



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 362 DEL 22 aprile 2020

OGGETTO: Riesame delibera n. 43/2020 – Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Pellicani & Noviello S.n.c. – Procedura aperta per l'appalto di servizio di conduzione, manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti termici e di climatizzazione (autonomi e centralizzati) delle strutture ospedaliere e territoriali dell'Azienda Sanitaria della Provincia di Bari suddiviso in 3 lotti – S.A. Azienda Sanitaria Locale Bari.

PREC 202/19/S

Il Consiglio

Considerato in fatto

L'operatore economico Modus FM S.p.a. ha trasmesso, con nota acquisita al prot. 23047 del 20 marzo 2020, l'istanza di riesame della delibera Anac n. 43 del 22 gennaio 2020, comunicata il 31 gennaio 2020, per la parte che lo riguarda.

Si premette che la delibera Anac n. 43/2020 è stata resa su istanza singola di parere di precontenzioso dell'operatore economico Pellicani & Noviello S.n.c. del 18 novembre 2019, e pertanto ha natura di parere di precontenzioso non vincolante. Con l'istanza originaria venivano poste alcune questioni riferite alla gara in oggetto, fra le quali quella relativa alla possibile esclusione del concorrente Modus FM S.p.a., il quale aveva presentato in corso di gara domanda prenotativa di concordato con riserva ai sensi dell'art. 161, co. 6 l. fall..

In relazione a tale specifico punto, la delibera richiamava, ai fini delle conseguenti determinazioni della stazione appaltante, la più recente giurisprudenza in materia (T.a.r. Lazio, 22 luglio 2019, n. 9782), la quale, anche sulla scorta di quanto affermato dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza 28 marzo 2019 (causa C-101/18), riteneva che la presentazione della domanda di concordato “in bianco” in corso di gara comporti l'esclusione, dal momento che “secondo la giurisprudenza, la partecipazione ad una procedura selettiva per l'affidamento di un contratto di appalto pubblico, così come la permanenza all'interno della procedura stessa, laddove al momento dell'avvio non era stata presentata, da parte dell'operatore economico, alcuna domanda di “concordato in bianco”, rientrano nella



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

categoria degli atti di straordinaria amministrazione, anche perché già solo la partecipazione alla procedura potrebbe ridurre ancor di più le opportunità di tutela dei creditori; ne consegue che l'istanza del debitore di ammissione al concordato preventivo “in bianco” (ovvero priva del piano, della proposta e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 l. fall.) costituisce una condizione impeditiva alla partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche (Cons. Stato n. 3984/19; Cons. Stato n. 5966/18; Cons. Stato n. 3225/18”).

La delibera n. 43/2020 concludeva quindi che, alla luce della giurisprudenza più recente, era da ritenere legittima l'esclusione del concorrente che avesse presentato, in corso di gara, domanda di concordato in bianco o con riserva.

Con l'istanza di riesame, il concorrente Modus FM S.p.a. espone di aver presentato domanda di concordato preventivo con continuità aziendale, con riserva di presentare la relativa proposta e il piano, il 9 luglio 2019 (quindi in corso di gara e prima che la commissione giudicatrice giungesse a proporre l'aggiudicazione, in data 17 settembre 2019), per i cui adempimenti il Tribunale competente assegnava il termine del 9 dicembre 2019; di aver poi chiesto una proroga di tale termine, che il Tribunale concedeva fino al 7 febbraio 2020; e di avere in tale data depositato il piano e la proposta. Egli evidenzia quindi che, avendo depositato il piano in data 7 febbraio 2020, tale deposito non gli precluderebbe la possibilità di accedere ai contratti pubblici, in quanto l'art. 186-*bis* l. fall., secondo cui “i contratti in corso di esecuzione alla data del deposito non si risolvono [...]” dovrebbe applicarsi anche in fase prenotativa.

Ritenuto in diritto

Occorre premettere che, con determinazione n. 5/2015, l'Anac, nel riconsiderare il proprio orientamento del 2014 sulla materia, affermava che la norma che consente il concordato con continuità aziendale, nella parte in cui disciplina l'autorizzazione per la partecipazione alla gara e prevede che debba necessariamente essere acquisito il parere del commissario giudiziale, interpretata sistematicamente si riferisca, implicitamente, alla possibilità che le imprese siano autorizzate alla partecipazione alla gara non solo in caso di presentazione della domanda di concordato preventivo con



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

“continuità aziendale” ma anche in caso di presentazione della domanda di concordato “in bianco”. In quest’ultima ipotesi sarà, in ogni caso, il giudice a valutare se autorizzare la suddetta partecipazione, sulla base dell’effetto prenotativo della domanda in ordine alla futura presentazione del piano e verificando che sussistano le condizioni per consentire intanto la partecipazione medesima.

L’art. 80, co. 5 lett. b) del d.lgs. 50/2016, nella versione *ratione temporis* applicabile alla procedura in oggetto, contemplava l’esclusione dell’operatore economico che si trovasse in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi fosse in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall’art.110. Tale ultima disposizione prevedeva, al comma 4, che «L’impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell’articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato».

La delibera 43/2020, per la parte ora oggetto di istanza di riesame, si ricollega alla più recente giurisprudenza in materia (Cons. Stato, 13 giugno 2019, n. 3984; T.a.r. Lazio, 22 luglio 2019, n. 9782; T.a.r. Piemonte del 24 settembre 2019, n. 990).

Il Consiglio di Stato (sent. 3984/2019 cit.) distingue infatti accuratamente la situazione dell’impresa che proponga istanza di concordato preventivo con continuità aziendale da quella che richieda un “pre-concordato” (o “concordato con riserva” o “concordato in bianco”), il quale consiste nella possibilità di depositare una domanda di concordato preventivo priva, di fatto, di contenuto, essendo finalizzata solo a chiedere al Tribunale la concessione di un termine al fine di poter predisporre e poi presentare la vera e propria proposta di concordato, da corredare con il piano e la relativa documentazione.

La sentenza evidenzia come, dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all’articolo 163 l. fall., il debitore possa compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, e che «la partecipazione ad una procedura selettiva per l'affidamento di un contratto di appalto pubblico – così come la permanenza all'interno della procedura stessa, laddove al momento dell'avvio non era stata presentata, da parte dell'operatore economico, alcuna domanda di “concordato in bianco” – non possono inserirsi nell'ambito degli eventi occasionati dallo svolgimento di una attività ordinaria, ma rientrano nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione, anche solo per la circostanza che



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

già solo la partecipazione alla procedura potrebbe ridurre ancor di più le opportunità di salvaguardia dei creditori. È dunque evidente che l'istanza del debitore di ammissione al concordato preventivo costituisce una condizione impeditiva alla partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche, ma tal situazione ostantiva può essere superata solo mediante l'adempimento degli obblighi documentali contemplati da tale disposizione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2018 n. 3225)».

Secondo il T.a.r. Piemonte (sent. 990/2019 cit.), «nei casi di domanda di concordato preventivo “in bianco”, l'assenza del piano costituisce la confessione da parte dell'operatore delle difficoltà economiche in cui versa, e quindi dell'assenza di sufficienti requisiti di affidabilità economica ai fini della partecipazione a pubbliche gare, a differenza del caso in cui, invece, il piano sia stato presentato e positivamente vagliato dal giudice fallimentare con l'ammissione dell'impresa al concordato con continuità aziendale, giacchè in tal caso la solidità e l'affidabilità economica dell'impresa hanno ricevuto un autorevole avallo in sede giurisdizionale».

Nel richiamare la sentenza del T.a.r. Lazio sopra citata, il T.a.r. Piemonte ribadisce quindi che «tale opzione ermeneutica è coerente con la normativa comunitaria, in quanto, con sentenza del 28 marzo 2019 (causa C-101/18) la Corte di Giustizia ha stabilito che: - è conforme al diritto dell'Unione e soprattutto al principio di uguaglianza nella procedura di aggiudicazione di appalti pubblici per la legislazione nazionale escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico un operatore economico che ha presentato una domanda di concordato “in bianco” piuttosto che non escluderlo (paragrafo 48); - inoltre, la situazione in cui detto operatore non s'impegna già, alla data in cui la decisione di esclusione è adottata, a procedere al concordato preventivo al fine di proseguire la sua attività non è paragonabile, con riguardo alla sua affidabilità economica, alla situazione di un operatore economico che s'impegna a tale data a proseguire la propria attività economica (paragrafo 49)».

Tutto ciò premesso, occorre ora ricondurre tali conclusioni alla luce della sentenza con la quale il Consiglio di Stato (sez. V, sent. 21 febbraio 2020, n. 1328), in sede di appello avverso la sopra citata sentenza del T.a.r. Lazio, ha avuto modo di osservare che «l'autorizzazione del tribunale fallimentare a partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici, prevista dall'art. 186-bis, co. 4 l. fall. nei confronti dell'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale può intervenire anche nel corso della procedura di gara, e che essa può riguardare anche la versione del concordato con riserva o “in



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

bianco” (nella versione applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dal sopra citato decreto-legge n. 32 del 2019) per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici in caso di concordato con continuità aziendale. Tale autorizzazione «contiene l'accertamento che tale partecipazione, in vista della successiva acquisizione della commessa pubblica, è conforme agli interessi dei creditori, perché tale da non pregiudicare la solvibilità dell'impresa in concordato [...]. Coerente con la natura di atto di accertamento è dunque la sua retroazione al momento in cui la valutazione si riferisce e non già a quella in cui essa è stata formalizzata nell'atto autorizzativo. Quanto ora osservato implica che l'accertamento della capacità dell'impresa di assumere l'appalto pubblico e di portarlo ad esecuzione anche se intervenuto in corso della procedura di gara risale comunque al momento in cui quest'ultima ha presentato la domanda di concordato. Sotto il profilo ora evidenziato non si ravvisano dunque ostacoli ad ammettere che l'autorizzazione ex art. 186-bis, comma 4, della legge fallimentare intervenga nel corso della procedura di gara, anche nel caso del concordato in bianco finalizzato alla continuità aziendale. In tale variante la procedura mantiene il suo carattere unitario, risalente all'epoca in cui è stato proposto il ricorso ex art. 161, comma 6, l. fall. (in questo senso Cass. civ. I, 29 maggio 2019, n. 14713, richiamata dall'appellante in memoria conclusionale). Ciò consente di fare risalire a tale momento, secondo lo schema dell'atto prenotativo, la deroga al divieto di partecipazione a procedure di affidamento per imprese sottoposte a procedure concorsuali ex art. 80, comma 5, lett. b), del codice dei contratti pubblici prevista per il caso di concordato con continuità aziendale».

Il supremo consesso di giustizia amministrativa ritiene tuttavia che «il fatto che l'autorizzazione giunga a gara ormai conclusa fa sì che l'accertamento dell'esistenza di tale causa ostativa alla partecipazione sia divenuto definitivo». Ciò che viene sottolineato è infatti che «Intanto può operare l'eccezione al principio di continuità dei requisiti - affermato in generale dalla costante giurisprudenza amministrativa (per tutti: Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8) - di cui beneficiano le imprese in concordato con continuità aziendale in base al sopra citato art. 80, comma 5, lett. b), del codice dei contratti pubblici, in deroga al divieto per le altre procedure concorsuali (nella disciplina vigente all'epoca in cui la gara in contestazione nel presente giudizio è stata bandita), in quanto l'autorizzazione del tribunale fallimentare ai sensi del più volte richiamato art. 186-bis, comma 4, l. fall. intervenga prima della conclusione della fase ad evidenza pubblica. Una volta definita quest'ultima restano invece irrilevanti per l'amministrazione le vicende



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

intervenute nella sfera soggettiva dell'operatore economico». Una ulteriore considerazione che si ricava dalla pronuncia in parola riguarda il fatto che eventuali dilazioni non possono essere riversate sull'amministrazione, dal momento che «l'equo bilanciamento dei contrapposti interessi, in relazione al quale il dato fondamentale da tenere in considerazione è che si discute di un'impresa in stato di crisi che nondimeno aspira ad eseguire un appalto pubblico, in deroga alle regole generali sui requisiti di partecipazione alle relative gare, induce a ritenere che debbano essere posti a carico di quest'ultima i rischi connessi ai ritardi con cui sia rilasciata l'autorizzazione del tribunale fallimentare rispetto alla definizione del procedimento di gara e non già sull'amministrazione, estranea alla procedura concorsuale ed interessata a contrarre con un soggetto di cui si certa la capacità economica e finanziaria per aggiudicarsi un contratto».

Pertanto, sulla scorta della giurisprudenza in materia, si ritiene di precisare la delibera n. 43/2020 nel senso che la partecipazione dell'impresa in concordato con riserva è consentita nei limiti in cui l'autorizzazione del Tribunale fallimentare che accerti la capacità economica della stessa di eseguire l'appalto intervenga nel corso della procedura di gara.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- sulla scorta della giurisprudenza in materia, si ritiene di precisare la delibera n. 43/2020 nel senso che la partecipazione dell'impresa in concordato con riserva è consentita nei limiti in cui l'autorizzazione del Tribunale fallimentare che accerti la capacità economica della stessa di eseguire l'appalto intervenga nel corso della procedura di gara.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 aprile 2020

Il Segretario Maria Esposito