

CONCORDATO CD. IN BIANCO: PER L'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO LA PRESENTAZIONE DI UN'ISTANZA DI CONCORDATO IN BIANCO NON COMPORTA L'ESCLUSIONE AUTOMATICA DALLA GARA MA NECESSITA DI AUTORIZZAZIONE DEL TRIBUNALE, E L'IMPRESA MANDANTE NON AUTORIZZATA PUÒ ESSERE SOSTITUITA SOLO CON ALTRI MEMBRI DEL RTI (CONS. STATO, ADUNANZA PLENARIA, 27 MAGGIO 2021, N. 9).

PREMESSA

Con sentenza n. 9 del 27 maggio 2021 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato taluni principi in relazione agli effetti prodotti dalla presentazione della domanda di concordato cd. in bianco ai sensi dell'art. 161, comma 6, Legge Fallimentare (anche solo "L.F.") da parte di un'impresa mandante di RTI in corso di gara.

In sintesi l'Adunanza Plenaria ha affermato che la presentazione di una domanda di concordato cd. in bianco non integra una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche per perdita dei requisiti generali, ma onera l'operatore di richiedere prontamente al giudice fallimentare l'autorizzazione alla partecipazione alla procedura di affidamento ex art. 186-bis Legge fallimentare, comunicandolo prontamente Stazione Appaltante affinché tale autorizzazione pervenga prima dell'aggiudicazione della procedura. Nel caso in cui sopraggiunga un'autorizzazione tardiva è rimesso alle stazioni appaltanti nel singolo caso concreto valutarne l'efficacia integrativa e sanante ed in ogni caso, l'impresa mandante di RTI che abbia presentato domanda di concordato ma che non sia stata utilmente autorizzata alla partecipazione alla gara può essere sostituita solo con altri membri del raggruppamento e non con soggetti esterni ad esso.

IL CASO

La mandante del RTI aggiudicatario aveva presentato domanda di concordato in bianco in corso di gara, aveva comunicato tale circostanza alla stazione appaltante solo successivamente alla presentazione del piano e della proposta - oltre cinque mesi dopo la presentazione della domanda - ed era stata autorizzata alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione.

Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso proposto dal secondo classificato ritenendo che la presentazione della domanda di concordato in bianco avesse determinato la perdita dei requisiti generali del RTI ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016 (il "Codice")

e altresì che il ritardo con cui tale circostanza era stata comunicata alla stazione appaltante avesse integrato una violazione dell'art. 80, comma 5 lett. *f-bis*) del Codice. Inoltre ad avviso del TAR non sarebbe stato possibile designare un'altra impresa mandante in quanto l'art. 48, comma 19-ter del Codice non consente modificazioni della compagine di RTI dirette ad eludere il mancato possesso dei requisiti.

In sede di appello, con ordinanza n. 309/2021 il Consiglio di Stato, alla luce del contrasto di orientamenti registratisi in proposito, ha rimesso all'Adunanza plenaria una serie di questioni concernenti il tema e i profili della rilevanza della presentazione della domanda di concordato in cd. bianco ai fini della valida partecipazione alla gara.

LA SENTENZA

L'Adunanza Plenaria, dopo una breve disamina dei due istituti disciplinati dalla Legge fallimentare, del concordato con continuità aziendale e del concordato in bianco o con riserva, dà atto innanzitutto del contrasto giurisprudenziale emerso in relazione alla applicabilità o meno al concordato in bianco della deroga alla causa di esclusione prevista dagli artt. 80, comma 5, lett. b) e 110 del Codice in relazione al concordato con continuità aziendale (nella formulazione dell'art. 110 del Codice applicabile *ratione temporis*, in cui non era prevista l'applicabilità dell'art. 186-bis L.F. anche al concordato in bianco).

Secondo un primo orientamento, la deroga di cui all'art. 80, comma 5, lett. b) del Codice sarebbe applicabile anche al concordato in bianco in ragione dell'effetto "prenotativo" della domanda di concordato in bianco di un possibile concordato con continuità aziendale, e delle finalità anticipatorie e protettive dell'istituto (Cons. Stato, sez. V n. 1328/2020, sez. III n. 1772/2018, sez. VI n. 426/2016, sez. III n. 5519/2015, sez. V n. 6272/2013, sez. IV n. 3344/2014).

Secondo un orientamento più restrittivo, il concordato cd. in bianco non sarebbe equiparabile al concordato con continuità e la presentazione della relativa domanda in corso di gara determinerebbe l'esclusione automatica dalla procedura poiché l'operatore riconoscerebbe espressamente il venir meno dei propri requisiti di affidabilità. La partecipazione alla gara inoltre sarebbe un atto di straordinaria amministrazione autorizzabile ai sensi dell'art. 161, comma 6, L.F. solo se urgente (Cons. Stato, VI n. 3984/2019, sez. III n. 5966/2018).

Ad avviso della Plenaria oltre che per coerenza con la *ratio* dell'istituto, la deroga prevista dall'art. 80, comma 5, lett. b) nel fare riferimento all'art. 186-bis sarebbe applicabile anche al concordato in bianco, poiché il comma 4 del medesimo art. 186-bis, nel prevedere l'autorizzazione del debitore alla partecipazione alle procedure di gara da parte del tribunale previo parere del commissario giudiziale "se nominato", farebbe riferimento anche al concordato in bianco, in cui la nomina del commissario giudiziale è una facoltà lasciata al tribunale a differenza che nelle altre ipotesi di concordato. Tale interpretazione sarebbe confermata dalla attuale formulazione dell'art. 110 del Codice che prevede l'applicabilità dell'art. 186-bis alle imprese che hanno depositato domanda di concordato con riserva, nonché dalla relazione illustrativa all'art. 372 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che nel ribadire come

la domanda di concordato con riserva non impedisce la partecipazione a procedure di affidamento, puntualizza come *“Lo scopo è quello di evitare che paradossalmente, tale domanda, da strumento di tutela per l'imprenditore, diventa un ostacolo alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale”*.

La Plenaria richiama poi la giurisprudenza della Suprema Corte secondo la quale il ricorso con cui l'imprenditore presenta la domanda di concordato in bianco, non è *“un ricorso di portata diversa e più circoscritta”* rispetto al ricorso per il concordato ordinario, ma costituisce *“un segmento dell'unico procedimento che rileva, articolato in due fasi per così dire interne”* (Cass. sez. I n. 14713/2019; Cass., sez. I, n. 7117/2020).

Ad avviso della Plenaria dunque la presentazione della domanda di concordato in bianco, sia precedente che successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non determina la perdita dei requisiti generali di partecipazione, ma onera l'impresa di chiedere prontamente al tribunale di essere autorizzata a (continuare a) partecipare alla procedura.

Secondo un elementare canone di buona fede in senso oggettivo, l'istanza di autorizzazione deve essere presentata senza indugio e l'operatore è tenuto a comunicare prontamente alla stazione appaltante l'avvenuta presentazione della domanda di concordato, trattandosi di un'informazione rilevante, sebbene conoscibile perché pubblicata nel registro delle imprese. Ad ogni modo, l'omissione di tale informazione rileverebbe ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis del Codice e non comporterebbe automatismi espulsivi alla luce di quanto si è chiarito di recente con la sentenza di questa Adunanza n. 16/2020.

La Plenaria osserva poi che in ragione della centralità e dell'importanza dell'autorizzazione ex art. 186-bis L.F. ai fini della partecipazione alla gara, è opportuno che il rilascio e il deposito della stessa intervengano prima della conclusione della procedura, sebbene sia comunque rimesso alle stazioni appaltanti valutare nel singolo caso concreto se un'autorizzazione tardiva, ma pur sempre sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto o di concessione, possa avere efficacia integrativa o sanante.

Infine, nel caso in cui la mandante del RTI non sia stata utilmente autorizzata a partecipare alla procedura, è possibile sostituirla in corso di gara ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del Codice, solo con gli altri componenti del raggruppamento, e non con operatori economici esterni ad esso che non abbiano preso parte al confronto competitivo già in sede di presentazione dell'offerta. Un'interpretazione contraria che ammettesse in corso di gara le modifiche soggettive del RTI *“in aggiunta”* sarebbe contraria ai principi del Trattato e alle finalità della direttive in materia di concorrenza e parità di trattamento, e vanificherebbe le verifiche svolte dalla stazione appaltante sull'affidabilità dei concorrenti esponendola al rischio di selezionare un operatore inaffidabile.