

Prime indicazioni pretorie sul rapporto tra concordato in continuità e partecipazione ad una pubblica gara

di Riccardo Rotigliano

Data di pubblicazione: 1-10-2013

Tar Sicilia, Catania, Sezione III, ordinanza 27 settembre 2013, n. 828

Presidente Ferlisi; Estensore Cumin

In base al combinato disposto degli art. 186-bis del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 e 38, comma 1, lettera a), del D.Lgs. n. 163/2006, la possibilità di partecipazione ad una gara pubblica presuppone il completamento, con esito positivo, del procedimento aperto dalla richiesta di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale. Pertanto, va esclusa l'impresa che alla data di partecipazione alla procedura di gara, ovvero in epoca successiva e comunque prima della sottoscrizione del contratto, abbia solo depositato il ricorso ex art. 161 legge fallimentare per l'ammissione al concordato preventivo.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 2031 del 2013, proposto da:

Geo Ambiente Srl in Proprio E Nq, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Pappalardo, con domicilio eletto presso lo stesso in Catania, v.le Vittorio Veneto, 59;

contro

Comune di Vittoria, in persona del Sindaco legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Angela Bruno, con domicilio eletto presso Giuseppe Tamburello in Catania, via Ventimiglia, 145; S.A.P. Societa' Appalti Pubblici Srl, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Scozzari e Riccardo Rotigliano, con domicilio eletto presso Ivan Randazzo in Catania, via Nicola Coviello, 27;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

-della determinazione dirigenziale n° 1544 del 2-7-2013 con cui è stata revocata l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto del Servizio di Gestione dei R.U. ed Assimilati, Igiene Urbana e Servizi Speciali nel Comune di Vittoria alla ricorrente e contestualmente è stato affidato il servizio de quo alla società controinteressata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune Di Vittoria e di S.A.P. Societa' Appalti Pubblici Srl;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2013 il dott. Gustavo Giovanni Rosario Cumin e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che:

- in seguito alle modifiche apportate dal D.L. n. 83/2012, convertito, con modificazioni, in legge n. 134/2012, all'art. 38, primo comma, lettera a), del D.Lgs. n. 163/2006, l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale non determina più alcuna preclusione in ordine alla partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di contratti con la P.A. (o con soggetti ad essa assimilati, in tutto od in parte, per il regime dell'attività negoziale);

- in base al combinato disposto degli art. 186-bis del R.D. n. /1942 e 38, primo comma, lettera a), del D.Lgs. n. 163/2006, la possibilità di partecipazione ad una gara pubblica sembrerebbe tuttavia presupporre il completamento, con esito positivo, del procedimento aperto dalla richiesta di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale;

- in tale opinione rafforza l'orientamento manifestato dal Ministero del Lavoro in risposta ad interpello n. 37/0024249 del 21/12/2012, il quale esclude la possibilità di rilascio del DURC nei confronti delle imprese che abbiano provveduto al deposito del piano, senza tuttavia avere ancora ottenuto la sua omologazione da parte del Tribunale;

Ritenuto quindi che allo stato non sussiste il *fumus boni juris* necessario per l'accoglimento della proposta domanda cautelare;

- che la regolazione delle spese vada rimessa alla sentenza che definisca il giudizio;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza) rigetta la domanda cautelare proposta con il ricorso in epigrafe.

Spese al definitivo.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Agnese Anna Barone, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Referendario, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

L'ordinanza cautelare che si annota affronta una questione quasi inedita nei repertori di giurisprudenza, non foss'altro che per il fatto di essere frutto di una novella legislativa del 2012. Si tratta di stabilire se ed entro quali limiti l'impresa che sia stata ammessa al concordato in continuità possa partecipare ad una gara di appalto e se la speciale disciplina prevista dalla legge fallimentare in tale caso sia estensibile anche all'impresa che abbia chiesto di essere stata ammessa al concordato in continuità ma non sia stata ancora ammessa.

I PERCORSI ARGOMENTATIVI

L'art. 33 del "**decreto sviluppo**" (D.L. 22/06/12, n. 83) ha introdotto importanti modifiche alla legge fallimentare, ispirate dalla comune esigenza di mitigare gli effetti delle procedure concorsuali, rafforzando gli istituti alternativi al fallimento, e coniugando, in ciò, gli interessi del ceto creditorio con quelli dell'imprenditore in stato di insolvenza. È stato così disciplinato il c.d. **concordato con continuità aziendale**, mercé l'introduzione di un **articolo (186 bis)** recante disposizioni volte a consentire la prosecuzione dell'attività di impresa in costanza di una procedura di concordato. In particolare, "*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'articolo 67, terzo comma, lettera 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 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. Si applica [l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#).

Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso la dichiarazione di cui al quarto comma, lettera b), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento”.

Fa da *pendant* con tali disposizioni la modifica, parimenti introdotta dall'art. 33 cit., del Codice dei contratti. Tale modifica è consistita in ciò, che **la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) non opera nel caso disciplinato dall'art. 186 bis l.f. cit.**, ovvero quando l'impresa sia stata ammessa al concordato e abbia altresì corredato la domanda di partecipazione alla gara della documentazione indicata dall'art. 186 bis, comma 4 (la relazione di un professionista che attesti la capacità di eseguire il contratto e la disponibilità di un'altra impresa a subentrare al concorrente ammesso al concordato che non sia più in grado di eseguire il contratto). Per effetto della modifica in discorso, la causa di esclusione colpisce ora le imprese *“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”*.

Quid iuris nel caso in cui **l'impresa non sia stata ancora ammessa al concordato in continuità, ma si sia limitata a farne domanda** (*id est*: deposito del ricorso ex art. 161 l.f.) senza che però il Tribunale si sia ancora pronunciato?

A tale interrogativo fornisce una risposta l'ordinanza in commento.

Il Tribunale catanese parte dall'esatto presupposto secondo il quale, a seguito delle modifiche di cui si è sopra dato conto, il concordato preventivo non è più, al pari delle altre procedure concorsuali, un evento (la domanda di ammissione e poi l'eventuale ammissione) che segna in modo irreversibile la scomparsa dell'impresa dal mondo dei pubblici appalti. C'è, infatti, la norma dell'art. 186 bis cit., espressamente fatta salva dall'art. 38, che, però, va interpretata *stricto iure*, dal momento che costituisce una deroga (l'unica deroga) alla regola generale dell'incompatibilità assoluta tra procedura concorsuali e partecipazione ad un appalto scolpita dall'art. 38.

Ed ecco che, quindi, **stando alla lettera della legge, la deroga nel caso di concordato in continuità opera solo nel caso in cui l'impresa sia già stata ammessa alla procedura**. Essa, (*“salvo il caso di cui all'articolo 186 bis...”*), infatti, è tale (una deroga) solo rispetto alla

regola generale che collega l'esclusione all'impresa che "si trova" già in una situazione di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o di concordato preventivo. Mentre, invece, **nulla è innovato quanto all'ulteriore causa di esclusione (parimenti indicata alla lettera a) dell'art. 38) a carico dell'impresa "nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni"**.

A suggello della interpretazione della norma offerta, il Collegio cita la risposta dell'I.n.p.s. ad un interpello (n. 37/12), *"il quale esclude la possibilità di rilascio del DURC nei confronti delle imprese che abbiano provveduto al deposito del piano, senza tuttavia avere ancora ottenuto la sua omologazione da parte del Tribunale"*.

Sulla questione specifica affrontata dal Tar, constano solo due precedenti di merito di primo grado (recentissimi, come è ovvio, stante l'epoca di introduzione delle disposizioni di cui si discute), entrambi appellati.

Nel primo (Tar Friuli - Venezia – Giulia, 07/03/13, n. 146), il Giudice, sia pure in un *obiter dictum* (il ricorso è stato dichiarato inammissibile per difetto di interesse), ha ritenuto che *"esigenze di favor participationis e di valorizzazione delle prospettive di risanamento aziendale, sottese alla ratio della nuova norma fallimentare, cospirano nel senso di ritenere che la sola documentata istanza di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale consente di ammettere l'impresa alla gara pubblica. La lettura della norma auspicata in ricorso, che condiziona all'effettiva ammissione alla procedura concordataria la possibilità di partecipare alla selezione, oltre a sacrificare le suddette esigenze, condurrebbe alla illogica conseguenza di ricondurre l'effetto escludente al deposito della domanda di concordato e non anche al decreto di ammissione alla medesima procedura"*. Diametralmente opposta è la tesi propugnata nell'altro precedente (Tar Valle d'Aosta, 18/04/13, n. 23) nel cui solco si ascrive anche la pronuncia cautelare in rassegna (non a caso l'interpello dell'I.n.p.s. citato dal Tar Sicilia – Catania è valorizzato dal Tar Valle d'Aosta: *appare opportuno rimarcare come, ai fini del rilascio del DURC, necessario per la stipula del contratto, ad imprese che abbiano fatto domanda di concordato con continuità aziendale, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ritenga necessario non solo il deposito del piano, ma anche la sua omologazione da parte del Tribunale (risposta ad interpello n. prot. 37/0024249, del 21 dicembre 2012; nota n. prot. 4323 del 4 marzo 2013)*). Secondo il Tribunale Amministrativo della Valle d'Aosta, *"Una lettura piana dell'inciso dell'art. 38 ("...salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267..."), in combinato con il comma 4 dell'art. 186-bis ("...L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara: a)...") consente di affermare che si tratta di normativa che fa eccezione alla previsione di esclusione posta dallo stesso art. 38 per il caso di perdita di un requisito di ordine generale in corso di gara. Ne consegue che le norme relative al concordato con continuità aziendale siano, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, norme di stretta interpretazione. Tanto premesso, il difetto delle condizioni previste dal citato art. 186-bis, comma 4, è di per sé sufficiente all'accoglimento del ricorso; infatti: a) l'E. A. soc. coop. non è ancora stata ammessa al concordato preventivo; il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con provvedimento del 22 febbraio 2013, versato in atti il 7 marzo 2013, ha concesso termine ulteriore di 60 giorni per il deposito del piano di cui*

all'art. 161, comma 2, lett.e); tale circostanza è, di per sé sola, sufficiente ad integrare la violazione del citato comma 4; b) il piano, alla data della decisione, risulta non solo non essere ancora stato depositato ma non essere ancora stato ultimato; l'istanza di proroga è stata infatti motivata affermando che il soggetto incaricato di redigere il piano "...chiede di utilizzare la proroga per ultimare i dettagli del programma e del piano industriale che riveste notevole complessità...", e che l'attesa percezione di somme da parte della Edil Atellana soc. coop. "...potrebbe determinare variazioni degli importi di crediti e debiti iscritti in bilancio e quindi modifiche significative allo stesso piano concordatario..."; c) alla data della aggiudicazione definitiva - momento ultimo in cui, secondo l'insegnamento del Consiglio di Stato (AP, 7 aprile 2011, n. 4; Sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6487) devono essere posseduti, fra gli altri, i requisiti generali - non era stata depositata né l'attestazione del professionista di conformità al piano, né la dichiarazione di altro operatore di disponibilità al subentro, che (a tenore della documentazione depositata in data 7 marzo 2013) risultano, dietro richiesta della stazione appaltante effettuata con nota prot. n. 81 del 5 febbraio 2013, essere state depositate in data 6 marzo 2013".

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

È ancora presto per dire di trovarsi di fronte ad un orientamento consolidato sul punto. L'ordinanza cautelare in commento segna un punto a favore della tesi rigorista già propugnata dal Tar Valle d'Aosta. Maggiori indicazioni potranno arrivare, a breve, dagli esiti degli appelli interposti contro le due sentenze di merito citate.