

esaurirebbe con l'omologazione del progetto proposto, meramente conclusivo di una fase procedimentale, ma protrarrebbe la propria vigenza, proseguendo nella fase di esecuzione del piano concordatario nella quale devono essere mantenute tutte le garanzie che ad essa si accompagnano al fine del soddisfacimento dei creditori; sicché a maggior ragione nell'ipotesi di partecipazione a gare pubbliche e di affidamento dell'esecuzione dell'opera ad un'impresa che si trovi in siffatte condizioni la Stazione appaltante dovrebbe essere posta in grado di valutare la "ragionevole capacità di adempimento" delle prestazioni oggetto di affidamento anche mediante la concreta dimostrazione, fornita dalla concorrente, della qualificazione dell'impresa ausiliaria pronta a intervenire con le proprie risorse "per la durata del contratto" e finanche a sostituire l'appaltatore nel caso in cui questi non sia più in grado di darvi regolare esecuzione: tanto più che anche dopo l'omologazione del piano concordatario l'esito favorevole della procedura non appare affatto scontato, ben potendo intervenire la dichiarazione di fallimento.

L'assunto, secondo il Collegio, non merita condivisione.

In disparte le considerazioni per cui pure il concordato con continuità aziendale può comprendere ipotesi nelle quali "il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa" - caso questo ricorrente per la procedura cui è stata ammessa l'impresa appellante, con prevalenza della componente liquidatoria per la soddisfazione dei creditori rispetto a quella derivante dai flussi di cassa generati con la continuazione dell'attività - non si rinviene, invero, nella normativa fallimentare alcun riscontro che consenta di affermare una differenza di regime tra i due tipi di concordato in punto di effetti dell'omologazione giudiziale e di individuazione del momento di chiusura della procedura.

Tale esegesi appare coerente con la lettura coordinata delle norme di cui al Codice degli appalti e alla Legge fallimentare.

Ed infatti, l'art. 181 della Legge Fallimentare (che non è stato in nulla modificato a seguito dell'introduzione dell'art. 186 *bis* l.f. e per effetto della novella del 2012) prevede genericamente che *“la procedura di concordato preventivo si chiude... con l'omologazione”*, senza operare alcuna distinzione.

Quindi, in entrambe le ipotesi su indicate, intervenuto il decreto di omologazione da parte del Tribunale l'impresa non è più né *“in stato”* né *“in corso”* di procedura di concordato e, di conseguenza, non operano i divieti di legge con riferimento alla partecipazione alle pubbliche gare e neppure sussistono gli obblighi documentali previsti legittimamente dalla lettera di invito della procedura negoziata in esame, in applicazione e conformità alla normativa fallimentare, ma soltanto limitatamente alle imprese che siano *“in stato”* o *“in corso”* di concordato.

Inoltre, ai sensi dell'art. 38 comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 163 del 2006 *“sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: 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”*.

L'art. 186 *bis* legge fallimentare, che detta la disciplina del concordato con continuità aziendale, fa riferimento in tutte le sue disposizioni a situazioni di pendenza della procedura concordataria per le quali non sia ancora stato emesso il decreto di omologazione: segnatamente il quarto comma nel prevedere l'autorizzazione da parte del Tribunale per la partecipazione a gare pubbliche detta una disposizione che, ai sensi dell'art. 167, si applica solamente *“durante la procedura di concordato”*; il quinto comma fa riferimento alla fase di *“ammissione al concordato”* ed il sesto comma consente la partecipazione dell'impresa *“in concordato”* a raggruppamenti temporanei d'impresе, parimenti al fine della partecipazione a gare pubbliche. Anche l'ultimo comma dell'art. 186 *bis* 1.f. nel prevedere che il

Tribunale possa revocare ai sensi dell'art. 173 1.f. una procedura di concordato con continuità per l'ipotesi in cui l'impresa cessi l'attività o il proseguimento della stessa risulti manifestamente dannoso per i creditori, detta una disciplina che può attuarsi unicamente prima dell'emissione del decreto di omologa, non essendo invece più possibile dopo l'omologa provvedere alla revoca del concordato ex art. 173 1.f.

Pertanto, nell'ipotesi di concordato preventivo ordinario l'inibizione a contrarre con le Pubbliche Amministrazione stabilita dall'art. 38 del d.lgs. 163 del 2006 viene meno con il decreto con cui il Tribunale autorizza la chiusura della procedura; per il concordato con continuità aziendale questo divieto non opera in modo assoluto durante la fase di pendenza, ma la possibilità di partecipare alla gara per l'impresa ammessa è condizionata all'adempimento degli obblighi documentali di cui all'art. 186 *bis*, comma V, legge fallimentare (la presentazione della relazione del professionista e la dichiarazione di avvalimento inerente l'impresa ausiliaria su indicate), obblighi definitivamente superati con il decreto di omologazione.

Infatti, come già affermato da questo Consiglio *"l'omologazione costituisce un segmento del procedimento che si conclude proprio con il citato decreto di chiusura della procedura, che solo può attestare l'integrale adempimento delle obbligazioni e quindi il ripristino definitivo dell'affidabilità economica dell'impresa ai fini della partecipazione ad appalti pubblici"*, non essendo a tal fine necessario il successivo provvedimento con cui si dà atto dell'adempimento da parte del debitore di tutti gli obblighi assunti con il concordato omologato (Cons. Stato, III, 19 aprile 2012, 2305): tanto più nell'ipotesi in cui, come nella fattispecie in esame, il decreto di omologazione sia stato emesso prima del termine di presentazione delle offerte alla gara.

Ne consegue che la dizione *"in stato"* non può che riferirsi alla fase precedente all'omologazione del concordato, la quale chiude definitivamente la procedura iniziata con il decreto di ammissione adottato ai sensi dell'art. 163 legge fallimentare, posto che il decreto di omologazione emesso dal Tribunale ex art 181

della stessa legge, nell'esercizio delle funzioni di sorveglianza e controllo attribuitegli, costituisce atto consequenziale ed esecutivo del concordato riguardo al complesso di obbligazioni assunte dal debitore: ciò per tutti i tipi di concordato preventivo, e a maggior ragione per quello con continuità aziendale.

Invece, la situazione dell'impresa nei cui riguardi *"sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazione situazioni"* può essere individuata nella fase temporale ricompresa tra il deposito del ricorso ex art. 161, comma 6, legge fallimentare e il decreto di ammissione.

Una differente opzione non consentirebbe infatti di comprendere quale significato possa attribuirsi alla disposizione di cui all'art. 186 *bis*, comma 5, della Legge fallimentare in base al quale *"l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici quando l'impresa presenta in gara: a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 lett. d) che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto; b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del 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..."*.

Dall'interpretazione letterale della norma in esame si ricava, dunque, che è unicamente l'*"ammissione al concordato preventivo"* (ovvero il deposito del ricorso ai fini di tale ammissione) a costituire potenziale condizione impeditiva della partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche e che tale situazione ostativa può essere superata mediante l'adempimento degli obblighi documentali contemplati da tale disposizione: ma, a seguito dell'adozione del decreto di omologazione che determina la conclusione della procedura, lo stato di

impresa ammessa al concordato viene definitivamente meno, come pure gli annessi obblighi documentali funzionali a consentirle la partecipazione alle gare pubbliche.

Inoltre, l'interpretazione in esame si fonda anche sulla circostanza per la quale, una volta omologato il concordato, il giudice delegato (che prima dell'omologazione deve autorizzare l'impresa ammessa alla partecipazione) non esercita più poteri autorizzatori, ma soltanto poteri di vigilanza e controllo sull'esecuzione del piano concordatario (fase che, nel caso di specie, si è peraltro da tempo conclusa).

In tal senso, ulteriore argomento si rinviene altresì dalla lettura dell'art. 110 del D.lgs. 50 del 18 aprile 2016 Nuovo Codice dei Contratti, norma che, nel subordinare la prosecuzione dei contratti pubblici da parte dell'impresa in concordato con continuità aziendale, ovvero la sua partecipazione a gare pubbliche, ad autorizzazione del giudice delegato, ben chiarisce qual è l'ambito temporale di tale normativa: dopo l'omologazione, infatti, non è più ravvisabile la necessità di alcuna autorizzazione giudiziale per siffatte finalità, essendo in tal caso il ruolo del Tribunale limitato al controllo, per il tramite del commissario giudiziale, all'attività gestoria svolta dagli amministratori e allo svolgimento di funzioni di vigilanza in ordine alla corretta esecuzione del concordato.

Con l'omologazione del concordato con continuità aziendale infatti l'impresa torna *in bonis* e supera lo stato di crisi, con completa e piena restituzione all'organo gestorio e definitivo superamento delle limitazioni alla propria capacità operativa, sicché nella fase esecutiva (da considerarsi estranea alla procedura concordataria) non sussiste più il bisogno di consentire all'amministrazione di effettuare la valutazione della sua affidabilità finanziaria, tecnica ed economica e dell'effettiva capacità di adempiere agli obblighi assunti con il contratto e di darvi regolare esecuzione, obblighi a cui l'impresa è in grado di far fronte con la normale prosecuzione della sua attività: ormai tale capacità è stata positivamente valutata, come dimostra proprio l'omologazione del concordato, non soggetta peraltro

neppure a revoca; tant'è che è vero che una dichiarazione di fallimento può in tal caso intervenire anche successivamente al decreto, come rilevato da ATER, ma soltanto per fatti di insolvenza nuovi e sopravvenuti rispetto all'omologazione.

A ciò si aggiunga l'ulteriore argomento, di carattere generale, in base al quale le limitazioni alla capacità di agire in generale e, in particolare, di quella a contrarre devono trovare un fondamento normativo o essere previste in esplicite prescrizioni della *lex specialis*: tale espressa copertura normativa nel caso di intervenuta omologazione del concordato (di qualunque tipologia si tratti) non sussiste e, con specifico riferimento a quello con continuità aziendale, la norma di cui all'art. 186 *bis* della Legge Fallimentare fa letteralmente riferimento soltanto alle "imprese ammesse al concordato", le quali, come si è visto, possono partecipare a talune condizioni e adempiendo puntualmente a taluni obblighi dichiarativi e documentali.

Alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione non è, dunque, possibile procedere ad un'interpretazione estensiva di tali previsioni se non con inammissibili forzature.

Sarebbe, inoltre, contrario ai principi di logica e ragionevolezza prescrivere un regime più gravoso per le imprese in concordato preventivo con continuità aziendale che, pur a distanza temporale notevole dall'omologazione, dovrebbero dichiarare di essere in stato o in corso di concordato, sebbene non lo siano più, e assolvere ad obblighi documentali che, di fatto, in questa fase non avrebbero più alcuna finalità pratica, dovendo l'amministrazione valutare la capacità di eseguire l'opera pubblica da parte dell'impresa concorrente sulla base della situazione economica e finanziaria attuale, senza che alcuna influenza a riguardo possa rivestire un concordato pregresso e concluso.

È appena il caso di aggiungere, poi, che nella fattispecie oggetto di giudizio, l'adempimento di siffatti obblighi documentali da parte dell'impresa odierna

appellante non era neppure esigibile sotto altro profilo, posto che il piano concordatario di risanamento aziendale presentato da Bortoluzzi, approvato dai creditori e omologato dal Tribunale, aveva durata fino al 31.12.2015, quindi la fase esecutiva si era chiusa ben prima del termine di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione alle procedure negoziate bandite da ATER fissata al 23.3.2016.

In conclusione, deve escludersi che la società appellante abbia reso in sede di gara una dichiarazione non veritiera o omissiva posto che non si trovava né in stato né in corso di concordato, potendo partecipare alla procedura negoziata in esame senza dover adempiere ad obblighi dichiarativi o di allegazione documentale a riguardo.

Alla fondatezza dei motivi di doglianza formulati dall'impresa Bortoluzzi, consegue l'accoglimento dell'appello proposto e la riforma della sentenza di primo grado, con annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado con cui è stato disposto il ritiro dell'aggiudicazione definitiva a favore dell'impresa appellante e disposta l'aggiudicazione della gara alla controinteressata.

Va altresì adottata pronunzia di condanna nei confronti di ATER al risarcimento del danno in forma specifica, mediante aggiudicazione della gara alla Bortoluzzi Celeste s.r.l., e subentro dell'appellante nel contratto eventualmente stipulato tra la Stazione appaltante e Pistorello s.p.a., del quale deve dichiararsi l'inefficacia entro trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza (coincidente con la data di deposito), ovvero, ove ciò non sia possibile, al risarcimento del danno per equivalente monetario, in misura corrispondente al 10% dell'importo oggetto di offerta, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali fino al soddisfo, con esclusione del risarcimento del danno curriculare e del pregiudizio patrimoniale derivante dall'escussione della cauzione (somma che andrà comunque integralmente restituita ove effettivamente incamerata da ATER), trattandosi di

voci di danno soltanto allegare e dedotte, ma del quale l'appellante non ha fornito alcuna prova.

Sussistono giusti motivi, in virtù della novità della questione giuridica trattata e dell'oggettiva esistenza di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione delle norme richiamate, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in accoglimento del ricorso di primo grado e in riforma dell'appellata sentenza, annulla gli atti impugnati dalla ricorrente Bortoluzzi Celeste s.r.l.

Dichiara l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra A.T.E.R. - Azienda Territoriale per L'Edilizia Residenziale della Provincia di Treviso e Pistoletto s.p.a. a decorrere dal trentesimo giorno dalla comunicazione della presente sentenza.

Condanna A.T.E.R. - Azienda Territoriale per L'Edilizia Residenziale della Provincia di Treviso al risarcimento del danno in forma specifica, mediante subentro dell'appellante Bortoluzzi Celeste s.r.l., nel contratto di appalto stipulato, ovvero, ove ciò non sia possibile, al risarcimento del danno per equivalente monetario come quantificato in motivazione.

Dispone compensarsi integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 1 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

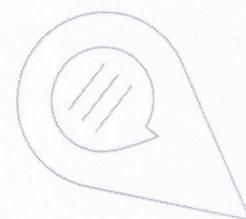
Alessandro Maggio, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Angela Rotondano**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**



Fallimentanti e Società.it