Il T.a.r. per il Lazio solleva questione di legittimità costituzionale delle norme che, nel sistema del vecchio codice dei contratti (d.lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. *a)*), per un verso, consentono all'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo (od all'impresa singola offerente), anche se sottoposta alla procedura di concordato con continuità aziendale (di cui all'art. 186-*bis* della Legge fallimentare), di poter partecipare alle gare per l'affidamento di appalti pubblici ma che, tuttavia, per altro verso, vietano la partecipazione qualora ad essere sottoposta a detta procedura concordataria sia l'impresa mandataria di un raggruppamento temporaneo.

T.a.r. per il Lazio, sezione II, ordinanza 29 ottobre 2018, n. 10398 – Pres. Savo Amodio, Est. Tricarico

Contratti della p.a. – Gara pubblica – Requisiti di partecipazione di ordine generale – Raggruppamento temporaneo di imprese – Impresa mandataria sottoposta a concordato con continuità aziendale – Divieto di partecipazione – Questione rilevante e non manifestamente infondata di costituzionalità.

E' 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. (1)*

(1) I. – Con due ordinanze gemelle (oltre a quella indicata in epigrafe vi è, infatti, anche la coeva ordinanza n. 10397) il T.a.r. per il Lazio si rivolge alla Corte costituzionale denunciando una possibile irragionevolezza nella disciplina delle cause di esclusione dalle gare ad evidenza pubblica, secondo la normativa del vecchio codice (d.lgs. n. 163 del 2006). I fatti di causa (identici per entrambe le controversie) possono essere brevemente riassunti nei termini seguenti.

Nelle more di una procedura di affidamento di un appalto di servizi, bandito dalla CONSIP s.p.a. e regolato dalle norme del vecchio codice dei contratti, l'impresa mandataria di un raggruppamento temporaneo che aveva presentato offerta si è trovata coinvolta in una vicenda di crisi aziendale ed è stata, quindi, sottoposta alla procedura di "concordato con continuità aziendale" (si tratta del nuovo istituto coniato dall'art. 186-*bis* della Legge fallimentare, come introdotto dal decreto-legge n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134 del

2012). In applicazione del combinato disposto tra l'art. 38, comma 1, lett. *a)*, del d.lgs. n. 163 del 2006 (che prevede una causa di esclusione dalla gara per quelle 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 l'art. 186-*bis*, comma 6, della Legge fallimentare (secondo cui, per quanto qui interessa, "*l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria*"), la stazione appaltante ha allora deciso di escludere tutto il raggruppamento dalla gara.

Il provvedimento di esclusione, insieme alla conseguente escussione della garanzia provvisoria, sono stati impugnati dalle imprese facenti parte del raggruppamento (ed, in specie, dall'impresa mandataria sottoposta a concordato con continuità) dinnanzi al T.a.r. per il Lazio il quale, all'esito della pubblica discussione sul merito delle due cause, ha ritenuto di sollevare questione di legittimità costituzionale. Questi, in sintesi, i passaggi della motivazione delle due (identiche) ordinanze di rimessione:

a) anzitutto, in punto di rilevanza, il T.a.r. evidenzia l'applicabilità, al caso di specie, del vecchio codice dei contratti (di cui al d.lgs. n. 163 del 2006), trattandosi di gara bandita nel marzo del 2014 (anche se poi abnormemente protrattasi fino al 2018). Sotto diverso profilo, viene poi richiamato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo 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 partecipationis*, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente, dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica*": ne consegue la sicura applicabilità, al caso di specie, della causa di esclusione di cui alla lettera *a)* dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, anche se si tratta del venir meno, in corso di gara, di un requisito (quello di essere un'impresa *in bonis*) che era originariamente posseduto (per l'enunciazione del menzionato orientamento giurisprudenziale, l'ordinanza di rimessione cita i precedenti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato di cui alle seguenti pronunce: 20 luglio 2015, n. 8, in *Urb. app.*, 2016, 88, con nota di A. GIACALONE, *Fase di esecuzione e onere di continuità del possesso dei requisiti*; 25 febbraio 2014, n. 10, in *Giur. it.*, 2014, 1179, con nota di M. GNES, *La perentorietà del termine per la presentazione della documentazione da parte dell'aggiudicatario*, in *Urb. app.*, 2014, 830, con nota di S. FOÀ, *Termine perentorio di comprova dei requisiti anche per i concorrenti non sorteggiati*, ed in *Dir. e pratica amm.*, 2014, 65, con nota di D'INCECCO BAYARD DE VOLO; 5 giugno 2013, n. 15, in *Foro it.*, 2014, III, 8, con nota di A. TRAVI, in *Corr. merito*, 2013, 921, con nota di M.L.

MADDALENA, *Rateizzazione del credito tributario e partecipazione alle gare pubbliche*, in *Guida al dir.*, 2013, 27, 84, con nota di A. MASARACCHIA, ed in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 2313, con nota di E. ZAMPETTI, *Appalti pubblici, regolarità tributaria e rateizzazione del debito*; 20 agosto 2013, n. 20, in *Urb. app.*, 2013, 1052, con nota di F. MANGANARO; 4 maggio 2012, n. 8, in *Guida al dir.*, 2012, 23, 82, con nota di D. PONTE, in *Corr. merito*, 2012, 745, con nota di I. RAIOLA, *Non spetta alla stazione appaltante valutare la gravità della irregolarità contributiva*, in *Urb. app.*, 2012, 905, con nota di H. D'HERIN, *La Plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto*, in *Dir. e pratica amm.*, 2012, 72, con nota di S. TOSCHEI, in *Riv. neldiritto*, 2012, 1601, con nota di BERTOLINI, ed in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 2234, con nota di P. GOTTI, *Vincolatività o meno delle risultanze in materia di regolarità contributiva nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, al vaglio dell'Adunanza plenaria*; 18 luglio 2012, n. 27, in *Guida al dir.*, 2012, 32, 96, con nota di A. MASARACCHIA, ed in *Urb. app.*, 2012, 1295, con nota di G. BALOCCO, *Il punto dell'Adunanza Plenaria sulla verifica triennale del certificato di attestazione SOA*; 15 aprile 2010, n. 2155, poi rinumerata ufficialmente in n. 1 del 15 aprile 2010, in *Foro it.*, 2010, III, 374, con nota di A. TRAVI, in *Corr. merito*, 2010, 688, con nota di I. RAIOLA, *Esclusa la dimidiazione dei termini per la proposizione dei motivi aggiunti*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 617, con nota di A. SQUAZZONI, *L'Adunanza plenaria si pronuncia sul termine per notificare i motivi aggiunti nel rito ex art. 23-bis l. T.A.R. (aggiungendo l'ennesima considerazione sull'ordine di esame delle censure escludenti incrociate)*, in *Urb. app.*, 2010, 964, con nota di S. FOÀ, *Rito abbreviato e mancato dimezzamento dei termini per i motivi aggiunti. Una tesi per il passato*, in *Guida al dir.*, 2010, 19, 84, con nota di A. CORRADO, in *Dir. e pratica amm.*, 2010, 6, 72, con nota di BRAIDO, ed in *Corti irpinia*, 2010, 277, con nota di BARRA);

b) la Sezione rimettente, quindi, esclude che la letterale previsione dell'art. 186-*bis*, comma 6, della Legge fallimentare – secondo cui la regola generale del divieto di partecipazione alle gare pubbliche per le imprese che si trovino sottoposte a procedure concorsuali (di cui all'art. 38, comma 1, lett. *a)*, del d.lgs. n. 163 del 2006) viene derogata, nell'ipotesi del concordato preventivo di continuità, solo qualora si tratti di 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) – sia suscettibile di una diversa interpretazione: a conforto si citano alcuni precedenti della Sezione V del Consiglio di Stato (sentenza 11 luglio 2017, n. 3405; sentenza 25 giugno 2018, n. 3924, entrambe inedite);

c) tale previsione – che, di per sé, non appare dettata dal quadro normativo euro-unitario dove l'art. 45, paragrafo 2, della Direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, ha lasciato liberi gli Stati membri di precisare "*le condizioni di applicazione*" delle cause di esclusione dipendenti dalla pendenza di una procedura concorsuale – fa sorgere, però, dubbi di ragionevolezza, alla luce della complessiva *ratio* della novella normativa che, nel 2012 (con la significativa intitolazione "*Misure urgenti per la crescita del Paese*"), ha introdotto l'istituto del concordato preventivo in continuità, *ratio* che, secondo la Sezione rimettente, "*è stata quella di 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*";

d) in tale quadro, "*la volontà di aiutare l'impresa a superare la crisi auspicatamente temporanea, garantendo nelle more la continuità dell'attività*" non può non assistere anche la situazione dell'impresa mandataria di un raggruppamento temporaneo che sia sottoposta a concordato con continuità aziendale, non rinvenendosi ragioni, pure in questo caso, per non consentirne la partecipazione alle gare pubbliche: non si apprezzano, infatti, tratti distintivi rispetto alla situazione in cui sia coinvolta un'impresa mandante oppure un'impresa singola offerente (a parte le differenti modalità di partecipazione in gara), né potrebbe configurarsi alcun pregiudizio per la stazione appaltante la quale, anzi, ha tutto l'interesse che la capogruppo venga salvata da una procedura fallimentare; del resto, il rimedio previsto dall'art. 37, comma 18, del d.lgs. n. 163 del 2006 (quello, cioè, di consentire la sostituzione della mandataria fallita con altro operatore economico) ben potrebbe essere utilizzato pure nell'ipotesi in cui la mandataria sia fallita dopo essere stata sottoposta alla procedura di concordato con continuità aziendale. La ritenuta irragionevolezza determina anche – aggiunge il T.a.r. per il Lazio – la possibile violazione dell'art. 41 Cost., nel senso di ingiustificata limitazione della libertà di iniziativa economica, nonché del principio euro-unitario di concorrenza;

e) i dubbi di ragionevolezza sono corroborati dalla scelta poi operata dal legislatore del nuovo codice il quale, all'art. 80, comma 5, lett. *b)*, del d.lgs. n. 50 del 2016, ha stabilito 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", con una disciplina, quindi, che si pone quale normativa speciale (e per ciò solo prevalente) rispetto a quella dell'art. 186-*bis* della Legge fallimentare (disposizione che, infatti, non è più richiamata), con ciò quindi confermandosi che, nell'attuale sistema delle gare pubbliche, la deroga al divieto di partecipazione vale indipendentemente da quale sia la posizione rivestita, all'interno del raggruppamento temporaneo, dall'Impresa che è assoggettata a concordato con continuità aziendale.

II. – Per completezza, si segnala quanto segue:

f) con ordinanza 2 febbraio 2018, n. 686 (in *Foro it.*, 2018, III, 121, con nota di A. TRAVI, nonché oggetto della News US in data 7 febbraio 2018, alla quale si rinvia per gli opportuni approfondimenti), il Consiglio di Stato, sezione V, ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione se sia compatibile con l'art. 45, comma 2, lett. *a)* e *b)*, della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 considerare come "*procedimento in corso*" (per un concordato preventivo), ai fini dell'esclusione da procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, la mera presentazione di istanza di concordato all'organo giudiziario competente;

g) su una fattispecie analoga a quest'ultima, cfr., *contra*, T.a.r. per la Lombardia–Brescia, sez. II, sentenza 20 gennaio 2016, n. 92, secondo cui va invece escluso ogni dubbio di compatibilità della normativa italiana con l'art. 45 della direttiva del 2004. Secondo il T.a.r., in particolare, la deroga al divieto di partecipazione di cui all'art. 186-*bis* del r.d. n. 267 del 1942 introduce "*una fattispecie particolare in cui l'ordinamento, anziché smembrare l'impresa fallita e toglierla dal mercato, tenta di ristrutturarla e di mantenerla come realtà attiva, allo scopo di salvaguardare in primo luogo l'occupazione, e di riflesso anche l'integrità del tessuto economico di un territorio*": in tale quadro la richiamata disposizione comunitaria "*consente, ma non impone sempre e comunque, agli Stati membri di escludere dalle pubbliche gare le imprese soggette a procedure concorsuali, e prescrive agli Stati stessi di precisare le '*condizioni di applicazione*' della norma. È evidente che consentire la partecipazione, con la finalità sociale in senso ampio di cui s'è detto, alle imprese soggette a concordato con continuità rappresenta una ragionevole applicazione di tale precetto*";

h) nell'ipotesi in cui, all'interno del raggruppamento temporaneo che si sia aggiudicato un appalto, fallisca una delle due imprese che lo compongono, con conseguente scioglimento del raggruppamento, la Corte di giustizia UE, con sentenza 24 maggio 2016, C-396/14, *MT Hojgaard A/S* (in *Foro amm.*, 2016, 1136, solo massima, nonché oggetto della News US in data 31 maggio 2016, cui si rinvia per ulteriori indicazioni), ha affermato la possibilità che l'altra impresa

rimasta possa essere autorizzata dalla stazione appaltante a subentrare, in proprio, nell'aggiudicazione; ciò, purché ricorrano due condizioni: da un lato, occorre che l'impresa rimanente sia in possesso – da sola – dei requisiti necessari per l'ammissione alla procedura di gara in questione; dall'altro lato, occorre che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporti un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza;

i) in dottrina, sul concordato con continuità aziendale quale causa di esclusione dalle procedure di gara e sulle vicende patologiche afferenti alle imprese mandanti e mandatarie delle associazioni temporanee, si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 749 ss. e 848 ss.; in particolare, sui rapporti fra concordato preventivo in continuità e partecipazione a gare d'appalto, cfr. R. CIPPITANI, *Concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici - Il commento*, in *Urb. app.*, 2014, 417, nonché il volume *Procedure concorsuali e diritto pubblico,* a cura di L. D'ORAZIO e L. MONTEFERRANTE, Assago, 2017, 273 ss., ed *ivi*, in specie, i contributi di L. D'ORAZIO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale e le gare pubbliche*, 273 ss., e di R. GIANI, *La partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, 453 ss. In generale, cfr. M. PALLADINO, *I contratti pubblici nel concordato con continuità aziendale*, in *Giur. it.*, 2014, 12 ss.; L. D'ORAZIO, *Continuità aziendale e gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Fallimento*, 2017, 749 ss.