

## **Determinazione n. 3 del 23/04/2014**

(pubblicata nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale, n. 114 del 19 maggio 2014)

### **Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni contenute nell'art. 38, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006 afferenti alle procedure di concordato preventivo a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 186-bis della legge fallimentare (concordato con continuità aziendale).**

#### **Premessa**

Con il Comunicato n. 68 del 29 Novembre 2011, l'Autorità forniva chiarimenti in ordine alla procedura di concordato preventivo ed alla sua incidenza sul mantenimento, ai fini della qualificazione, del requisito genericamente previsto dall'articolo 38, comma 1, lettera a) del D.Lgs. n. 163/2006.

In particolare, alla luce della finalità sottesa all'istituto in esame, volto al risanamento dell'attività imprenditoriale, l'Autorità riteneva opportuno prospettare un'interpretazione della norma in grado di salvaguardare la continuazione dell'impresa, evitando di incidere sui rapporti contrattuali in essere o sul mantenimento del possesso della qualificazione rilasciata ante procedura in regime di solidità aziendale.

Pertanto, al fine di garantire omogeneità nelle procedure di controllo dei requisiti attribuite alle SOA, era stato chiarito che le imprese sottoposte a concordato preventivo non potevano conseguire o rinnovare la qualificazione e che quelle già qualificate prima dell'apertura del procedimento di concordato preventivo (alle quali, peraltro, era comunque preclusa la partecipazione alle gare e la possibilità di riattestazione) non dovevano essere assoggettate ai procedimenti ex art. 40, comma 9-ter del Codice dei contratti pubblici per sopravvenuta perdita del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del medesimo Codice, nella parte relativa alla siffatta procedura.

La normativa di cui al concordato preventivo è stata modificata dall'articolo 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, come modificato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134, con l'introduzione dell'istituto del concordato preventivo finalizzato alla prosecuzione dell'attività da parte di imprese che versano in stato di crisi non insuperabile, disciplinato dall'art. 186-bis della Legge fallimentare (Concordato con continuità aziendale), da ultimo modificato dalla legge n. 9/2014, nonché del ricorrere in tal caso di una disciplina di favore per le imprese soggette alla procedura in esame. In tale ottica è stata prevista, infatti, la possibilità per le imprese di partecipare a procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici in via d'eccezione, al ricorrere dei determinate condizioni, con conseguente modifica del dettato normativo di cui all'art. 38, c. 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici D.Lgs. n. 163/2006.

A fronte di tale modifica normativa, è sorta l'esigenza di aggiornare il precedente comunicato dell'Autorità n. 68/2011, fornendo chiarimenti in ordine alla corretta interpretazione della novellata normativa.

#### **Il concordato preventivo e le novità introdotte dall'art. 186-bis della Legge fallimentare**

Come esposto in premessa, l'articolo 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, come modificato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134, ha introdotto l'articolo 186-bis della legge fallimentare n. 267/42 e s.m.i. che disciplina la particolare fattispecie del cosiddetto "concordato con continuità aziendale", nuova figura ricorrente quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) della medesima legge prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione.

In tale ipotesi, la norma stabilisce la previsione di benefici ed agevolazioni quali la moratoria annuale sui crediti muniti di diritti di prelazione (art. 186-bis, c. 2), l'inefficacia delle clausole di risoluzione dei contratti in corso a motivo dell'apertura della procedura nonché, al ricorrere di determinate condizioni indicate dal medesimo articolo di legge, la prosecuzione di detti contratti stipulati con pubbliche amministrazioni, che quindi non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura con l'espressa previsione di inefficacia di eventuali patti contrari (art. 186-bis, c. 3).

Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti.

Per quanto concerne la disciplina della partecipazione alle gare, la norma introduce una distinzione tra le imprese che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale e non abbiano ancora ottenuto il decreto di ammissione e le imprese che risultino invece già ammesse al predetto concordato.

In particolare, in relazione alla prima fattispecie, il comma 4 dell'art. 186-bis della Legge fallimentare, introdotto dall'art. 13, comma 11-bis, D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9, prevede che " *successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di nomina, provvede il Tribunale* ".

Per le imprese che abbiano ottenuto il decreto di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, la norma in esame stabilisce, invece, che tale ammissione 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'articolo 67, terzo comma, lettera d) della L.F., 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 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, richiamando l'applicazione dell'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

La logica che sorregge la novella è, in tal senso, chiara: da un lato, supportare l'impresa nel tentativo di recuperare la stabilità aziendale, dall'altro circondare detta opportunità di una serie di cautele in modo da preservare le pretese creditorie e consentirne, al contempo, una migliore soddisfazione, richiedendo al debitore concordatario - che intenda continuare l'attività di impresa - taluni adempimenti aggiuntivi rispetto a quelli ordinari.

L'avvenuta espressa regolamentazione dell'istituto in esame come *species* del più ampio *genus* di concordato preventivo, specificatamente finalizzata al ritorno *in bonis* dell'impresa (con conseguente migliore soddisfazione dei creditori), conduce a ritenere che sia ormai netta la distinzione tra concordati puramente liquidatori e concordati caratterizzati dalla illustrata finalità di prosecuzione dell'attività di impresa.

Di conseguenza, il legislatore ha modificato anche l'articolo 38, comma 1, lettera a) del Codice, confermando tra le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento l'assoggettamento dell'impresa ad una procedura di concordato preventivo, facendo salvo il caso di cui alla previsione dell'art. 186-bis della legge fallimentare concernente il concordato preventivo con continuità aziendale.

### **Regime di qualificazione delle imprese in ipotesi di concordato preventivo ordinario**

Alla luce di quanto sopra chiarito in linea generale in merito all'introduzione dell'istituto del concordato con continuità aziendale, ne consegue che al di fuori dei confini indicati dal citato articolo 186-bis, deve concludersi nel senso che le imprese sottoposte a concordato preventivo "ordinario" rientrano nell'operatività della causa ostativa prevista dall'art. 38, comma 1, lett. a) del Codice, con conseguente incapacità di conseguire l'attestazione in forza del rinvio contenuto nell'art. 78 del D.P.R. n. 207/2010 ai requisiti di carattere generale previsti per la partecipazione alle gare.

Al riguardo, si rileva, sulla scorta dell'interpretazione dell'articolo 186-bis, terzo comma, che qualora l'impresa non presenti domanda di ammissione al concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato "con continuità aziendale", i contratti in corso vadano incontro alla risoluzione per effetto dell'apertura della procedura, con conseguente applicazione dell'art. 140 del Codice dei contratti pubblici.

Sulla scorta di quanto considerato si deduce, pertanto, che a tali imprese sono preclusi la partecipazione alle gare, il conseguimento ed il rinnovo della qualificazione.

L'ambito di applicazione della causa ostativa risulta definito dal citato art. 38 del Codice, laddove si fa riferimento alle imprese che si trovano in stato di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, dovendosi pertanto precisare che sin dal momento del deposito del ricorso l'impresa non possieda il requisito in esame.

La cessazione della causa ostativa coincide, infine, con la chiusura della procedura, che viene formalizzata con il decreto di omologazione del concordato preventivo ai sensi dell'articolo 180 L.F. Considerato, altresì, che la domanda di ammissione al concordato, al di fuori dell'operatività delle disposizioni di favore introdotte dall'art. 186-bis, comporta la risoluzione dei contratti in corso, con conseguente applicazione dell'art. 140 del Codice, parimenti deve ritenersi che le imprese in possesso dell'attestazione di qualificazione debbano essere soggette ai procedimenti ex art. 40, c. 9-ter di decadenza dell'attestazione per sopravvenuta perdita del relativo requisito di carattere generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del medesimo Codice.

### **Regime di qualificazione delle imprese in ipotesi di concordato preventivo "con continuità aziendale"**

Relativamente alle imprese sottoposte alla procedura di concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato "con continuità aziendale", occorre distinguere preliminarmente, come sopra accennato, l'esistenza di una prima fase relativa alla presentazione della domanda di concordato (atto introduttivo del procedimento), da cui iniziano a decorrere determinati effetti inquadabili nell'ambito di una tutela di carattere anticipatorio, ed una seconda fase, di carattere eventuale, che prende le mosse dall'ammissione al concordato preventivo.

Ciò premesso, si precisa che alla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale la norma salvaguarda la possibilità di esecuzione dei contratti in corso, risultando ulteriormente previsto che una volta emesso il decreto che ammette l'impresa alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, l'esecuzione del contratto è consentita

a condizione che venga prodotta la relazione del professionista attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto pubblico.

Relativamente alla partecipazione alle gare, il nuovo comma 4 dell'art. 186-bis della Legge fallimentare ha precisato che " *successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di nomina, provvede il Tribunale* ". Le considerazioni svolte in materia di partecipazione alle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici vanno raccordate con le disposizioni regolanti l'ambito della qualificazione, in forza del rinvio alle disposizioni di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici D.Lgs. n. 163/2006 contenuto nell'art. 78 del Regolamento D.P.R. n. 207/2010, atteso che l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione costituisce il presupposto per la successiva partecipazione alle gare di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro.

Da ciò, partendo dalla premessa per cui *condicio sine qua non* per la prosecuzione dell'esecuzione dell'appalto di lavori è proprio il mantenimento dell'efficacia dell'attestazione SOA, e che l'autorizzazione giudiziale a partecipare alle procedure di affidamento postula il preventivo possesso della qualificazione da parte dell'operatore economico, deve concludersi nel senso che la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato "con continuità aziendale" non comporta la decadenza dell'attestazione di qualificazione; in tale ipotesi, la domanda di ammissione non costituisce, altresì, elemento ostativo ai fini della verifica triennale o del rinnovo (per le imprese attestate) o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione (per le imprese non attestate).

In tale ipotesi, resta fermo l'obbligo della SOA di monitorare lo svolgimento della procedura concorsuale in atto e di verificare il mantenimento del requisito con l'intervenuta ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, pena la decadenza dell'attestazione in caso di mancata ammissione per sopravvenuta perdita del requisito.

Per quanto concerne, invece, la fase successiva all'intervenuta ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, il legislatore consente a partire da questo momento la partecipazione alle gare prevedendo, come sopra esposto, la presentazione degli ulteriori elementi di garanzia indicati dall'art. 186-bis L.F. Ne consegue, pertanto, che una volta intervenuto il decreto di ammissione alla procedura di concordato con continuità aziendale è consentita la dimostrazione del requisito di cui all'art. 38, c. 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici, sia ai fini della partecipazione alle gare, sia ai fini dell'ottenimento della qualificazione in forza del rinvio al citato art. 38 contenuto nell'art. 78 del Regolamento D.P.R. n. 207/2010.

Come sopra evidenziato, l'art. 186-bis L.F., nel disciplinare l'ammissione alle gare per le imprese ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale, richiede la presentazione in gara di una relazione di un professionista che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto, nonché la presenza di un garante per l'esecuzione dell'opera nelle forme dell'avvalimento ex art. 49 del Codice.

Tali prescrizioni, seppur contenute nella novellata norma fallimentare richiamata nell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, non risultano estensibili anche all'ambito della qualificazione, posto che la medesima viene rilasciata come "patente abilitante" per tutto il periodo di validità della stessa, non potendosi prospettare quindi l'esibizione di dichiarazioni di garanzie indefinite in quanto non riferibili a contratti specifici, né valutazioni di capacità di adempimento svincolate da riferimenti a specifici appalti.

Restano ferme le garanzie che vengono assunte successivamente dalle singole stazioni appaltanti al fine di garantire la corretta esecuzione dei contratti.

### **Regime di qualificazione delle imprese in ipotesi di concordato preventivo "in bianco"**

Accanto alle figure di concordato sopra delineate, il "Decreto Sviluppo 2012" (D.L. n. 83 del 2012) ha introdotto anche il cosiddetto "concordato in bianco", riconoscendo al debitore la facoltà di depositare, presso la cancelleria del Tribunale competente, un ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, riservandosi di produrre successivamente, nel termine fissato con decreto dal giudice, la proposta e il piano concordatario e i documenti previsti dall'articolo 161 Legge Fallimentare; con ciò ponendo il dubbio in dottrina ed in giurisprudenza se la c.d. domanda in bianco (ex art. 161, comma 6, L.F.) sia compatibile con una proposta di concordato preventivo in continuità aziendale ai sensi dell'art. 186-bis L.F.

Tuttavia, poiché la presentazione del piano è presupposto per l'applicabilità dell'art. 186 bis L.F., le domande di concordato "in bianco" non risultano essere idonee, di per sé, a permettere la prosecuzione dell'attività.

Da ciò ne deriva che tale ipotesi costituisce causa ostativa per la qualificazione nonché presupposto per la soggezione dell'impresa al procedimento ex art. 40, c. 9-ter del Codice per perdita del corrispondente requisito.

### **Sulla base di quanto sopra considerato**

#### **IL CONSIGLIO**

ritiene che:

- al di fuori dei confini indicati dal citato articolo 186-bis, le imprese sottoposte a concordato

preventivo "ordinario" rientrano nell'operatività della causa ostativa prevista dall'art. 38, comma 1, lett. a) del Codice, con conseguente incapacità di conseguire l'attestazione in forza del rinvio contenuto nell'art. 78 del D.P.R. n. 207/2010 ai requisiti di carattere generale previsti per la partecipazione alle gare;

- le imprese già qualificate, sottoposte a concordato preventivo "ordinario", sono soggette ai procedimenti ex art. 40, comma 9-ter del Codice di decadenza dell'attestazione per sopravvenuta perdita del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del medesimo Codice;
- la causa ostativa in caso di concordato preventivo "ordinario" decorre dalla domanda di ammissione al concordato, e cessa con il decreto di omologazione del concordato preventivo ai sensi dell'articolo 180 L.F.;
- la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato "con continuità aziendale", impedendo la risoluzione dei contratti in corso e consentendo, previa autorizzazione del Tribunale, la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, non comporta la decadenza dell'attestazione di qualificazione; in tale ipotesi, la domanda di ammissione non costituisce altresì elemento ostativo ai fini della verifica triennale o del rinnovo (per le imprese attestate) o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione (per le imprese non attestate), fermo restando l'obbligo della SOA di monitorare lo svolgimento della procedura concorsuale in atto e di verificare il mantenimento del requisito con l'intervenuta ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale;
- successivamente al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, le imprese possono dimostrare il possesso del requisito di cui all'art. 38, c. 1, lett. a) in sede di rilascio dell'attestazione di qualificazione, con la precisazione che le prescrizioni di cui all'art. 186-bis, comma 5 L.F. sono espressamente riferite alla sola fase di gara.

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 8 maggio 2014

Il Segretario: Maria Esposito