

**CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE
OMOLOGATO E PARTECIPAZIONE A GARE PUBBLICHE**
(Nota a Commento a Consiglio Di Stato, Sez. V, 29 Maggio 2018 N. 3225)

di

Paolo Corletto

SOMMARIO: *I. Premessa. – II. La vicenda processuale. – III. Le risposte del Consiglio di Stato.*

I. PREMESSA.

La sentenza della 5a sezione del Consiglio di Stato del 29 maggio 2018 ha riaffermato e consolidato il proprio orientamento sul rapporto fra omologazione del concordato preventivo e partecipazione a gare per l'assegnazione di contratti pubblici, secondo cui *“dopo l'omologazione del concordato preventivo la procedura concorsuale si chiude e viene conseguentemente meno la causa ostativa alla partecipazione alla gara d'appalto”*, applicandolo espressamente all'ipotesi di omologazione di concordato preventivo con continuità aziendale.

L'occasione del contenzioso sfociato nella suindicata sentenza è stata propizia anche per alcune puntualizzazioni da parte del Consiglio di Stato in ordine alla chiusura della procedura di concordato preventivo con continuità aziendale e per sancire, con riferimento alla partecipazione a gare pubbliche, i limiti temporali di applicazione della disciplina di cui all'art. 186 bis l.f. in correlazione e raccordo con

la disciplina del codice degli appalti pubblici sia nel testo di cui al D. Lgs. n. 163/2006 che nel testo attualmente in vigore di cui al D. Lgs. n. 50/2016.

II. LA VICENDA PROCESSUALE.

L'oggetto del contenzioso amministrativo che è intercorso fra la stazione appaltante e la società aggiudicataria di un appalto pubblico, ha riguardato a) la questione della sussistenza, al momento della presentazione delle offerte in gara, degli obblighi dichiarativi ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 163 del 2006 in capo all'impresa partecipante, precedentemente ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale, una volta che sia intervenuto il decreto di omologazione; b) il tema dell'applicabilità a tale società di quanto previsto dal 5° comma dell'art. 186 bis l.f. per il 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 (omissis)”*.

Nel caso di specie la società aggiudicataria di una gara d'appalto indetta da un Ente Pubblico si era vista revocare l'aggiudicazione dalla stazione appaltante con la motivazione che la stessa concorrente, il cui concordato era appunto già stato omologato, avrebbe dovuto ciononostante dichiarare in sede di gara di essere (ancora) assoggettata alla procedura del concordato in continuità, e avrebbe dovuto altresì allegare alla domanda di partecipazione la documentazione richiesta dal cit. art. 186 bis, 5° co. l.f.

Dichiarazioni e adempimenti, questi, che, secondo la stazione appaltante, la società non aveva reso o lo avrebbe fatto in modo non veritiero (dichiarando di non trovarsi in una delle condizioni di cui alla lett. a) del 1° co. dell'art. 38 del D. Lgs 163/2006), ritenendo che la già intervenuta omologa del concordato avesse determinato la conclusione del relativo procedimento ai sensi dell'art. 181 l.f. e così l'inapplicabilità – oltre che dell'art. 38 lett. a) cit. - anche del 5° co. dell'art. 186 della l.f.

Impugnata la revoca dell'aggiudicazione dinanzi al TAR del Veneto, quest'ultimo giudice aveva respinto in prime cure il ricorso dell'impresa ritenendo che *“dal combinato disposto degli artt. 38, comma I, lett. a) del D.lgs. 136 cit. e 186 bis L.F. discenda, anche in caso di omologazione del concordato preventivo e fino all'esecuzione del piano approvato, l'onere dell'impresa, in occasione della partecipazione a gare pubbliche, di dichiarare l'assoggettamento a concordato con continuità aziendale e di presentare la documentazione ex art. 186 bis, V comma cit. onere che, nel caso di specie, la ricorrente non ha adempiuto”*.

Tale conclusione era stata motivata muovendo dalla contrapposizione fra concordato “ordinario” (*id est* liquidatorio) e concordato “con continuità aziendale”, sostenendo che il concordato preventivo ordinario differisse, per caratteristiche e disciplina, dal concordato con continuità aziendale: ciò in quanto il primo avrebbe natura liquidatoria e si chiuderebbe 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, sarebbe necessaria l'esecuzione del piano concordatario, sicché anche dopo l'omologazione l'impresa che partecipasse ad una gara dovrebbe adempiere alle garanzie e agli obblighi documentali prescritti dall'art. 186 bis l.f..

Secondo tale prospettazione, sostenuta dall'Amministrazione appaltante e fatta propria dal TAR del Veneto, 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 sarebbe 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*, comma 5, l.f.

III. LE RISPOSTE DEL CONSIGLIO DI STATO

Alle questioni sopra indicate il Consiglio di Stato ha deciso in senso opposto al TAR del Veneto applicando anche all'ipotesi di concordato con continuità aziendale i principi da esso già affermati con la sentenza del 19 aprile 2012, n. 2305 secondo cui *“dopo l'omologazione del concordato preventivo la procedura concorsuale si chiude e viene conseguentemente meno la causa ostativa alla partecipazione alla gara d'appalto”*.

Nella motivazione la suprema magistratura amministrativa ha innanzitutto rifiutato il presupposto da cui aveva preso le mosse il TAR del Veneto denegando la distinzione fra concordato liquidatorio e concordato con continuità aziendale nell'applicazione delle medesime norme (l'art. 38 lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006 e l'art. 181 l.f.) che disciplinano in modo identico ed unitario la fattispecie senza distinzione alcuna fra le suindicate tipologie di concordato preventivo, con ciò allineandosi all'unanime indirizzo in senso contrario della giurisprudenza sia civile che amministrativa ⁽¹⁾.

¹ Trib. Asti, 7 aprile 2014, in *Giur.comm.*, 2015, II, 1285; Trib. Monza, 13 febbraio 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Padova, 29 luglio 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Trento, 1 giugno 2016, in www.ilcaso.it; Trib. Trento 30 gennaio 2017, in www.ilcaso.it; Trib. Bolzano, 9 gennaio 2018, in www.fallimentiesocieta.it; TAR Trento, 24 maggio 2017 n. 179.

Ed invero da un lato l'art. 38, lett. a), del D.Lgs. n. 163/2006 si limita ad affermare che “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè 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”.

Dall'altro lato l'art. 181 l.f. dispone in via generale ed unitaria che “*la procedura di concordato preventivo si **chiude** con il decreto di omologazione ai sensi dell'art. 180*”⁽²⁾.

In altri termini, tutte le procedure di concordato preventivo, a qualsiasi tipologia si possano ricondurre (concordato con cessione di beni, concordato liquidatorio, concordato con garanzia, concordato con continuità aziendale), si chiudono tutte con il decreto di omologazione, più precisamente, secondo l'opinione prevalente, con la definitività del decreto di omologa⁽³⁾.

Conseguentemente, ai fini di quanto disposto dall'art. 38, lett. a), del D.Lgs. n. 163/2006, lo “*stato*” di concordato preventivo è definito dall'ambito temporale che

² Atteso il tenore della norma di legge, la dottrina è unanime nel ritenere che il concordato si chiuda con l'omologazione. Cfr. al riguardo P. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, 7a ed., Giuffrè, 2008, 884, i quali scrivono che “il decreto di omologa chiude la procedura”; D. GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur.comm.*, 2006, II, 927; A. AUDINO, *sub art. 181*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6° ed., Cedam, 2013, p. 1206 s.; M. FERRO, in Aa.Vv., *La legge fallimentare - Commentario teorico-pratico a cura di Ferro*, 3° ed., Padova, Cedam, 2014, *sub art. 181*, 2459, ove il decreto di cui all'art. 181 viene definito “provvedimento finale [...] chiamato a concludere la vicenda concordataria”; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, vol. IV, Giappichelli, 2014, p.382; M. VITIELLO, in AA.VV., *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, 3° ed., Milano, Ipsoa, 2015, *sub art. 181*, 2145; P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali* a cura di A. Jorio e B. Sassani, vol. IV, Giuffrè, 2016, p. 353; R. AMATORE-L. JANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, 2a ed., Giuffrè, 2016, p. 223 ss..

³ Cfr. D. GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur.comm.*, 2006, II, p. 927 s.; V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, UTET, 2010, p. 303; A. AUDINO, *op.ult.cit.*, p. 1207; R. AMATORE-L. JANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 224; in giurisprudenza cfr. Cass. 4 novembre 2011, n. 22913.

va dal decreto di ammissione a tale procedura emesso ai sensi dell'art. 163 l.f. fino al momento dell'omologazione, più precisamente, fino alla definitività del decreto di omologa che, appunto, chiude la procedura ai sensi dell'art. 181 l.f.

La situazione invece dell'impresa “*nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni?*” può essere individuata nell'ambito temporale che va dalla c.d. fase in bianco conseguente al deposito del ricorso ex art. 161, co. 6, l.f. fino al momento del decreto di ammissione ex art. 163 l.f..

Questa conclusione, come si è accennato, è condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si sono occupate della disciplina relativa alla partecipazione a gare pubbliche e, segnatamente, della normativa di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006.

In particolare, secondo tale orientamento, gli effetti ostativi alla partecipazione alle gare per l'ottenimento dei contratti pubblici, così come la necessità di produrre la speciale attestazione da parte del professionista e la dichiarazione di avvalimento da parte dell'impresa ammessa al concordato continuità, cessano una volta intervenuta l'omologazione ⁽⁴⁾.

⁴ Cfr. C. ESPOSITO, *sub art. 181 l.f.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, Giappichelli, 2014, p. 362 s.; G. P. MACCAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in www.ilcaso.it, 20 gennaio 2014, secondo cui “Ad ogni buon conto, una volta pronunciata l'omologa, si è senza dubbio al di fuori dell'eventuale effetto ostativo dell'art. 38 cod. appalti. Come espressamente affermato dal Consiglio di Stato (Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 19 aprile 2012, n. 2305, in *Diritto dei Servizi Pubblici.it*, 2012), la dizione “in corso” non può che riferirsi alla fase precedente alla “omologazione” del concordato, la quale, coerentemente con i principi generali, “chiude” la procedura dell'ammissione al concordato stesso, posto che il decreto di autorizzazione alla chiusura emesso dal Tribunale nelle funzioni di sorveglianza e controllo attribuite agli organi fallimentari costituisce atto consequenziale ed esecutivo del concordato riguardo al complesso di obbligazioni assunte dal debitore con il concordato”. In giurisprudenza il TAR di Trento con sentenza n. 179 del 24 maggio 2017 ha statuito che gli adempimenti richiesti dalla normativa sui contratti pubblici nonché dall'art. 186 bis l.f. per la partecipazione alle gare per l'assegnazione di contratti pubblici (attestazione del professionista ed avvalimento) riguardano unicamente la fase antecedente all'omologa del concordato preventivo con continuità aziendale. Successivamente all'omologa, con la chiusura della procedura di concordato ex art. 181 l.f., non sono più richiesti i succitati adempimenti, essendosi verificato per l'imprenditore il passaggio dal regime di spossessamento attenuato, proprio della procedura, al riacquisto della piena

Ed invero proprio il Consiglio di Stato aveva già avuto modo di pronunciarsi *funditus* sul rapporto sussistente fra l'art. 38, lett. a), del codice degli appalti (nel testo di cui al D.Lgs. n. 163/2006 che si applicava al caso di specie) e l'art. 181 l.f.⁽⁵⁾, che in nulla è stato modificato a seguito dell'introduzione dell'art. 186 *bis* l.f., risolvendolo in termini diametralmente opposti a quelli affermati dal TAR Veneto nel provvedimento impugnato.

Nella motivazione della sentenza qui richiamata il Consiglio di Stato aveva infatti affermato che: “Nella fattispecie la vertenza si incentra sulla corretta interpretazione della lettera dell'articolo 38, lett. a), del codice dei contratti e dell'art. 181 della legge fallimentare. Ci si chiede in particolare se la società che abbia conseguito il solo decreto del Tribunale di “omologazione” del concordato preventivo debba continuare ad essere esclusa dalla partecipazione ad appalti pubblici, come ritenuto dal T.A.R., sino a che non sia intervenuto il successivo provvedimento con cui si dà atto che il debitore ha adempiuto tutti gli obblighi assunti con il concordato omologato. Orbene, l'art. 38 prevede che: “*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....concordato preventivo, o nei cui riguardi sia **in corso** un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni.*”. L'art. 181 legge fallimentare, pur dopo talune modifiche intervenute nel tempo, prevede, che “*la procedura di concordato preventivo si chiude...con l'omologazione*”. Si soggiunge che i disciplinari di gara, in sintonia con il dettato normativo, dispongono, come anche nella fattispecie, che i concorrenti attestino la sussistenza dei requisiti generali di partecipazione agli appalti fra i quali quello di “*non trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 38 del D.lgs. n.*

capacità di agire. Tale indirizzo è stato condiviso anche da Trib. Bolzano, 9 gennaio 2018, in www.fallimentsocieta.it.

⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 19 aprile 2012, n. 2305.

163/2006”, pena l'esclusione, ma al riguardo, come ormai unanimemente affermato, vige il principio della tassatività delle cause di esclusione, che sono quindi di rigorosa e stretta interpretazione. Ciò stante, la Sezione è dell'avviso che non possa condividersi l'assunto sostenuto dal T.A.R. sia pure con argomentate ed estese considerazioni. A ben leggere, invero, il dato testuale delle norme fa esplicito riferimento, come si è visto, allo **stato** di concordato preventivo “in corso” e alla “chiusura” della procedura con il decreto di omologazione del concordato. Non è dato quindi procedere a una lettura estensiva di tali previsioni pervenendo a conclusioni ermeneutiche che non si rinvengono nelle stesse se non con inammissibili forzature, essendo pacifico che ogni restrizione della capacità giuridica in generale e di quella a contrarre in particolare deve trovare espressa copertura normativa ovvero in esplicite prescrizioni della *lex specialis*.” “Ne consegue che la dizione “in corso” non può che riferirsi alla fase precedente alla “omologazione” del concordato, la quale “chiude” pertanto la procedura dell'ammissione al concordato stesso, posto che il decreto di autorizzazione alla chiusura emesso dal Tribunale nelle funzioni di sorveglianza e controllo attribuite agli organi fallimentari costituisce atto consequenziale ed esecutivo del concordato riguardo al complesso di obbligazioni assunte dal debitore con il concordato”⁽⁶⁾.

Nel medesimo senso si è espressa la giurisprudenza civile che, in più occasioni, ha avuto modo da un lato di affermare il principio secondo cui anche il concordato con continuità aziendale si chiude con il decreto di omologa e dall'altro di affermare l'inapplicabilità dell'art. 38 lett. a) D. Lgs. n. 163/2006, ed oggi dell'art. 110 del D.Lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 186 bis, commi 4, 5 e 6, l.f., dopo che sia intervenuto il decreto di omologazione con conseguente chiusura della procedura di concordato preventivo.

⁶ Così Cons. Stato, Sez. III, 19 aprile 2012, n. 2305.

Sotto il primo profilo l'orientamento della giurisprudenza depone univocamente nel senso che “*il decreto di omologa chiude la procedura di concordato preventivo con continuità aziendale*”⁽⁷⁾.

Anche la giurisprudenza civile, pertanto, non fa alcuna distinzione in relazione alla chiusura del concordato fra concordato liquidatorio e concordato con continuità aziendale: per entrambi il momento è segnato dalla definitività del decreto di omologa.

Tale conclusione è perfettamente in linea, sotto il profilo sistematico, con il rilievo che al decreto di omologazione, che determina la chiusura della procedura di concordato preventivo, si ricollega la cessazione delle limitazioni dei poteri dispositivi del debitore previsti dall'art.167 l.f., atteso che detta norma stabilisce che il regime di c.d. “spossessamento attenuato” opera “*durante la procedura di concordato*”. Inoltre, per quanto riguarda i creditori, la definitività del decreto di omologa determina la cessazione del divieto di esercizio delle azioni esecutive e di acquisizione dei diritti di prelazione, stabilito dall'art. 168, co. 1, l.f..

La chiusura della procedura comporta, inoltre, la cessazione delle funzioni di ingerenza attiva del commissario giudiziale e del giudice delegato, i quali, con l'apertura della fase di esecuzione, assumono la (diversa) funzione di controllo dell'adempimento del concordato⁽⁸⁾.

⁷ Cfr. Trib. Asti, 7 aprile 2014, *cit.*, p. 1285; nel medesimo senso, Trib. Trento, 1 giugno 2016, in www.ilcaso.it secondo cui “*La procedura di concordato si chiude con il decreto di omologa, con la conseguenza che, durante la fase dell'esecuzione residuano in capo al giudice delegato esclusivamente funzioni di vigilanza in ordine alla corretta esecuzione del concordato*”; e, da ultimo, Trib. Trento, 30 gennaio 2017, in www.fallimentiesocieta.it.

⁸ Cfr. sul punto, per tutti, A. AUDINO, *sub art. 180*, in A. MAFFEI-ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 6° ed., Cedam, 2013, p. 1200 s.; in giurisprudenza cfr. Trib. Trento, 1 giugno 2016, *cit.*, secondo cui “*il regime di spossessamento attenuato dell'imprenditore, soggetto alla vigilanza del commissario giudiziale ed all'autorizzazione del giudice delegato ai fini del compimento degli atti di straordinaria amministrazione vige durante il corso della procedura di concordato e, pertanto, soltanto fino all'omologazione*”; nel medesimo senso Trib. Trento, 30 gennaio 2017, in www.fallimentiesocieta.it: “*Ed invero, che la procedura di concordato si esaurisca col decreto di*

Ciò significa che la società concordataria, dopo quel provvedimento giurisdizionale, ritorna – come suol dirsi – *in bonis*, e non subisce più l'ingerenza da parte degli organi della procedura, segnatamente da parte del giudice delegato e del commissario giudiziale, “*in quanto è nelle condizioni, attraverso la prosecuzione della propria attività di impresa, di far fronte a tutte le proprie obbligazioni, comprese tutte quelle che ineriscono all'esecuzione del piano di concordato*”⁽⁹⁾.

Inoltre, con specifico riferimento alla continuazione dell'attività d'impresa, si è evidenziato che “*lo svolgimento dell'attività d'impresa dopo l'omologa del concordato è una normale attività di impresa che l'imprenditore svolge in piena autonomia*”⁽¹⁰⁾.

omologa, e che l'omologa segni inoltre il passaggio, dal punto di vista dell'imprenditore, dal regime di spossessamento attenuato proprio di quella procedura al riacquisto della piena capacità di agire, e, dall'angolo visuale degli organi della procedura, dal potere di consentire o meno il compimento di atti di straordinaria amministrazione ad una funzione di mera vigilanza sulla corretta esecuzione del concordato, è approdo cui la dottrina e la giurisprudenza di legittimità sono da tempo pervenute (cfr. Cass., 27 ottobre 2006, n. 23271; Cass., 18 giugno 2008, n. 16598; Cass., 14 giugno 2016, n. 12265), al più discutendosi se tali effetti si producano in virtù della semplice pronuncia del decreto di omologa ovvero con il suo passaggio in giudicato”; in precedenza cfr. Trib. Monza, 13 febbraio 2015, est. Nardecchia, in www.ilcaso.it secondo cui in relazione al concordato con continuità aziendale, “con il venir meno della procedura ai sensi dell'art. 181 l. fall., viene meno ogni limitazione”; Trib. Padova, 29 luglio 2015, in www.ilcaso.it: “Una volta omologato il concordato con continuità aziendale, la società torna in bonis ed è “restituita” all'organo gestorio, il quale deve operare nel rispetto del piano; in questa fase, il tribunale non è munito di poteri autorizzativi ed il suo ruolo è limitato al controllo, tramite il commissario giudiziale, dell'attività gestoria svolta dagli amministratori”. Si veda anche Trib. Pistoia, 31 marzo 2010, est. Martucci, in www.ilcaso.it, per il quale “la fase esecutiva del concordato preventivo, per espresso dettato normativo, deve considerarsi estranea alla procedura concordataria in senso proprio che, appunto, si chiude con l'omologa”

⁹ Così Trib. Asti, 7 aprile 2014, in *Giur.comm.*, 2015, II, 1287, con nota adesiva di A. CASTAGNOLA, *La chiusura del concordato preventivo con continuità aziendale*. La chiusura della procedura ed il ritorno *in bonis* conseguente al decreto di omologa dovrebbe comportare altresì che «va cancellata l'annotazione nel Registro delle Imprese “società in concordato preventivo” avvenuta al momento del deposito della domanda di concordato ex art. 161 c. 5 l. fall. E la società non deve più indicare nella corrispondenza e nella propria denominazione sociale “in concordato preventivo”» (così M. ARATO, *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: il conferimento e l'affitto d'azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l'uscita dalla procedura*, in *Le proposte di legge per una riforma della legge fallimentare* a cura di M. Arato e G. Domenichini, Giuffrè, 2017, p. 141.

¹⁰ Così A. CASTAGNOLA, *La chiusura del concordato preventivo con continuità aziendale*, cit. p. 1290; nel medesimo senso in giurisprudenza cfr. Trib. Milano, 23 settembre 2013, in www.unijuris.it; Trib. Monza, 13 febbraio 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Padova, 11 dicembre 2014, in www.ilcaso.it

Se dunque anche il concordato con continuità aziendale si chiude con il decreto di omologa, successivamente allo stesso non può permanere in capo all'impresa concordataria l'obbligo di dichiarare in sede di partecipazione alle gare pubbliche che essa si troverebbe (ancora) in stato od in corso di concordato preventivo.

Quanto al secondo profilo, la giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi espressamente anche dell'ambito temporale di applicabilità della normativa di cui all'art. 186 *bis* l.f., disponendo in senso conforme a quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza qui commentata.

Il Tribunale di Trento, con il decreto del 1 giugno 2016 prima e con il decreto del 30 gennaio 2017, poi, ha avuto modo di affermare che “proprio il disposto dell'art. 110, nel subordinare la prosecuzione dei contratti pubblici da parte dell'impresa in concordato con continuità aziendale, ovvero la sua partecipazione a gare pubbliche, *ad un'autorizzazione del giudice delegato*, contribuisce a chiarire l'ambito temporale di applicabilità di tale normativa; che, infatti, il regime di spossessamento attenuato dell'imprenditore, soggetto alla vigilanza del commissario giudiziale ed all'autorizzazione del giudice delegato ai fini del compimento degli atti di straordinaria amministrazione, è previsto “durante la procedura di concordato” (v. art. 167), e, quindi, soltanto fino all'omologazione (o, al più, fino al passaggio in giudicato del relativo decreto); che, con il decreto di omologa, “la procedura di concordato preventivo si chiude” (v. art. 181), e, nella fase dell'esecuzione, residuano in capo al giudice delegato esclusivamente funzioni di vigilanza in ordine alla corretta esecuzione del concordato (v. art. 185); che in questo senso si è del resto già espressa l'Anac con determinazione del 23 aprile 2014, laddove ha precisato che la cessazione della causa ostativa prevista dall'art. 38 del D.lgs. n. 163/20006 coincide con la chiusura della procedura, che viene formalizzata con il decreto di omologazione del concordato preventivo ai sensi dell'articolo 180 L.F.”.

Si osservi che quanto affermato dal Tribunale tridentino in ordine all'art. 110 del nuovo codice degli appalti era già del tutto predicabile in relazione al previgente art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, come peraltro riscontrato dalla giurisprudenza⁽¹⁾.

Ed invero, una volta cessata la procedura concordataria con l'emanazione del decreto di omologa, la società riprende la propria piena capacità operativa, senza dover sottostare più ad alcuna limitazione, sia sotto il profilo interno, non subendo più l'impresa concordataria le ingerenze attive da parte degli organi della procedura che, a maggior ragione, sotto il profilo esterno non potendo soggetti terzi, ivi compresa la P.A., pretendere autorizzazioni o altri adempimenti previsti per il solo periodo nel quale il debitore si trova nel corso della procedura concordataria.

Con l'omologazione del concordato la crisi d'impresa viene ad essere composta, anche in virtù dell'esdebitazione che consegue, appunto, al decreto di omologa, per cui voler imporre all'impresa, già in concordato con continuità, che ha superato lo stato di crisi ed operato il risanamento con l'omologazione del concordato preventivo costituirebbe un'inaccettabile limitazione postuma all'accesso alle gare pubbliche, per di più *contra legem* visto che, come insegna il Consiglio di Stato, “ogni restrizione della capacità giuridica in generale e di quella a contrarre in particolare

¹¹ Cfr. Decreto del giudice delegato del Tribunale di Bergamo del 28 gennaio 2015 – riportato da D. MORESCO- F. CLEMENTE, *Effetti dell'omologazione del concordato preventivo in continuità, tra iscrizione al registro imprese e partecipazione a gare pubbliche*, in www.ilfallimentarista.it – che su istanza di una società nella fase post omologa così ha statuito: “Ritenuto inoltre, come più volte sottolineato, anche di recente, dal Consiglio di Stato che la fase della c.d. ammissione al concordato preventivo debba considerarsi chiusa con l'omologazione, cosicché la ricorrente potrà senza necessità di alcuna autorizzazione (e senza assunzione di alcuno degli oneri previsti dall'art. 186-bis quarto comma l. fall.) partecipare liberamente alle gare per l'affidamento di appalti pubblici (...) dichiara non luogo a provvedere sull'istanza presentata, trattandosi di attività non necessitante della preventiva autorizzazione del Giudice Delegato, essendo già intervenuta l'omologazione del concordato preventivo e rappresentando in ogni caso che nulla osta alla partecipazione da parte di (...) spa a gare per l'affidamento di pubblici appalti”.

deve trovare espressa copertura normativa ovvero in esplicite prescrizioni della *lex specialis*”⁽¹²⁾.

Il Consiglio di Stato ha inoltre denegato la pretesa necessità del mantenimento delle “garanzie” di cui ai commi quinto e sesto dell’art. 186 bis l.f., che era stata affermata dal TAR Veneto nella sentenza impugnata.

Al riguardo si può osservare che tutte le disposizioni di tale articolo si riferiscono a situazioni di procedura concordataria *in corso* e cioè per la quale 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 l.f., 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’impresi, parimenti al fine della partecipazione a gare pubbliche.

Anche l’ultimo comma dell’art. 186 *bis* l.f. nel prevedere che il tribunale possa revocare ai sensi dell’art. 173 l.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, poiché dopo l’omologa non è più possibile provvedere alla revoca del concordato ex art. 173 l.f. ⁽¹³⁾.

¹² Cons. Stato, III Sezione, 19 aprile 2012, n. 2305.

¹³ Nel senso qui sostenuto si è di recente espresso Trib. Trento 30 gennaio 2017, in www.fallimentiesocieta.it: “A ciò si aggiunga che le disposizioni dell’art. 186 bis l. fall. che qui interessano si inseriscono in un contesto normativo che presuppone la pendenza di una procedura di concordato, instaurata con una domanda di concordato “pieno” ovvero con riserva (v. in particolare i commi 1° e 2°, che arricchiscono il contenuto del corredo documentale previsto dall’art. 161, nonché l’ultimo comma, che, col suo riferimento all’art. 173, presuppone che il concordato non sia stato ancora omologato), e si giustificano con la considerazione che, dopo il deposito del ricorso, tanto più se presentato ai sensi dell’art. 161, comma 6°, l. fall., ed anche dopo la pronuncia del decreto di ammissione alla procedura di concordato, la “bontà” della soluzione della crisi proposta

L'art. 186 *bis* l.f. non detta pertanto alcuna disciplina riguardante l'*esecuzione* del concordato, e cioè relativa alla fase successiva al decreto di omologa ed alla chiusura della procedura ai sensi dell'art. 181 l.f., che è una fase destinata, per legge, «a collocarsi *al di fuori* della procedura. Dal che l'inevitabile applicazione (solo) della disciplina “comune”»⁽¹⁴⁾ dell'esecuzione del concordato e cioè quella di cui all'art. 185 l.f.

Non è pertanto stata ritenuta conforme a legge la pretesa affermata dalla stazione appaltante ed avallata dal TAR del Veneto per cui l'impresa dovrebbe soggiacere agli adempimenti di cui ai commi quinto e sesto dell'art. 186 *bis* l.f. anche dopo il decreto di omologazione del concordato con continuità aziendale e fino all'esecuzione del piano di concordato ⁽¹⁵⁾.

dall'imprenditore è ancora sottoposta al vaglio degli organi della procedura ed alle valutazioni dei creditori, sì che la procedura potrebbe arrestarsi per vari motivi (declaratoria di inammissibilità, mancata approvazione della proposta da parte dei creditori, revoca dell'ammissione alla procedura, diniego di omologa), conducendo in tale ipotesi, nella normalità dei casi, al fallimento. In questo contesto normativo e giurisprudenziale, pertanto, il legislatore del 2016, ove avesse inteso sottoporre all'autorizzazione del giudice delegato la partecipazione dell'impresa a gare pubbliche, o la prosecuzione dei contratti pubblici pendenti, anche dopo l'omologa del concordato, avrebbe esplicitato tale intendimento, posto che esso costituirebbe una palese deviazione rispetto ai principi ed alle regole che governano la materia; nulla di ciò si rinviene invece nel testo dell'art. 110, che, come l'art. 186 *bis* l. fall., fa riferimento a fasi della procedura di concordato (la presentazione della domanda, l'ammissione), e non invece all'esecuzione del concordato omologato. Da ultimo va osservato che la tesi qui propugnata era stata affermata, nel vigore del vecchio Codice degli Appalti, dal Consiglio di Stato, che ha di recente ribadito l'orientamento così espresso (cfr. la sentenza n. 2305 del 2012 e l'ordinanza pronunciata in sede cautelare il 19 gennaio 2017)”

¹⁴ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *sub art. 186 bis*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli, 2014, p. 572.

¹⁵ Nel medesimo senso si è espresso il TAR di Trento con sentenza n. 179 del 24 maggio 2017, in *Foro amm.*, 2017, 5, 1111, il quale ha statuito che gli adempimenti richiesti dalla normativa sui contratti pubblici nonché dall'art. 186 *bis* l.f. per la partecipazione alle gare per l'assegnazione di contratti pubblici (attestazione del professionista ed avvalimento) riguardano unicamente la fase antecedente all'omologa del concordato preventivo con continuità aziendale. Successivamente all'omologa, con la chiusura della procedura di concordato ex art. 181 l.f., non sono più richiesti i succitati adempimenti, essendosi verificato per l'imprenditore il passaggio dal regime di spossessamento attenuato, proprio della procedura, al riacquisto della piena capacità di agire. Per quanto riguarda la giurisprudenza civile, si è espressa nel medesimo senso del TAR di Trento la recente sentenza del Tribunale di Bolzano del 9 gennaio 2018, in *www.fallimentiesocieta.it*, 8 febbraio

Conseguentemente laddove i bandi di gara e/o le lettere d'invito dovessero provvedere un obbligo per i concorrenti di dichiarare la particolare condizione di essere in concordato con continuità aziendale pur dopo l'omologazione del medesimo, chiudendo comunque l'omologa la fase di concordato, detti bandi di gara o lettere d'invito sarebbero affetti da nullità rilevabile d'ufficio per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46, comma I bis, del d.lgs. 163/2006.

Del resto, deve ritenersi del tutto logica e ragionevole l'applicazione delle norme di cui ai commi 4, 5 e 6 dell'art. 186 *bis* l.f. solo nel periodo che intercorre fra il deposito della domanda di concordato e l'omologazione.

Invero, solo in relazione a tale periodo vi è incertezza in ordine all'esito della procedura e, quindi, alla composizione della crisi d'impresa.

In tale frangente, infatti, non si sa, infatti, ancora se la domanda di concordato sarà ammissibile, se la proposta concordataria verrà approvata dai creditori o se essa, pur approvata, verrà omologata dal tribunale⁽¹⁶⁾.

2018, che peraltro rappresenta il più completo ed approfondito tentativo di sintesi e coordinamento fra la normativa del codice degli appalti e quella della legge fallimentare in tema di concordato preventivo con continuità aziendale e partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici: *“A tal fine si veda anche la pronuncia del T.A.R. Trento 24.5.2017, che, affrontando in particolare la questione se sia necessario sottoporre all'autorizzazione del giudice delegato la partecipazione dell'impresa a gare pubbliche, o la prosecuzione dei contratti pubblici pendenti, anche dopo l'omologa del concordato, giungendo alla condivisibile soluzione negativa (sul punto vedi anche Tribunale Trento 30.01.2017), afferma il principio che non debba ritenersi mutato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 (nuovo codice dei contratti pubblici) ed in particolare dell'art. 110, comma 3 e 4 e che deve ragionevolmente ritenersi che la citata disposizione del nuovo codice (186 bis comma 4) si riferisca pur sempre alla fase antecedente l'omologazione, ed in particolare a quella precedente dell'ammissione, come del resto pure letteralmente si esprime, laddove la previsione sia dell'autorizzazione del giudice delegato sia del parere ANAC è riferita ad un'impresa "ammessa" al concordato, e dunque non ancora omologato, ribadendo a chiare lettere che proprio sulla base di quest'ultima considerazione, è evidente che per ottenere il risultato sperato, all'impresa deve essere consentito di operare sul mercato come qualsiasi altro operatore economico”*.

¹⁶ Cfr., sul punto, Trib. Trento, 30 gennaio 2017, *cit.*, secondo cui le disposizioni di cui all'art. 186 bis l.f. “si giustificano con la considerazione che, dopo il deposito del ricorso, tanto più se presentato ai sensi dell'art. 161, comma 6°, l. fall., ed anche dopo la pronuncia del decreto di ammissione alla

Di qui l'esigenza che la partecipazione alla gara per l'ottenimento di contratto pubblico venga ad essere corredata dalla c.d. dichiarazione di avvalimento e cioè *“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 nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto”*, in tal modo preservando e garantendo la stazione appaltante in ordine all'esecuzione dell'opera pubblica a prescindere dagli esiti della procedura concordataria in continuità.

Dopo l'omologazione, viceversa, l'impresa è restituita *in bonis*, avendo composto e superato - anche in virtù degli effetti dell'omologa medesima, *in primis* l'esdebitazione - lo stato di crisi e la stessa si trova ad operare come qualsiasi altra impresa alla quale non vengono certo richieste attestazioni di capacità di adempimento o dichiarazione di impegno a subentrare da parte di altre imprese, benché in riferimento a qualsiasi impresa, e non solo a quelle che si siano viste omologare un concordato preventivo in continuità, sussisterebbe parimenti in capo alla stazione appaltante *“l'utilità di tali garanzie”*, posto che nulla garantisce quest'ultima che una qualsiasi impresa *in bonis*, aggiudicataria dei lavori di esecuzione di un'opera pubblica, non cada successivamente in situazione di crisi durante l'esecuzione di detta opera o, addirittura, non fosse già di fatto in stato di

procedura di concordato, la *“bontà”* della soluzione della crisi proposta dall'imprenditore è ancora sottoposta al vaglio degli organi della procedura ed alle valutazioni dei creditori, sì che la procedura potrebbe arrestarsi per vari motivi (declaratoria di inammissibilità, mancata approvazione della proposta da parte dei creditori, revoca dell'ammissione alla procedura, diniego di omologa), conducendo in tale ipotesi, nella normalità dei casi, al fallimento”.

crisi al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, pur non avendo richiesto l'accesso a procedure concorsuali.

La realtà è che la tutela dei creditori durante la fase esecutiva non può essere realizzata mediante l'utilizzo surrettizio nelle norme di cui ai commi quinto e sesto dell'art. 186 bis l.f., che sono dettate unicamente in relazione alla partecipazione a gare pubbliche “durante la procedura di concordato”, con l'effetto pratico di impedire il ritorno *in bonis* della società concordataria che verrebbe differito dal momento della definitività del decreto di omologa a quello successivo della completa esecuzione degli obblighi di cui alla proposta concordataria, snaturando e tradendo le finalità del legislatore della riforma del 2012 e del 2015 della legge fallimentare relative al *favor* per le soluzioni concordatarie che prevedono la continuità aziendale.

Invero, ad opinare diversamente, a dispetto del *favor* legislativo per la continuità aziendale, paradossalmente i concordati con continuità verrebbero a subire un trattamento deteriore rispetto alle imprese che hanno visto approvare ed omologare un concordato liquidatorio in cui i limiti di accesso alle gare pubbliche pacificamente vengono meno con la pronuncia del decreto di omologa, ed alle quali nessuno viene a chiedere attestazioni di professionisti o dichiarazioni di avvalimento, benché le esigenze di garanzia nei confronti della stazione appaltante si pongano in modo decisamente più pressante nell'ipotesi di concordato liquidatorio, laddove la programmata liquidazione dei tutti i beni, ivi compresi quelli componenti l'azienda pone problemi di incertezza in ordine alla realizzazione dell'opera pubblica ben maggiori rispetto all'azienda pienamente in esercizio che è il presupposto per l'ammissione e l'omologazione di un concordato con continuità aziendale.

Inoltre va considerato che la programmata partecipazione a gare pubbliche, al fine di ottenere l'aggiudicazione di lavori che costituiscono l'oggetto dell'attività di

impresa della società ammessa al concordato con continuità, così come la ragionevole capacità di adempimento, sono tutti elementi che hanno costituito oggetto da un lato dell'attestazione da parte del professionista in ordine alla fattibilità del piano ed al miglior soddisfacimento dei creditori e dell'altro delle verifiche da parte del commissario giudiziale. Attestazione e verifiche sulla cui base i creditori vengono chiamati ad esprimere il loro consenso alla proposta concordataria ed il tribunale ad omologare il concordato che sia stato approvato dai creditori medesimi.

Se non sussistesse la condizione di conformità al piano della partecipazione a gare pubbliche e della ragionevole capacità di adempimento del contratto, il piano concordatario non avrebbe potuto essere attestato e quindi la società non avrebbe potuto essere ammessa alla procedura ed il concordato non avrebbe potuto essere omologato.

Da ultimo può osservarsi come gli adempimenti di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 186 bis l.f. siano stati oggi del tutto superati dalla nuova disciplina sui contratti pubblici di cui all'art. 110 del D.Lgs. n. 50/2016, facendo ancor più chiarezza sul fatto che, in ogni caso, dette disposizioni non si applicano rispetto ai concordati con continuità dopo la definitività del decreto di omologazione e la chiusura della procedura.

In base a tale norma, infatti, le imprese ammesse al concordato con continuità aziendale, *“su autorizzazione del giudice delegato, possono:*

- a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;*
- b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale”.*

In base al nuovo Codice degli Appalti, pertanto, ai fini della partecipazione a gare pubbliche, non è più richiesta la presentazione in gara dell'attestazione del professionista sulla conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento, che è stata assorbita dall'autorizzazione da parte del giudice delegato.

Quest'ultima norma è particolarmente significativa perché, come si è più sopra visto, la più attenta giurisprudenza ha avuto modo di evidenziare che proprio il disposto dell'art. 110, nel subordinare la prosecuzione dei contratti pubblici da parte dell'impresa in concordato con continuità aziendale, ovvero la sua partecipazione a gare pubbliche, *ad un'autorizzazione del giudice delegato*, contribuisce a chiarire l'ambito temporale di applicabilità di tale normativa⁽¹⁷⁾ cosicché dopo l'omologazione nessuna autorizzazione deve essere richiesta dall'impresa al giudice delegato per poter partecipare a gare pubbliche posto che quest'ultimo, sulla base di quanto disposto dall'art. 167 l.f., non può più rilasciare autorizzazione alcuna rispetto agli atti di straordinaria amministrazione che il debitore intenda compiere, avendo lo stesso riacquisito la piena capacità di disporre dei propri beni.

Sotto altro aspetto non è più richiesta di regola la dichiarazione di avvalimento, se non in talune specifiche delimitate ipotesi, cosicché quello che avrebbe dovuto essere il principale strumento di garanzia per la stazione appaltante è stato ritenuto, di regola, non necessario da parte dello stesso legislatore.

¹⁷ Cfr. Trib. Trento 1 giugno 2016, cit. e Trib. Trento 30 gennaio 2017, cit.