesito di cui alla massima.

In particolare, la questione riguarda possibilità di considerare la confessione del debitore di trovarsi in stato di insolvenza e di voler presentare istanza di concordato preventivo con continuità aziendale ex art. 186 bis L.F. in bianco, quale causa di esclusione dalla procedura di gara, in tal modo interpretando estensivamente il concetto di <<procedimento fallimentare in corso>>.

II.- Occorre segnalare che identici quesiti erano stati sottoposti alla Corte UE da una precedente ordinanza del [Consiglio di Stato \(sez. V, 4 giugno 2015 n. 2737, in Nuovo not. giur. 2015, 2, 544 con nota di BARBIERI, ed oggetto della \[News US in data 8 giugno 2015\]\(#\)\)](#); tuttavia, a causa della sopravvenuta estinzione del processo innanzi al Consiglio di Stato, la Corte di giustizia non si è pronunciata.

La questione in esame, pur formalmente concernente (al pari della precedente rimessione) l'art. 38 del previgente codice dei contratti, nella sostanza resta immutata anche sotto l'egida del nuovo codice (artt. 80, comma 5, lett. b) e 110 d.lgs. n. 50 del 2016), pur essendo controverso in dottrina il rapporto tra la disciplina previgente e quella sopravvenuta (su cui si veda *infra* lett. g).

III. Oggetto della controversia pendente dinanzi alla quinta sezione è il provvedimento di esclusione disposto per mancanza dei requisiti generali di cui all'articolo 38, comma 1, lettera a) del decreto legislativo 163 del 2006, in quanto l'impresa, dopo aver presentato la domanda di partecipazione alla gara, a causa di una crisi d'impresa, aveva presentato istanza al tribunale per l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale ex art. 186 bis L.F.

Secondo la norma citata, vanno escluse dalle gare le imprese "a) 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, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni".

In materia, con riferimento al problema di quando possa dirsi "in corso" una procedura concorsuale, la giurisprudenza ha ritenuto che non sia sufficiente una mera istanza creditoria (la quale potrebbe essere proposta strumentalmente o comunque infondatamente), occorrendo quanto meno un pronunciamento istruttorio del giudice che accerti oggettivamente lo stato di insolvenza dell'impresa.

Peraltro, in termini diversi risulta poi essere intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza 15 aprile 2010, n. 2155 (rinumerata ufficialmente in n. 1 del 15 aprile 2010, pubblicata in *Foro it.*, 2010, III, 374 con nota di TRAVI), ha statuito come nell'ipotesi di concordato preventivo le evidenziate preoccupazioni possano dirsi superate se è lo stesso imprenditore a chiedere l'ammissione alla procedura concorsuale, con una condotta che ben può ritenersi confessoria della consapevolezza del proprio stato di dissesto.

La quinta sezione solleva la presente questione dubitando che la disciplina nazionale, così intesa, sia compatibile con la pertinente normativa comunitaria. In proposito si richiama il disposto dell'art. 45, comma 2, lett. a) e b) della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori,

di forniture e di servizi, applicabile *ratione temporis*, secondo cui “può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico: a) che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione d'attività, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista da leggi e regolamenti nazionali; b) a carico del quale sia in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento, di amministrazione controllata, di liquidazione, di concordato preventivo oppure ogni altro procedimento della stessa natura previsto da leggi e regolamenti nazionali”.

Viene quindi chiesto alla Corte di giustizia se sia compatibile con la predetta normativa, considerare “procedimento in corso” la mera istanza di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale ex art. 186 bis L.F. da parte del debitore, così come statuito dalla predetta sentenza dell'Adunanza plenaria del 15 aprile 2010.

IV. Al fine di ulteriore completezza, si segnala quanto segue:

a) il principio affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la menzionata sentenza n. 1 del 2010, è stato tuttavia reso con riferimento al c.d. concordato liquidatorio, prima delle novità introdotte dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con modificazione dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 che ha novellato la legge fallimentare introducendo 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. n. 163/2006 facendo espresso rinvio alla previsione dell'art. 186-bis della legge fallimentare, quale eccezione alla regola dell'esclusione dalle procedure di gara e dalla conseguente possibilità di stipula del contratto; in seguito a tale novella si è posto in giurisprudenza il problema se la deroga alla regola della esclusione per le imprese coinvolte in procedure fallimentari prevista dall'art. 186 bis operasse solo in caso di formale ammissione al concordato con continuità aziendale o se a tale fine fosse sufficiente il deposito della mera istanza di ammissione; nel primo senso si è espresso Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101, nel secondo senso, Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6272 entrambe in *Urb. e app.*, 2014, p. 417 e ss. con nota di CIPPITANI; l'orientamento della V sezione (confermato dalla successiva pronuncia 22 dicembre 2014, n. 6303) è poi stato seguito anche dalla IV sezione con sentenze 3 luglio 2014, n. 3344 e 5 marzo 2015, n. 1091 (in senso contrario nella giurisprudenza di primo grado T.a.r. del Lazio – Roma, sez. I, 19 giugno 2014, n. 6537; *idem*, sez. III ter, 4 giugno 2014, n. 5901; *idem*, sez. II ter 11 maggio 2015, n. 6781; T.a.r. del Piemonte, sez. I, 18 marzo 2014, n. 463; T.a.r. della Toscana, sez. I, 16 giugno 2014, n. 1052); a dirimere il contrasto è intervenuto il legislatore con l'art. 13, comma 11bis del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9 che ha inserito all'art. 186 bis L.F. 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”, così riconoscendo espressamente che il solo deposito dell’istanza di ammissione è sufficiente purchè accompagnato dalla autorizzazione del Tribunale;

b) analoghe divergenze si sono registrate con riguardo agli effetti della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, L.F. (c.d. concordato "in bianco" o “con riserva”) sulla disciplina degli appalti pubblici con particolare riferimento alla partecipazione alle gare pubbliche; la stessa ANAC in una prima fase ha negato (con determinazione n. 3 del 23 aprile 2014) che il concordato in bianco potesse legittimare la partecipazione in quanto per definizione privo del «piano di continuità aziendale» richiesto invece per l’ammissione al concordato ex art. 186 *bis* L.F. (nello stesso senso T.a.r. per la Campania – Napoli, sez. I, 29 aprile 2015, n. 2428); successivamente (con la determinazione n. 5 dell’8 aprile 2015), è giunta a conclusioni opposte muovendo da una interpretazione sistematica dell’art. 186 *bis*, comma 4 della L.F., a condizione che l’istanza presenti chiari ed inconfutabili effetti prenotativi del concordato con continuità aziendale in relazione alla futura presentazione del piano e verificando che sussistano le condizioni per consentire intanto la partecipazione medesima;

c) quanto alla necessità, anche dopo il provvedimento di omologa del concordato con continuità aziendale, di rispettare gli adempimenti di cui all’art. 186 *bis* comma 5 L.F. ai fini della partecipazione alla gara, si veda, in senso affermativo, T.a.r. per il Veneto, sez. I, 7 aprile 2017, n. 338;

d) sui rapporti fra fallimento di una impresa, scioglimento del raggruppamento, e sostituzione, [Corte giust. UE 24 maggio 2016 causa C-396/14](#) (oggetto della [News US in data 31 maggio 2016](#)), secondo cui *“il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all’art. 10 direttiva 2004/17/Ce del parlamento europeo e del consiglio, 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in combinato disposto con l’art. 51 della medesima, deve essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un’offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti dall’ente di cui trattasi e, dall’altro, che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza”*;

e) sulla questione oggetto di rimessione cfr. altresì Cons. giust. amm., 23 aprile 2015 n. 363, secondo cui *“l’art. 38, comma 1, lettera a), del d.lg. n. 163/2006 commina l’esclusione dalle gare pubbliche non soltanto a coloro «che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo» ma anche a coloro «nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la*

dichiarazione di una di tali situazioni»: la mera proposizione di un'istanza di fallimento costituisce atto di impulso del relativo procedimento, che non può considerarsi «in corso» finché non sia stato notificato al preteso debitore insolvente il decreto di convocazione per l'udienza camerale di cui all'art. 15 del R.D. n. 267/1942, solo da tale momento si instaura il contraddittorio e il procedimento può considerarsi pendente»; Cons. Stato sez. IV 11 dicembre 2014 n. 6085, secondo cui "ai sensi degli artt. 38 comma 1 lett. a), d. lg. 12 aprile 2006 n. 163 e 186 bis, r.d. 16 marzo 1942 n. 267 il concordato preventivo con continuità aziendale è irrilevante quanto alla partecipazione dell'impresa interessata ad una gara pubblica di appalto";

f) in tema di concordato preventivo di imprese partecipanti e imprese ausiliarie, T.a.r. per il Lazio, sez. III, 27 ottobre 2017, n. 10763, in *lamministrativista.it* 30 ottobre 2017 con nota redazionale, secondo cui "ai sensi del terzo comma dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, attuativo della previsione di cui all'art. 63, Direttiva n. 24 del 2014, la Stazione Appaltante deve verificare, conformemente agli artt. 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80 ed impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Il carattere oramai obbligatorio della verifica della Stazione Appaltante e della conseguente sostituzione dimostra chiaramente come il legislatore comunitario, seguito da quello nazionale, abbia deciso di superare definitivamente l'impostazione che individuava nella sostituzione "in corsa" dell'ausiliario inadeguato una pratica lesiva della concorrenza. E' legittima l'ammissione in gara di un'impresa concorrente che si sia avvalsa di altra impresa (ausiliaria), ai fini della dimostrazione del fatturato specifico richiesto dal bando di gara, nonostante il mancato rispetto - da parte della stessa ausiliaria - degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, dovuto all'ammissione di quest'ultima alla procedura di concordato preventivo (per effetto della quale le era precluso l'adempimento dell'obbligo giuridico di eseguire i pagamenti in favore dei creditori al di fuori del concorso); circostanza questa di cui, tuttavia, è stato dato atto in una conforme dichiarazione rilasciata in sede di gara";

g) in dottrina, per un approfondimento delle problematiche in esame a cavallo fra la vecchia e la nuova disciplina, cfr. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 848 ss. nonché R. GIANI, *La partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Procedure concorsuali e Diritto Pubblico*, a cura di L. D'ORAZIO e L. MONTEFERRANTE, AA.VV. IPSOA, 2017, 453 ss..