



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4263 del 2017, proposto da: Bortoluzzi Celeste s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Livio Viel e Salvatore Di Mattia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato di Salvatore Di Mattia in Roma, via G. Avezzana, n. 3;

contro

A.T.E.R. – Azienda Territoriale per L'Edilizia Residenziale della Provincia di Treviso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Manzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via F. Confalonieri, n. 5;

nei confronti

Pistorello s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA, Sezione I, n. 00338/2017, resa tra le parti, concernente:

- 1) la domanda di annullamento dei provvedimenti con cui si è statuito di ritirare l'aggiudicazione definitiva disposta a favore della Bortoluzzi s.r.l. dell'appalto per la costruzione di un fabbricato per complessivi n. 4 alloggi in Comune di Susegana, con cui è stata chiesta l'escussione della cauzione provvisoria prestata dalla ricorrente a corredo della propria offerta ed è stata segnalata all'ANAC la presunta dichiarazione non veritiera resa in gara dalla Ditta Bortoluzzi; nonché per l'annullamento della comunicazione recante diniego di riesame in autotutela sull'istanza presentata dai ricorrenti con informativa ex art. 243 bis D. Lgs. n. 163/2013 e della determinazione del Commissario Straordinario n. 61 del 7 ottobre 2016 di aggiudicazione definitiva dell'appalto all'impresa Pistorello s.p.a.
- 2) la condanna dell'Ater Treviso, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto, al risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione alla ricorrente; in subordine al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.T.E.R. – Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale della Provincia di Treviso;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 marzo 2018 il Cons. Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Caruso su delega degli avvocati Salvatore Di Mattia e Luigi Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con comunicazione del 23 marzo 2016, l'Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale della Provincia di Treviso (d'ora in avanti per brevità soltanto "ATER"), invitava l'impresa Bortoluzzi Celeste s.r.l. (nel prosieguo anche soltanto "Bortoluzzi") a partecipare alla procedura negoziata per l'affidamento dell'appalto avente ad oggetto *"lavori di realizzazione di un fabbricato per complessivi n. 4 alloggi in Comune di Susegana"*. L'appalto, avente valore complessivo di € 476.000,00, doveva essere aggiudicato con il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 82 del Codice dei Contratti Pubblici.

Alla gara partecipavano tredici ditte e, all'esito dell'esame delle offerte e dell'attribuzione dei relativi punteggi, la procedura veniva definitivamente aggiudicata all'impresa Bortoluzzi, odierna appellante, giusta determina del Commissario Starordinario n. 21 del 16.5.2016.

Tuttavia, nelle more della stipula del contratto, con nota prot. 201607197 del 1 giugno 2016, ATER comunicava all'aggiudicataria che, a seguito delle verifiche del possesso dei requisiti prescritti, la dichiarazione di gara resa dal legale rappresentante della Bortoluzzi in sede di presentazione dell'offerta doveva *"essere qualificata come non veritiera"*, avendo la ditta dichiarato *"di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lett.a) del codice e precisamente di non trovarsi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, e che nei propri riguardi non è in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni"*, mentre dalle verifiche su indicate era emerso che in data 10.7.2013 il Tribunale di Belluno aveva omologato il concordato preventivo in continuità aziendale ai sensi dell'art.186 bis del R.D. 16.03.1942, n.267- Legge Fallimentare; si contestava altresì all'impresa di *"non aver presentato la documentazione prevista per il caso di concordato preventivo con continuità aziendale come richiesto dal paragrafo 16.2. a.1) -a.4) della lettera-invito a pena di esclusione in applicazione della norma imperativa posta dall'art.186 bis del R.D. 267/42"*.

L'impresa Bortoluzzi formulava deduzioni nel termine assegnatole dalla Stazione appaltante, evidenziando che per effetto dell'omologa del concordato, intervenuta ai sensi dell'art. 181 della legge fallimentare il 16.7.2013, la procedura di concordato preventivo a carico dell'impresa non poteva che dirsi conclusa, con il conseguente venire meno degli obblighi dichiarativi di cui all'art.38 del d.lgs. n. 163 del 2006 e di quelli contemplati dall'art. 186 *bis* della legge fallimentare.

Ciò nonostante, ATER disponeva, con determina n. 54 del 19 settembre 2016, il ritiro dell'aggiudicazione, che comunicava all'impresa, e successivamente si attivava per l'escussione della cauzione provvisoria, segnalando altresì all'Autorità Nazionale Anticorruzione-ANAC la presunta dichiarazione non veritiera.

Successivamente, la Stazione appaltante respingeva la richiesta di riesame del provvedimento in autotutela formulata dall'impresa Bortoluzzi e, con determinazione del Commissario Straordinario n. 61 del 7 ottobre 2016, aggiudicava la gara alla seconda classificata, Pistorello s.p.a.

Avverso i provvedimenti sopra specificati insorgeva Bortoluzzi con ricorso al Tribunale amministrativo per il Veneto, domandandone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia; la ricorrente formulava altresì domanda risarcitoria del danno in forma specifica mediante subentro nel contratto (in relazione alla quota di lavori già realizzata nel caso di inizio di esecuzione), ovvero per equivalente sia per la mancata percezione dell'utile, sia per il danno curriculare, sia perché l'escussione della fideiussione determinava l'inaffidabilità dell'impresa nell'ambito dell'intero sistema assicurativo, producendo negative ripercussioni.

L'impresa ricorrente formulava le seguenti censure: I. violazione ed erronea applicazione di legge (art. 21 *nonies* legge 7 agosto 1990, n. 241); eccesso di potere per carenza di motivazione e violazione- erronea applicazione di legge (art. 3 legge 241 del 1990); violazione del principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa; eccesso di potere per carenza di istruttoria e di

presupposto; illegittimità derivata; II. Violazione-erronea applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. a) del D.lgs. n. 163 del 2006; violazione ed erronea applicazione degli articoli 167, 181, 185, 186 *bis* del R.D.267 del 1942 e del punto 16.2. della lettera di invito 23.3.2016; eccesso di potere per carenza di istruttoria e erroneità di presupposto; illegittimità derivata.

Si costituivano in giudizio sia ATER sia la controinteressata per resistere al ricorso avverso.

Con ordinanza n. 58/2016 pronunciata all'esito della Camera di Consiglio fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, il TAR respingeva la domanda di sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati, ma con ordinanza n.158/2017 veniva accolto l'appello cautelare proposto dall'impresa ricorrente *"alla luce del precedente di cui al Cons. Stato, sez. III, n. 2305 del 2012, secondo cui dopo l'omologazione del concordato preventivo la procedura concorsuale si chiude e viene conseguentemente meno la causa ostativa alla partecipazione dell'appalto"*.

Con la sentenza segnata in epigrafe, il T.a.r. respingeva il ricorso proposto da Bortoluzzi, disponendo la compensazione delle spese di giudizio (con eccezione della liquidazione delle spese della fase cautelare), in ragione dell'esistenza di orientamenti discordanti sulla questione giuridica trattata.

Bortoluzzi ha proposto appello avverso la sentenza di primo grado, deducendo che essa sia meritevole di riforma perché contenente un'interpretazione errata e non condivisibile in ordine al tema dell'applicabilità alla fattispecie oggetto di giudizio dell'art. 186 *bis* della Legge Fallimentare che disciplina il c.d. concordato preventivo con continuità aziendale, dovendo ritenersi che gli obblighi dichiarativi contemplati dall'art. 38 lett. a) del d.lgs. 163 del 2006 (ed oggi dall'art. 110 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016) e quelli documentali previsti dall'art. 186 bis, V comma, l.f. vengano meno a seguito di omologazione del concordato, atto quest'ultimo che, ad avviso dell'appellante, determinerebbe la chiusura della procedura.

La società appellante ha altresì riproposto la domanda risarcitoria già formulata in primo grado e respinta dal TAR, chiedendo, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto tra ATER e la controinteressata, il risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione alla ricorrente o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente monetario.

Si è costituita in giudizio ATER per resistere all'appello e ha depositato memorie difensive concludendo per il rigetto dell'impugnazione e delle domande formulate dall'appellante, stante la loro infondatezza.

All'udienza del 1 marzo 2018, la causa è stata trattenuta in decisione

DIRITTO

Ai fini della risoluzione della controversia oggetto del presente giudizio, la Sezione osserva come la questione giuridica principale sulla quale è incentrata l'impugnazione proposta dall'odierna appellante concerne la sussistenza dell'obbligo dichiarativo in gara al momento della presentazione delle offerte ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 163 del 2006 di un'impresa partecipante precedentemente ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale una volta che sia intervenuto il decreto di omologazione.

Appare, in primo luogo, necessario, per fornire una soluzione alla problematica sottoposta all'attenzione del Collegio, svolgere una breve ricostruzione della vicenda sottesa al presente ricorso.

L'impresa appellante è stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale ai sensi dell'art. 186 *bis* della Legge Fallimentare, e il Tribunale di Belluno ha omologato il concordato in via definitiva con decreto del 10 luglio 2013.

L'appalto veniva aggiudicato il 16 maggio 2016 alla ricorrente, la quale in sede di presentazione delle offerte aveva dichiarato ai sensi degli articoli 46 e 47 del d.P.R.

28 dicembre 2000, n. 445 *“di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lett. a) del codice e precisamente di non trovarsi in stato di fallimento, liquidazione coatta e*

concordato preventivo e che nei propri riguardi non è in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”, senza provvedere ad alcuna allegazione documentale.

L'art. 16.2. lett. a) della lettera di invito stabiliva l'onere in capo al concorrente in stato di concordato preventivo con continuità aziendale di cui all'art. 186 *bis* del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 di dichiarare di trovarsi in tale stato e di non partecipare alla gara quale impresa mandataria di un raggruppamento di imprese, nonché di allegare a tale dichiarazione la documentazione prevista dall'art. 186 *bis* della Legge fallimentare, vale a dire la relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, lett. d), della medesima legge, attestante la conformità al piano di risanamento e la ragionevole capacità di adempimento del contratto e le dichiarazioni relative all'impresa ausiliaria.

All'esito del procedimento di verifica dei requisiti e constatata l'esistenza del decreto omologatorio del concordato preventivo con continuità aziendale ai sensi dell'art. 186 *bis* della legge fallimentare adottato dal Tribunale di Belluno e risalente al 10 luglio 2013, la Stazione appaltante adottava il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione nei confronti dell'odierna appellante.

In particolare, ATER riteneva sussistenti nei confronti dell'impresa Bortoluzzi tre distinti profili di esclusione, sia pure connessi: a) la sussistenza di una condizione impeditiva ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. a) del d.lgs. 163 del 2006 e il mancato adempimento delle prescrizioni di cui all'art. 186 *bis* della legge fallimentare; b) la violazione dell'art. 16.2. della lettera di invito; c) il riscontro di una dichiarazione non veritiera o comunque omissiva.

Il giudice di prime cure ha respinto il ricorso dell'impresa Bortoluzzi ritenendo che il concordato preventivo ordinario differisca, per caratteristiche e disciplina, dal concordato con continuità aziendale: ciò in quanto il primo ha natura liquidatoria e si chiude con l'omologazione del decreto; mentre per il secondo, in cui la soddisfazione dei creditori è garantita non già dalla liquidazione dei beni, bensì

dalla generazione di flussi di cassa derivanti dalla continuazione autorizzata dell'attività imprenditoriale, è necessaria l'esecuzione del piano concordatario, sicché anche dopo l'omologazione l'impresa che partecipi ad una gara deve adempiere alle garanzie e agli obblighi documentali prescritti dall'art. 186 *bis* Legge Fallimentare. Secondo tale prospettazione, sostenuta da ATER e fatta propria dal TAR, non si tratterebbe, infatti, di valutare se l'impresa partecipante sia tornata *in bonis*, ma piuttosto di consentire alla Stazione appaltante di verificare se la predetta sia in grado di adempiere alle obbligazioni assunte con il contratto e di eseguire le commesse pubbliche che si è aggiudicata: ciò in quanto l'impresa con concordato già omologato è obbligata ad eseguire il piano di concordato di cui all'art. 161, 2 comma, legge fallimentare e di conseguenza dovrebbe comunque offrire le garanzie di cui all'art. 186 *bis*, V comma, l.f.

L'impresa appellante censura l'erroneità di un siffatto ragionamento, evidenziando come essa non avrebbe dovuto dichiarare in sede di gara di trovarsi "*in stato di concordato preventivo con continuità aziendale*" né avrebbe dovuto allegare alla domanda di partecipazione la documentazione di cui all'art. 186 *bis*, comma 5, della Legge fallimentare, vale a dire la relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 lett. a) della predetta legge attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto, nonché la dichiarazione sostitutiva con la quale il concorrente indica l'operatore economico che, in qualità di impresa ausiliaria, metterà a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse e i requisiti di capacità, finanziaria, tecnica e economica e potrà subentrare in caso di fallimento nel corso di gara ovvero in qualunque ipotesi in cui l'impresa non sia più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto: ciò in quanto tali obblighi sussisterebbero, ad avviso dell'appellante, solo per l'impresa ammessa alla procedura, venendo meno nel caso in cui sia intervenuto il decreto omologatorio

con cui il procedimento di concordato preventivo trova la sua conclusione in base al disposto dell'art. 181 della legge fallimentare.

L'erronea interpretazione della disciplina normativa *de qua* operata da ATER, contrastante con l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa (affermato sia nell'ordinanza cautelare adottata da questo Consiglio con riguardo alla presente vicenda, sia dal precedente rappresentato dalla pronuncia della III Sezione, 19 aprile 2012, n. 2305), inficerebbe irrimediabilmente, secondo l'appellante, i provvedimenti impugnati, con conseguente accoglimento della domande formulate in primo grado, ingiustamente respinte dal T.a.r.: tanto più che quest'ultimo aveva a ragione non condiviso la tesi sostenuta dalla controinteressata secondo la quale l'obbligo di dichiarare l'assoggettamento al concordato preventivo per l'impresa Bortoluzzi sarebbe derivato dalle previsioni della *lex specialis* della procedura, e segnatamente dall'art. 16.2. della lettera di invito.

L'appello è fondato.

In primo luogo, la Sezione non condivide la tesi sostenuta dall'appellata e avallata del primo giudice, sia pure con suggestive e argomentate considerazioni, secondo cui i principi affermati da questo Consiglio nel precedente richiamato (Cons. Stato, III Sezione, 19 aprile 2012, n. 2305) non possano trovare applicazione alla fattispecie in esame, in quanto riferibili soltanto al concordato ordinario liquidatorio, e non già al concordato con continuità aziendale: ciò in quanto tale precedente riguardava una gara svoltasi anteriormente alla modifica dell'art. 38, comma 1, del Codice degli appalti ad opera dell'art. 33, comma 2, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n.134, mentre la procedura per cui è causa è assoggettata al novellato art. 38, comma 1 lett. a), riformato con il rinvio alla disciplina ex art.186 *bis* legge fallimentare.

Secondo l'appellata lo stesso legislatore avrebbe tracciato una profonda differenza tra i due tipi di concordato, in quanto quello con continuità aziendale non si