

Direzione

Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio, Andrea Patroni Griffi

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (**coordinatore**) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione, Annamaria Dentamaro, Attilio Altieri, Giulia Lasalvia

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

GIURISPRUDENZA

Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Sez. I, Sentenza N. 00124/2024 del 24.02.2025, L'estensore Alfredo Giuseppe Allegretta, Pres. Angelo Scafuri.

“È ragionevole ritenere che la valutazione circa la capacità di riacquisto da parte dell'impresa di una piena condizione di solvibilità, e nello stesso tempo circa la coerenza della partecipazione alla gara con la situazione di crisi in cui essa attualmente versa, siano rese, nelle more della approvazione della proposta di concordato e della sua omologazione giudiziale, di volta in volta dal Tribunale o dal Giudice delegato, in relazione alla specifica procedura di gara, mentre, una volta che l'omologazione sia intervenuta, e salve le eventuali condizioni limitative ad essa apposte, essa debba ritenersi insita nella legittimazione dell'imprenditore al libero esercizio della sua iniziale attività economica, di cui il medesimo si riappropria pur in un contesto di transizione nel percorso di superamento della crisi aziendale, laddove sussista una ragionevole prospettiva di favorevole risoluzione della stessa”;

“intervenuta l’omologazione e valutata da parte dei creditori la capacità dell’impresa di soddisfare le loro pretese e, nel contempo, operare autonomamente sul mercato, viene meno il potere autorizzatorio in questione, con la conseguente esclusione dell’obbligo di acquisire l’autorizzazione in discorso al fine di consentire formalmente la partecipazione dell’impresa alla gara”.

“In caso di affitto di ramo d’azienda, la valutazione delle cause di esclusione (nella specie la pendenza di una procedura di concordato preventivo) sia nei confronti dell’affittuaria che dell’affittante – necessaria al fine di dare effettività al principio di continuità del possesso dei requisiti – si deve rammentare che tale duplice scrutinio è prescritto laddove l’affittuaria non fornisca la prova di una completa “cesura” - e dunque l’assenza di continuità economica – tra le due successive gestioni, in tal caso la “Stazione appaltante è tenuta a verificare il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara anche in capo all’affittante, poiché chi si avvale dei requisiti di partecipazione alla gara anche in capo all’affittante, poiché chi si avvale dei requisiti dei terzi sul piano della partecipazione alle gare pubbliche, risente delle conseguenze sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità”. La continuità economica va intesa “nel senso che è la prima (dante causa/ affittante, nel caso di specie) con la sua organizzazione originaria che di fatto rende il servizio posto a base di gara, benché essa sia giuridicamente imputabile alla seconda”.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 29.1.2024 e depositato in Segreteria in data 30.1.2024, la società Ricciardello Costruzioni S.p.A., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Edil Alta S.r.l., adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, onde ottenere le pronunce meglio indicate in oggetto.

Esponesse in fatto che, con bando pubblicato in data 30.6.2023, l’Autorità di N. 00124/2024 REG.RIC. Sistema Portuale del Mare Adriatico Meridionale (d’ora innanzi ADSP) indiceva una procedura aperta ex art. 60 del D.lgs. 50/2016 con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95, commi 2 e 6, del medesimo Codice, per l’affidamento dell’appalto di progettazione (definitiva ed esecutiva) ed esecuzione dei

lavori per il banchinamento e recupero funzionale dei piazzali della colmata di Capo Bianco (*ex* British Gas) nel porto di Brindisi, per l'importo di € 48.659.279,36.

All'esito delle sedute della Commissione giudicatrice, di cui ai verbali nn. 1, 2, 3, 4 e 5, la ricorrente veniva ammessa alla gara collocandosi al secondo posto con un punteggio, relativo all'offerta tecnica ed economica e alla relativa riparametrazione, pari a 76.6777; la controinteressata Fincosit S.r.l. si classificava al primo posto con un punteggio pari a 100.

Con determina n. 385 del 16.11.2023, la Stazione appaltante, aderendo alla proposta del RUP, approvava l'aggiudicazione in favore della controinteressata. Nella medesima data, il RUP comunicava alla ricorrente l'adozione del provvedimento, riferendo, altresì, che, conformemente all'art. 53 del D.lgs. 50/2016, l'accesso agli atti del procedimento sarebbe stato consentito "entro 30 giorni lavorativi dall'invio" della nota *de qua*. In data 7.12.2023, la ricorrente presentava istanza di accesso agli atti, la quale veniva differita tenuto conto che, come previsto dall'art. 53, comma 2, lett. c) ed e), del D.lgs. 50/2016, la richiesta sarebbe potuta essere valutata solo ad aggiudicazione efficace, pertanto, successivamente al completamento delle verifiche, *ex* art. 83, circa il possesso dei requisiti economico finanziari e tecnico professionali e delle verifiche *ex* art. 80, circa il possesso dei prescritti motivi di esclusione, entrambe *in itinere*. In data 28.12.2023 veniva autorizzato l'accesso agli atti. In data 2.1.2024 la Stazione appaltante comunicava alla ricorrente di aver stipulato il contratto di appalto in data 20.12.2023. In tesi di parte ricorrente, l'illegittimità degli esiti provvedimentali sopra richiamati N. 00124/2024 REG.RIC. sarebbe stata determinata dalle seguenti ragioni: la Fincosit S.r.l. risultava partecipata al 100% della Grandi Lavori Fincosit S.p.a., dalla quale acquisiva, in virtù di contratto di affitto di ramo d'azienda, tutti gli appalti pubblici di lavori del ramo aziendale marittimo, nonché l'attestazione di qualificazione per la partecipazione a gare d'appalto per l'esecuzione di appalti pubblici di lavori (c.d. qualificazione SOA); la Grandi Lavori Fincosit S.p.a. risultava aver presentato una proposta di concordato preventivo con continuità indiretta prevedendo di soddisfare la debitoria anche per il tramite dei ricavi scaturenti da detto contratto di affitto; la controinteressata non avrebbe palesato detta procedura concordataria. In ordine a detti profili, la ricorrente precisava in fatto che: il contratto di affitto di ramo d'azienda di cui sopra veniva stipulato in data 27.6.2018, per la durata di quattro anni, e subordinandolo al

riconoscimento del trasferimento della qualificazione SOA da parte della società di attestazione, condizione verificatasi il 3.8.2018; nelle date del 10.8.2018, del 21.12.2018, del 14.1.2020 e del 16.11.2020 Fincosit S.r.l. e Grandi Lavori Fincosit S.p.a. modificavano il contratto originario e stipulavano accordi integrativi, prevedendo, inoltre, la proroga dello stesso sino al 3.8.2023.

Con ordinanza del 18-20.11.2020, la Sezione Fallimentare del Tribunale di Roma omologava la proposta di concordato preventivo presentata dalla citata Società affittante.

Successivamente, in data 24.3.2021, Fincosit S.r.l. e Grandi Lavori Fincosit S.p.a. stipulavano un'ulteriore modifica del contratto di affitto di ramo d'azienda, novando quello originario e pattuendo: un canone annuo fisso di € 50.000,00, in sostituzione di quello pattuito con il precedente accordo, fissato nella misura dell'1% del fatturato; la cessazione di tutti i rapporti di noleggio; la proroga del contratto sino al 31.12.2028, anche al fine di realizzare gli altri lavori di cui era rimasta aggiudicataria e ottenere un finanziamento condizionato al mantenimento dell'efficacia del contratto.N. 00124/2024 REG.RIC.

La Grandi Lavori Fincosit S.p.a., poi, avrebbe supportato economicamente la società controinteressata, mediante l'aumento di capitale da € 10.000,00 a € 11.100.000,00.

Adduceva la ricorrente, conclusivamente, che la Grandi Lavori Fincosit S.p.a. e la Fincosit S.r.l. avrebbero posto in essere “gli atti di travaso delle capacità tecniche ed economico finanziarie della prima nella seconda” e che la controinteressata avrebbe trasmesso alla Stazione appaltante la relativa documentazione solo dopo l'aggiudicazione, ovvero sia nell'ambito del procedimento teso alla verifica del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria *ex art. 32, comma 7, del D.lgs. 50/2016*, quale fase prodromica alla dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione.

L'illegittima aggiudicazione in favore della Fincosit S.r.l., sarebbe stata dipesa, in sostanza, dalla “mancanza delle autorizzazioni degli organi della procedura concordataria”.

Pertanto, su tali presupposti la Ricciardello Costruzioni S.p.a. insorgeva eccependo:

“I. Violazione e falsa applicazione dell’art. 80 del Dl.vo n. 50/2016 e s.m.i., dell’art. 186 bis della L. Fall. n. 267/1942 e s.m.i. e dell’art. 95 del Dl.vo n. 12/2019 e s.m.i. (Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza). - Eccesso di potere e violazione dell’art. 6 della L. n. 241/1990 e s.m.i. sotto il profilo del difetto di istruttoria e dell’omessa percezione dei fatti che imponevano l’esclusione dalla gara della costituenda ATI guidata da Fincosit s.r.l.”;

“I.1. Il secondo ulteriore ed autonomo aspetto che ha determinato i vizi degli atti impugnati sotto gli epigrafati profili di difetto di istruttoria e di violazione degli artt. 80, comma 5, lett. b), del Dl.vo n. 50/2016 e s.m.i.; 95 del Dl.vo n. 14/2019, 167 e 186 bis della L. Fall. n. 267/1942 e s.m.i.”;

“I.2. Sotto ulteriore aspetto, preliminare rispetto ai due sopra evidenziati: Violazione e falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, lettere c - bis e f bis, del Dl.vo n. 50/2016 e s.m.i., e dell’art. 75 del D.P.R. n. 445/2000 e s.m.i.- Violazione dell’art. 6 della L. n. 241/90 e s.m.i., ed eccesso di potere per difetto di istruttoria. - Eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà con i punti N. 00124/2024 REG.RIC. 17.1. e 17.2. del disciplinare di gara”;

“II.1. Sotto altro aspetto gli atti impugnati sono comunque illegittimi e dovranno essere annullati sotto il profilo della contraddittorietà con i punti 17.1 e 17.2 del disciplinare di gara che erano autovincolanti e non disapplicabili dalla stazione appaltante”;

“III. Violazione e falsa applicazione dell’art. 80, comma 4, del Dl.vo n. 50/2016 e s.m.i.- Violazione dell’art. 6 della L. n. 241/90, ed eccesso di potere, sotto il profilo del difetto di istruttoria. - Eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà con i punti 17.1. e 17.2. del disciplinare di gara”;

“IV. La sussistenza dei vizi di cui ai precedenti paragrafi, I, II e III rispetto al procedimento di verifica del possesso dei requisiti finalizzato alla declaratoria di efficacia dell’aggiudicazione ex art. 32, comma 7, del Dl.vo n. 50/2016 e s.m.i. in ordine al possesso dei requisiti di cui all’articolo 80 del Dl.vo n. 50/2016 e s.m.i. dichiarati dalla Fincosit s.r.l. in via esclusiva rispetto alla propria posizione personale”;

“IV.1. L’aspetto della mancanza di autorizzazione di cui agli artt. 80, comma 5, lett. b) del Dl.vo n. 50/2016 e s.m.i., 95 del CCII, e 186 bis della L. Fall. n. 267/1942 e s.m.i.”;

“IV.2.

L’aspetto dell’omessa dichiarazione di Fincosit s.r.l. con riferimento alla regolarità della Grandi Lavori Fincosit s.p.a. con il pagamento delle imposte e tasse e con il versamento

dei contributi INPS, INAIL e Cassa Edile”; “V. Domanda di risarcimento del danno in forma specifica”.

Nelle date del 31.1.2024 e del 7.12.2024, si costituivano in giudizio, rispettivamente, l’Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Meridionale (per il tramite dei funzionari del proprio dipartimento legale) e la controinteressata.

In data 9.12.2024, si costituiva in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per il tramite dell’Avvocatura dello Stato.

In data 12.2.2024, l’Avvocatura dello Stato si costituiva in giudizio, altresì, per la l’Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Meridionale, determinandosi la rinuncia al mandato (depositata agli atti di causa in data 19.2.2024) da parte dei funzionari del dipartimento legale interno all’Amministrazione.N. 00124/2024 REG.RIC.

In data 16.2.2024, la difesa erariale depositava memoria, instando per il rigetto del ricorso proposto.

Del pari, in data 19.2.2024, la controinteressata Fincosit S.r.l. eccepiva il difetto di contraddittorio nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell’Economia e delle Finanze e del Ministero per gli Affari europei, il Sud, le Politiche di Coesione e il PNRR - Struttura di Missione per il PNRR, in quanto Amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR.

Tale questione veniva sanata con la successione evocazione in giudizio di tali Amministrazioni, giusta atto notificato e depositato in data 2.5.2024. La controinteressate eccepiva nonché l’irricevibilità del ricorso per tardività, concludendo per il rigetto del ricorso proposto nel merito.

Nella medesima data, la ricorrente depositava la propria memoria.

Alla camera di consiglio del 21.2.2024, udite le parti come da verbale e su istanza concorde delle medesime, veniva disposta la cancellazione dal ruolo della domanda di tutela interinale avanzata con il ricorso introduttivo.

In data 24.4.2024, la difesa erariale depositava memoria rilevando che con determina n. 127 del 10.4.2024 la ricorrente veniva esclusa dalla gara di cui è causa stante l'esito negativo delle verifiche sul possesso dei requisiti *ex art.* 83 D.Lgs. 50/2016. Con motivi aggiunti notificati in data 13.5.2024 e depositati in data 20.5.2024, la ricorrente gravava gli ulteriori atti meglio indicati in epigrafe, in particolare la citata determina n. 127 del 10.4.2024, comunicata in data 15.4.2024, con la quale la Stazione appaltante, chiudendo il procedimento di verifica del possesso dei requisiti aperto con nota prot. n. 202300035631 del 13.11.2023, escludeva la ricorrente dalla gara in ragione del fatto che, in sede di procedimento di verifica del possesso dei requisiti dei tre progettisti indicati, emergeva che uno di essi, la VDP S.r.l., non risultava in possesso di quelli esposti in sede di domanda di partecipazione alla gara.

Su tali presupposti, la ricorrente insorgeva per il tramite del seguente motivo di N. 00124/2024 REG.RIC. doglianza: violazione e falsa applicazione degli artt. 59, comma 1 *bis*, e 83, commi 8 e 9, del D.lgs. n. 50/2016, nonché degli artt. 57 e 63 direttiva 2014/14/UE, 3, 41 e 97 Cost., 1, 44, 97 D.lgs. n. 36/2023; eccesso di potere sotto il profilo della violazione dei principi del risultato, ragionevolezza, proporzionalità e massima partecipazione agli appalti, difetto di motivazione; concludendo con la richiesta di risarcimento del danno in forma specifica.

In data 21.5.2024 la ricorrente depositava un'ulteriore memoria confutando l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla controinteressata, supportando nel merito, inoltre, il contenuto del ricorso introduttivo; nella stessa data, anche quest'ultima depositava la propria memoria.

Alla camera di consiglio del 22.5.2024 – fissata in conseguenza dell'atto di integrazione del contraddittorio nei confronti delle altre Amministrazioni *ut supra* notificato e depositato in data 2.5.2024 – venivano reiterati i medesimi esiti di cui alla precedente udienza del 21.2.2024.

Con dichiarazione depositata in data 22.5.2024, la ricorrente rinunciava alla domanda cautelare proposta con i motivi aggiunti.

In data 5.6.2024 la controinteressata depositava istanza di rinvio della pubblica udienza del 6.6.2024, considerata l'insussistenza dei termini minimi a difesa rispetto ai motivi aggiunti proposti dalla ricorrente.

Alla pubblica udienza del 6.6.2024, previo scambio di memorie, udite le parti come da verbale e su istanza concorde delle medesime, la causa veniva rinviata alla data del 29.1.2025.

A tale ultima data, previo ulteriore scambio di memorie e udite le parti come da verbale, la causa veniva definitivamente trattenuta in decisione.

Tutto ciò premesso, il ricorso e i motivi aggiunti sono infondati nel merito e, pertanto, devono essere respinti.

Prioritariamente in rito, va scrutinata l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività, sollevata dalla controinteressata. N. 00124/2024 REG.RIC. *Inter alia*, la Fincosit S.r.l. deduceva che, avendo la ricorrente presentato istanza di accesso agli atti tardiva – oltre il termine di quindici giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione – il ricorso sarebbe stato parimenti tardivo, non operando in favore della stessa la dilazione temporale del termine a ricorrere prevista nelle ipotesi di presentazione dell'istanza di accesso agli atti tempestivamente formulata.

L'eccezione è priva di pregio.

Ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c) e d), del D.lgs. 50/2016, “Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito: (...) c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione”.

Invero, in data 16.11.2023 la Stazione appaltante, nel comunicare il provvedimento di aggiudicazione, rilevava che la stessa sarebbe stata efficace in esito alla positiva verifica di cui agli artt. 80 e 83 del D.lgs. 50/2016 e che l'accesso agli atti sarebbe stato consentito entro trenta giorni dall'invio della detta comunicazione.

Senonché, in data 7.12.2023 – dunque, nel rispetto dei detti trenta giorni la Ricciardello Costruzioni S.p.a. formulava istanza di accesso agli atti, il quale, con nota della Stazione appaltante dell'11.12.2023, veniva differito all'avvenuta efficacia dell'aggiudicazione ai sensi del già menzionato art. 53 del Codice.

Dette verifiche, come evincibile dagli atti di causa, si concludevano in data 18.12.2023, da tale data, dunque, prendevano a decorrere i quindici giorni previsti dell'art. 76, comma 2, del D.lgs. 50/2016 – secondo cui “Su richiesta scritta dell'offerente e del candidato interessato, l'amministrazione aggiudicatrice comunica immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta: (...) b) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro; c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, lo N. 00124/2024 REG.RIC. svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti” – per il riscontro ostensivo all'istanza di accesso agli atti presentata dalla ricorrente.

Tale riscontro interveniva in data 28.12.2023.

In conseguenza del differimento *ex art.* 53 del Codice e coerentemente con il dato testuale della comunicazione dell'11.12.2023 – “la richiesta potrà essere valutata (...) solo ad aggiudicazione efficace” – può, pertanto, affermarsi che l'istanza di accesso agli atti presentata in data 7.12.2023 – tempestivamente rispetto al termine assegnato dalla Stazione appaltante con nota del 16.11.2023 – veniva, in sostanza, vagliata alla data di completamento delle verifiche e di avvenuta aggiudicazione definitiva/efficace, ossia al 18.12.2023, come se, in sostanza, fosse stata presentata a tale ultima data.

In virtù di quanto sopra, facendo applicazione dei principi esposti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2020, essendo l'istanza tempestiva, il termine per ricorrere subiva una dilazione temporale complessiva sino a quarantacinque giorni dalla comunicazione o provvedimento di aggiudicazione, avvenuta il 16.11.2023.

Pur tuttavia, a tale ultima data, la stessa non era divenuta ancora efficace né, conseguentemente, la Stazione appaltante dava seguito all'istanza di accesso agli atti. Ne consegue che, il termine di quarantacinque giorni, operabile nelle ipotesi di presentazione dell'istanza di accesso agli atti tempestiva, iniziava la sua decorrenza effettiva dalla data del 18.12.2023.

Difatti, in ossequio ai principi giurisprudenziali affermatasi, la ricorrente non poteva dirsi certo onerata della presentazione di un ricorso “al buio”; fattispecie che, come chiarito dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2020, deve essere per quanto possibile evitata e per questo motivo “La proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la ‘dilazione temporale’ per il ricorso quando i motivi conseguano alla conoscenza dei documenti che completanoN. 00124/2024 REG.RIC. l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta” (cfr. T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 11 marzo 2024, n. 70).

Nel caso di specie, non vi è evidenza che i fatti posti a fondamento dei motivi di ricorso introduttivo – precipuamente vertenti sulla procedura concordataria a carico della società proprietaria del 100% della società controinteressata – fossero pervenuti nella sfera di conoscibilità della ricorrente in data anteriore rispetto al riscontro ostensivo dell'Amministrazione.

Invero, in linea generale, nelle ipotesi di presentazione dell'istanza di accesso agli atti il termine per la proposizione del gravame viene prorogato di quindici giorni: infatti, il termine per la presentazione dell'istanza di accesso agli atti pari a quindici giorni – per consolidata giurisprudenza – risulta funzionalizzato a consentire alla parte interessata di poter proporre il gravame disponendo, comunque, dell'ordinario termine di trenta giorni al netto dei quindici a disposizione della P.A. per riscontrare l'istanza di accesso in oggetto, per un totale di quarantacinque giorni dall'aggiudicazione, senza considerare i differimenti procedurali come quello verificatosi nel caso *sub indice*.

In tale ultima ipotesi, il termine deve considerare la data in cui l'istanza presentata abbia iniziato a spiegare i propri effetti, ossia trascorso il tempo del differimento disposto dalla Stazione appaltante in attesa dell'aggiudicazione definitiva.

Considerando, pertanto, quale *dies a quo* la data del 18.12.2023, il ricorso veniva tempestivamente proposto in data 29.1.2024.

Con il primo motivo di ricorso introduttivo, la Ricciardello Costruzioni S.p.a. assumeva che la società controinteressata, in sede di domanda di partecipazione alla gara, avrebbe omesso di dare atto del contratto di affitto di ramo d'azienda in essere con la Grandi Lavori Fincosit S.p.a., per effetto del quale – in particolar modo considerando che con detto contratto veniva, altresì, acquisita dalla Fincosit S.r.l. la qualificazione SOA – la stessa controinteressata sarebbe stata l'esecutrice di parte del concordato preventivo con continuità aziendale indiretta presentato N. 00124/2024 REG.RIC. dalla Grandi Lavori Fincosit S.p.a. ed omologato dal Tribunale di Roma.

Correlativamente, denunciava l'assenza di autorizzazione di cui al combinato disposto di cui agli artt. 80, comma 5, lett. b), del D.lgs. 50/2016, 95 del D.lgs. 14/2019 e 186 *bis* del R.D. 267/1942, in tesi, necessaria ai fini della partecipazione alla gara.

Da ciò traeva la violazione dell'art. 6 della L. 241/1990, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e l'omesso apprezzamento delle vicende succitate, asserendo, in sostanza, che in mancanza di autorizzazione – da assentirsi previa valutazione dell'esperto di cui all'art. 95, comma 4, D.lgs. 14/2019 – la Stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la controinteressata in virtù del succitato combinato disposto. Sotto diversa angolazione, la ricorrente si doleva della violazione dell'art. 167 del R.D. 267/1942 tenuto conto che, in data 24.3.2021, Fincosit S.r.l. e Grandi Lavori Fincosit S.p.a. modificavano il contratto di affitto di ramo di azienda, in assenza della prescritta autorizzazione, anche avuto riguardo che, nel piano concordatario condiviso e autorizzato a suo tempo dal Giudice delegato del Tribunale di Roma, non sarebbe sussistita alcuna previsione circa la partecipazione alla gara per cui è causa.

In ultimo, veniva addotta la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c *bis*) e f *bis*), del D.lgs. 50/2016, nonché dell'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000, considerato che Fincosit S.r.l. avrebbe dichiarato “di non essere assoggettata a procedura di concordato preventivo” e l'assenza di cause di esclusione *ex art.* 80 D.lgs. 50/2016, dando luogo, pertanto, a dichiarazioni “non veritiere” o, in subordine, “reticenti”.

Il motivo è infondato.

Occorre prendere le mosse dall'esame sulla procedura concorsuale che qui viene in rilievo, rilevando, preliminarmente, che: Grandi Lavori Fincosit S.p.a. presentava ricorso *ex art.* 161 del R.D. 267/1942 in data 5.7.2018, derivandone che, in applicazione dell'art. 390 del D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 – il quale dispone: “IN. 00124/2024 REG.RIC. ricorsi per dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa e le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima dell'entrata in vigore del presente decreto sono definiti secondo le disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché della legge 27 gennaio 2012, n. 3” – la procedura in oggetto deve intendersi disciplinata dalla previgente Legge Fallimentare; la prima entrata in vigore del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è da collocarsi, invero, alla data del 16.3.2019 *ex art.* 389 del Codice. Talché, sono *ex se* inconferenti le censure sollevate con riguardo alle disposizioni del D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. Sul piano ordinamentale generale, la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 161 della L.F., viene presentata al Tribunale competente il quale provvede, sussistendone i presupposti, con decreto di ammissione *ex art.* 163. Ai sensi del comma 7 dell'art. 161, dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del Tribunale. Successivamente al decreto *ex art.* 163, quindi a procedura aperta, gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione sono autorizzati dal Giudice delegato, in difetto della quale gli stessi sono inefficaci – rispetto ai creditori anteriori al concordato – ai sensi dell'art. 167, comma 2 (“I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai N. 00124/2024 REG.RIC. creditori anteriori al concordato”). Da tale momento la procedura è aperta e

seguono le attività procedurali – con il coinvolgimento del Giudice delegato, del commissario giudiziale e dei creditori – finalizzate all’approvazione del piano concordatario; detta fase precede il successivo decreto di omologa ai sensi dell’art. 181. Tale disposizione, infatti, dispone *apertis verbis* che “La procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'articolo 180. L’omologazione deve intervenire nel termine di nove mesi dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'articolo 161; il termine può essere prorogato per una sola volta dal tribunale di sessanta giorni”. Circa gli effetti del decreto di omologa la giurisprudenza di merito è ormai sedimentata nel ritenere che “La procedura di concordato preventivo si esaurisce con il decreto di omologa e l’omologa segna inoltre il passaggio, dal punto di vista dell’imprenditore, dal regime di spopolamento 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” (Tribunale di Trento, Sez. Fall., 30 gennaio 2017).

Coerentemente, si è affermato che “Per effetto dell’omologa il debitore tornerà *in bonis*, riacquistando la possibilità di disporre del proprio patrimonio e di gestire l’azienda senza il condizionamento degli atti di amministrazione straordinaria, fermo restando la vigilanza degli organi della procedura” (Tribunale di Perugia, Sez. III, 16 novembre 2017). Sul piano pratico applicativo, pertanto, all’esito dell’omologa del concordato l’imprenditore ritorna *in bonis* riacquisendo la potestà di compiere qualsiasi atto negoziale, fermo il ruolo di “mera vigilanza” da parte degli organi della procedura. Posti gli addentellati normativi e interpretativi sopra richiamati, non può revocarsi in dubbio che l’accordo modificativo del contratto di affitto di ramo d’azienda –N. 00124/2024 REG.RIC. intervenuto in data 24.3.2021 tra Fincosit S.r.l. e Grandi Lavori Fincosit S.p.a. – successivamente al decreto di omologazione reso in data 18-20.11.2020, non necessitava di alcuna autorizzazione nelle forme di cui all’art. 167. Sempre in linea generale, mette conto soffermarsi sul regime autorizzativo *ex art. 186 bis* del R.D. 267/1942. La norma, dettata in relazione alla *species* di concordato preventivo con continuità aziendale – cui accedeva la società locatrice della controinteressata – disciplina ai commi 4, 5, 6 e 7, la partecipazione del debitore a gare pubbliche. È disposto che: “Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo

161, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato.

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 tale nomina, provvede il Tribunale. 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. 00124/2024 REG.RIC. 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". Dal dato testuale delle sopra riportate disposizioni è possibile evincere che il regime autorizzativo (e allegatorio di cui al sesto comma), ai fini della partecipazione a procedure ad evidenza pubblica, risulta circoscrivibile alla fase successiva rispetto al deposito della domanda/ricorso e a quella in cui si sia pervenuti all'ammissione alla procedura concordataria, tali risultando essere i momenti iniziali; non essendo enunciato quello finale, entro il quale la medesima è necessaria, come già ha avuto modo di affermare la giurisprudenza del Consiglio di Stato – che questo Collegio condivide – “ben può ritenersi

che esso coincida con l'ultimo momento nel quale il tribunale si esprime nella procedura di concordato, vale a dire proprio l'omologazione" (Consiglio di Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69). Tanto, peraltro – per come già si è avuto modo di evidenziare *supra* – in linea con il ritorno *in bonis* dell'imprenditore sottoposto alla procedura. Può, dunque, affermarsi che l'art. 186 *bis* del R.D. 267/1942, che detta la disciplina del concordato con continuità aziendale, fa riferimento in tutte le sue disposizioni a situazioni di pendenza della procedura concordataria per le quali non sia ancora stato emesso il decreto di omologazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225).

Ad ogni modo, la *questio iuris* che innerva l'oggetto del presente contenzioso – già oggetto di divergenti pronunce giurisprudenziali – è stata analiticamente trattata dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 9147 del 27 ottobre 2022, la quale ha avuto modo di affermare che “è ragionevole ritenere che la valutazione N. 00124/2024 REG.RIC. circa la capacità di riacquisto da parte dell'impresa di una piena condizione di solvibilità, e nello stesso tempo circa la coerenza della partecipazione alla gara con la situazione di crisi in cui essa attualmente versa, siano rese, nelle more della approvazione della proposta di concordato e della sua omologazione giudiziale, di volta in volta dal Tribunale o dal Giudice delegato, in relazione alla specifica procedura di gara, mentre, una volta che l'omologazione sia intervenuta, e salve le eventuali condizioni limitative ad essa apposte, essa debba ritenersi insita nella legittimazione dell'imprenditore al libero esercizio della sua iniziativa economica, di cui il medesimo si riappropria pur in un contesto di transizione nel percorso di superamento della crisi aziendale, laddove sussista una ragionevole prospettiva di favorevole risoluzione della stessa”. Ulteriormente altresì precisando che - intervenuta l'omologazione e valutata da parte dei creditori la capacità dell'impresa di soddisfare le loro pretese e, nel contempo, operare autonomamente sul mercato - viene meno il potere autorizzatorio in questione, con la conseguente esclusione dell'obbligo di acquisire l'autorizzazione in discorso al fine di consentire formalmente la partecipazione dell'impresa alla gara. La giurisprudenza successiva si è attestata favorevolmente al succitato orientamento, avendo affermato che “In caso di concordato preventivo con continuità aziendale, l'autorizzazione del giudice è necessaria per tutto il periodo compreso tra la presentazione della domanda di accesso al concordato e fino

all'omologazione. Per le imprese in stato di concordato preventivo con continuità aziendale, la partecipazione all'affidamento di pubbliche commesse è subordinata all'autorizzazione del giudice soltanto se non sia ancora intervenuta l'omologa del concordato. Dopo l'omologa, l'autorizzazione non occorre, come non occorre che la partecipazione sia accompagnata dal deposito della relazione di un professionista indipendente attestante la conformità al piano concordatario e la capacità dell'impresa di adempiere al contratto" (T.A.R. Toscana, Sez. III, 20 marzo 2023, n. 286).N. 00124/2024 REG.RIC. Alla luce delle coordinate ermeneutiche innanzi esposte, all'esito dell'omologazione del concordato preventivo della Grandi Lavori Fincosit S.p.a. non si rendevano necessari gli adempimenti previsti dall'art. 186 *bis* del R.D. 267/1942 ai fini della partecipazione a gare pubbliche, né in capo alla medesima società, né, di riflesso, nei confronti della controinteressata Fincosit S.r.l., nella sua qualità di affittuaria del ramo di azienda della citata società, onde partecipare alla procedura indetta dalla Stazione appaltante e aggiudicarsela.

Ed infatti, se è pur vero che la giurisprudenza citata dalla ricorrente (Consiglio di Stato, Sez. III, 20 novembre 2023, n. 9900) ha ritenuto necessaria l'autorizzazione *ex art.* 186 *bis*, in capo all'operatore sottoposto a procedura di concordato preventivo con continuità aziendale (e per esso l'affittuario), è altrettanto vero che – come correttamente controdedotto dalla difesa della controinteressata – la stessa veniva pronunciata con riguardo a fattispecie inconferente al caso di specie, in cui dopo il trasferimento aziendale ed il subentro dell'affittuaria in gara veniva presentata domanda di concordato preventivo in continuità aziendale c.d. indiretta; la domanda di concordato interveniva, quindi, in corso di gara. Differentemente, nella fattispecie trattata, il contratto di affitto di ramo di azienda, la domanda di concordato preventivo e la sua omologazione intervenivano in data anteriore alla partecipazione in gara da parte dell'affittuaria. Infondata è, pertanto, la denunciata violazione dell'186 *bis* del R.D. 267/1942.

In ordine alla valutazione della cause di esclusione sia nei confronti dell'affittuaria che dell'affittante – necessaria, in particolar modo, al fine di dare effettività al principio di continuità del possesso dei requisiti – si deve rammentare che tale duplice scrutinio è prescritto laddove l'affittuaria non fornisca la prova (sulla stessa incombente) di una

completa “cesura” – e, dunque, l’assenza di “continuità economica” – tra le due successive gestioni, in tal caso “la Stazione appaltante è tenuta a verificare il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara anche in capo all’affittante, poiché chi si avvale dei requisiti dei terzi sul piano della N. 00124/2024 REG.RIC. partecipazione alle gare pubbliche, risente delle conseguenze sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità” (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6706).

Nel caso di specie, ad avviso del Collegio non si ravvisa una continuità economica tra l’affittante e la Fincosit S.r.l., tale per cui la prima avrebbe dovuto dichiarare circostanze e condizioni riferibili alla prima. In ossequio a quanto affermato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 10/2012, la continuità economica va intesa “nel senso che è la prima [la dante causa/l’affittante, con riguardo al caso di specie] con la sua organizzazione originaria che di fatto rende il servizio posto a base di gara, benché esso sia giuridicamente imputabile alla seconda [ossia alla Fincosit S.r.l.]”. La continuità economica in parola, tuttavia, non si presenta opportunamente suffragata. Si evidenzia, infatti, che, successivamente al contratto di affitto di ramo di azienda del 2018, la Fincosit S.r.l. – per come risulta dagli atti di causa – si strutturava sia sotto il profilo economico che organizzativo, aggiudicandosi decine di commesse pubbliche e conseguendo risultati finanziari tali da ritenerla autonomamente svincolata dall’affittante (dall’allegato bilancio di esercizio del 2022 si riscontra: un patrimonio netto positivo pari ad € 18.007.700,00, un attivo circolante pari ad € 146.679.967,00 ed un utile di esercizio pari ad € 381.932,00).

In definitiva, non sussistono chiari indizi deponenti verso una continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale, essendo, di contro, evidente la suddetta “cesura” organizzativa ed aziendale richiesta dalla giurisprudenza. Alla luce di quanto sopra esposto non si ritengono concretizzati gli agitati motivi di esclusione di cui all’art. 80 del D.lgs. 50/2016. Fermo quanto sopra esposto sulla possibilità di valutare i requisiti di partecipazione anche nei confronti dell’affittante, nelle ipotesi di “continuità economica” – nel caso di specie insussistente – l’art. 80, comma 5, lett. b) dispone che “Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: (...) b) l’operatore economico N. 00124/2024 REG.RIC. sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di

liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 e dall'articolo 110". La previsione di cui all'art. 95 citato dalla norma ha un contenuto in parte sovrapponibile all'art. 186 *bis* L.F., in relazione al quale si rimanda *supra*. Ebbene, posto che la Fincosit S.r.l. non risulta sottoposta ad alcuna delle procedure indicate, una siffatta causa di esclusione si sarebbe potuta verificare nella sola ipotesi in cui vi fosse stata la già più volte menzionata "continuità economica" con la Grandi Lavori Fincosit S.p.a.

A tal proposito è stato affermato che "l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 non indica, tra i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione in ordine all'assenza di cause di esclusione, gli amministratori del ramo dell'azienda ceduta, per cui la violazione dell'obbligo dichiarativo può verificarsi soltanto quando vi siano chiari indizi in ordine al fatto che, nonostante la intervenuta cessione, vi sia continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale, in tal caso, infatti, il cessionario, così come si avvale dei requisiti del cedente nell'ambito della partecipazione alle pubbliche gare, risente anche delle conseguenze delle eventuali responsabilità del soggetto cedente e dei suoi amministratori" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 maggio 2021, n. 3481). Peraltro, con riguardo alla posizione giuridica della Grandi Lavori Fincosit S.p.a., è bene considerare che sarebbe "contrario ai principi di logica e ragionevolezza prescrivere un regime più gravoso per le imprese in concordato preventivo con continuità aziendale che, pur a distanza temporale notevole dall'omologazione, dovrebbero dichiarare di essere in stato o in corso di concordato, sebbene non lo siano più" (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225).

Conseguentemente, non possono assumersi verificate le cause di esclusione di cui N. 00124/2024 REG.RIC. alle lett. c *bis*) e f *bis*) – in virtù delle quali: "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: (...) c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni

sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omissa le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; (...) f-bis) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere” – non potendosi addurre che la controinteressata abbia posto in essere le relative condotte, così anche la violazione dell'art. 47 del D.P.R. 445/2000. D'altronde, è pacifico che le clausole di esclusione poste dalla legge e dal bando in ordine alle dichiarazioni a cui è tenuta l'impresa concorrente, sono da interpretare in senso restrittivo, con conseguente esclusiva prevalenza di una interpretazione che non si discosti dal significato letterale delle espressioni in esse contenute e con preclusione di ogni forma di estensione analogica. Il motivo di ricorso sopra scrutinato, va, pertanto, respinto, non essendosi constatati i denunciati vizi di legittimità. Con il secondo motivo di ricorso, la ricorrente si doleva dell'illegittimità degli atti impugnati sotto il profilo della contraddittorietà con i punti 17.1 e 17.2 del disciplinare di gara, concernenti le prescrizioni di compilazione della domanda di partecipazione e del Documento di gara unico europeo (DGUE).

Il punto 17.1 concerne la dichiarazione di non trovarsi in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 80 e il punto 17.2 prescrive di compilare il DGUE dichiarando l'eventuale concordato preventivo con i creditori. La Ricciardello Costruzioni S.p.a. riteneva che, contrariamente da come proceduto dalla Fincosit S.r.l., quest'ultima avrebbe dovuto dichiarare la sussistenza di cause di esclusione, in particolare quella di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), relativamente N. 00124/2024 REG.RIC. al concordato preventivo con continuità indiretta (per il tramite della stessa Fincosit S.r.l.) a carico della sua affittante, e specularmente compilare il DGUE. Il motivo è infondato e si ritiene di doverlo trattare congiuntamente al terzo, del tutto sovrapponibile, ove la ricorrente assumeva che in ordine alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma, 4 – il quale dispone che “Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti (...)” – la controinteressata avrebbe dovuto dichiarare l'assenza di cause di esclusione anche con riferimento alla posizione dell'affittante. Differentemente

e, in tesi, illegittimamente, la Fincosit S.r.l. formulava dichiarazione negativa in ordine alla violazione degli obblighi di pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali.

Tali censure sono infondate. Rimandando alle doglianze già scrutinate relativamente al primo motivo di ricorso, si evidenzia, tra l'altro, che, non potendosi sostenere la continuità economica tra la Fincosit S.r.l. e la Grandi Lavori Fincosit S.p.a., i motivi di esclusione erano da valutarsi con esclusivo riguardo alla posizione della società controinteressata, la cui posizione non risultava (e non risulta) coinvolgere le cause di esclusione oggetto della censura in esame.

[*Omissis ...*]

Il concordato preventivo con continuità aziendale nelle gare d'appalto. Tra regime autorizzatorio e requisito della continuità nella valutazione delle cause di esclusione.

Sommario: 1. Il caso. 2. Le questioni giuridiche. 3. Il coinvolgimento degli organi della procedura concordataria nelle procedure di affidamento. 4. Il requisito della continuità nella valutazione delle cause di esclusione alle gare di appalto. 5. Qualche osservazione conclusiva.

1) Il caso.

Con Bando del 30.06.2023 l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Adriatico Meridionale (d'ora innanzi ADSP) indiceva una procedura aperta ex art. 60 del D. Lgs. 50/2016 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa "per l'affidamento dell'appalto di progettazione (definitiva ed esecutiva) ed esecuzione dei lavori per il banchinamento e recupero funzionale dei piazzali della colmata di Capo Bianco (ex British Gas) nel porto di Brindisi, per l'importo di € 48.659.279,36".

La Commissione giudicatrice ammetteva, collocandola al secondo posto, la Ricciardello Costruzioni S.p.a., mentre classificava al primo posto la Fincoit S.r.l.

Con ricorso notificato in data 29.01.2024 la Società Ricciardello Costruzioni S.p.a. adiva il Tribunale Regionale per la regione Puglia, con sede a Bari, lamentando l'illegittimità degli esiti provvedimenti, sulla scorta di quattro motivi di ricorso, nonché altri motivi aggiunti, chiedeva una pronuncia di annullamento delle determina di aggiudicazione con il quale il Presidente della ADSP disponeva l'aggiudicazione dell'appalto (Determina n. 385 del 16.11.2023), nonché l'annullamento tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, e il risarcimento del danno in forma specifica.

Si costituivano in giudizio nell'ordine e a distanza di pochi giorni gli uni dagli altri, l'ADSP, prima per il tramite dei propri funzionari del dipartimento legale, e successivamente per il tramite dell'Avvocatura dello Stato, la controinteressata, nonché il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, per il tramite anche esso dell'Avvocatura dello Stato, instando per il rigetto del ricorso proposto.

In giudizio con la successiva evocazione veniva poi sanato il difetto di contraddittorio nei confronti della Presidenza del Consiglio dei ministri, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero degli Affari europei, il Sud, le Politiche di Coesione e il PNRR.

Lamentava la ricorrente che la illegittimità sarebbe dipesa principalmente dall'aver taciuto, la vincitrice, una circostanza determinante ai fini del regolare possesso dei requisiti richiesti nel disciplinare.

In particolare, la Fincoit S.r.l. era partecipata interamente della Grandi Lavori Fincoit S.p.a., dalla quale acquisiva tutti gli appalti pubblici di lavori del ramo aziendale marittimo.

Tale ultima società aveva presentato domanda di concordato preventivo con continuità indiretta, prevedendo tra l'altro che la debitoria sarebbe stata in parte soddisfatta dai ricavi scaturenti dal contratto d'affitto di ramo d'azienda stipulato con la Fincoit S.r.l.

Infatti, la Fitcoit S.r.l., odierna ricorrente e la Grandi Lavori Fincoit S.p.a. avevano stipulato in data 27.06.2018 il contratto d'affitto di ramo d'azienda della durata di quattro anni, subordinandolo, mediante trasferimento, al riconoscimento in capo alla Fitcoit S.r.l. della qualificazione SOA (attestazione di qualificazione per la partecipazione a gare d'appalto per l'esecuzione di appalti pubblici di lavori).

Il contratto subiva nel corso una serie di modifiche che prevedevano tra l'altro una prima proroga fino al 03.08.2023, e una successiva fino al 31.12.2028.

Concludeva la ricorrente quindi che la illegittimità sarebbe dipesa dall'aver taciuto la stipulazione del contratto di affitto di ramo d'azienda in essere con la Grande Lavori Fincosit S.p.a. per effetto della quale la stessa controinteressata sarebbe stata l'esecutrice di parte del concordato preventivo con continuità aziendale indiretta presentata da quest'ultima e omologato dal Tribunale di Roma. Correlativamente, quindi, dalla "mancanza di autorizzazioni degli organi della procedura concordataria", in violazione del combinato disposto di cui agli artt. 80, comma 5, lett. b), del D. Lgs. 50/2016, 95 del D. Lgs. 14/2019 e 186 bis del R.D. 267/1942.

Nonché per altri due motivi:

1. La prima modifica del contratto di affitto di azienda del 24.03.2021 avveniva in assenza della autorizzazione prescritta dall'art. 167 del R.D. 267/1942, anche considerando che il piano concordatario condiviso e omologato dal Tribunale di Roma, non conteneva alcuna previsione relativa alla partecipazione alla gara.
2. La Fincosit S.r.l. avrebbe dichiarato di "non essere assoggettata a procedura di concordato preventivo" e altresì l'assenza di cause di esclusione, così dando luogo a "dichiarazioni non veritiere" o in subordine "reticenti".

Il Tribunale Regionale Amministrativo respingeva il ricorso principale e i motivi aggiunti, condannando la Ricciardello Costruzioni S.p.a. al pagamento delle spese di lite che liquidava in € 5.000,00 sia in favore della Fincosit S.p.a. che della ADSP.

2) Le questioni giuridiche.

Per quel che riguarda la nostra materia di interesse due sono le questioni sulle quali il TAR Puglia è chiamato a pronunciarsi e in particolare:

1. la prima afferisce alla posizione dell'impresa nei confronti della quale sia intervenuta l'omologa del concordato in continuità, e nello specifico se in questa fase permane la necessità per la procedura di gara del *placet* da parte degli organi del fallimento.
2. La seconda, di minore rilievo e solo a fini di completezza, attiene al concetto di continuità aziendale utile ai fini della verifica della sussistenza dei requisiti per la partecipazione alla procedura di gara, e nella specie l'assenza della pendenza di una procedura concorsuale.

In primis il Tribunale viene chiamato a risolvere una questione di rito in tema di successione delle leggi sul regime applicabile alla fattispecie in esame, essendo entrata in vigore alla data del 16.03.2029 il nuovo Codice della crisi di impresa e della insolvenza.

La questione è presto risolta.

La Grandi Lavori Fincosit Spa presentava ricorso ex art. 161 del R.D. 267/1942 in data 05.07.2018.

Ai sensi dell'art. 390 D.Lgs. 14/2019¹ la questione va esaminata mediante l'applicazione della disciplina previgente, essendo la nuova applicabile solo in un momento successivo rispetto alla sua entrata in vigore, a far data quindi dal 16.03.2019.

La principale *quaestio iuris* che invece innerva l'oggetto della presente controversia si pone in sintesi in questi termini: il decreto di omologazione del concordato preventivo con continuità aziendale deve essere considerato quale *dead line* per la chiusura della procedura?

La soluzione al quesito in esame non è di poco momento per le numerose questioni che insorgono nella prassi a seconda della soluzione adottata, quali solo a titolo esemplificativo:

1. Il problema della revocabilità dell'ammissione al concordato: la pendenza del concordato, infatti, rende applicabile il sub procedimento di revoca di cui all'art. 173 l.fall. se quindi dovesse ritenersi che l'omologazione del concordato chiude la procedura, dopo questo momento non sarebbe più possibile invocare la disciplina sulla revoca della sua ammissione, e viceversa.
2. Sulla prededucibilità delle obbligazioni contratte dopo l'omologazione del concordato e prima di una eventuale dichiarazione di fallimento. Se infatti il concordato dovesse considerarsi aperto anche dopo l'omologazione, in virtù dell'art. 111, co. 3, l. fall., per la teoria della consecuzione delle procedure, dovranno considerarsi prededucibili, al contrario nell'ipotesi avversa.
3. E ancora la disciplina dell'amministrazione dei beni da parte del debitore si pone in termini diversi a seconda che l'omologazione chiuda la procedura o meno, nella prima ipotesi infatti gli atti di straordinaria amministrazione non necessiteranno di autorizzazione da parte del Giudice delegato, viceversa nel caso in cui nell'omologazione non si individui il termine di chiusura del concordato.

¹ "I ricorsi per la dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa e le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima dell'entrata in vigore del presente decreto sono definite secondo le disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3".

Ed è proprio quest'ultimo profilo ad interessare l'oggetto del contenzioso in esame che nello specifico si interroga sul regime autorizzatorio necessario in seguito alla omologazione del concordato in caso di partecipazione a gare pubbliche.

3) Il coinvolgimento degli organi della procedura concordataria nelle procedure di affidamento.

Il nuovo codice degli appalti ha regolato le procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione agli artt. 80 e 110 D.Lgs. 50/2016.

Tali norme in alcuni casi si sovrappongono alle previsioni contenute nell'art. 186 bis L.Fall.

La disposizione di cui al citato art. 80, comma 5, lett. b) del D.lgs. 50/2016 ha innovato rispetto a quanto prevedeva il previgente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che all'art. 38, comma 1, lett. a, comminava l'esclusione alle imprese che si trovassero in stato di concordato preventivo, senza effettuare una distinzione. La differenza va interpretato quale indice della volontà legislativa di ammettere alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici le imprese che si trovino in concordato preventivo con continuità aziendale, salva la necessità di autorizzazione del giudice delegato (elemento non in discussione nella presente controversia): in tali termini può essere interpretato il rimando effettuato dall'art. 80 citato ("fatto salvo quanto previsto dall'art. 110") all'art. 110 il quale, al comma 3, prevede che "il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato (omissis) 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 o ammessa al concordato con continuità aziendale".

L'autorizzazione di cui all'art. 110 va quindi inquadrata nell'ambito dei principi generali in materia fallimentare, e in particolare l'art. 161 stabilisce che la domanda per l'ammissione alla procedura viene presentata al Tribunale competente il quale provvede, sussistendo i presupposti, con decreto di ammissione ex art. 163.

Il comma 7 della stessa disposizione sancisce che dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del Tribunale. Successivamente a questo momento, quindi a procedura aperta, gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione sono autorizzati dal Giudice delegato, in difetto della quale gli stessi sono inefficaci – rispetto ai creditori anteriori al concordato – ai sensi dell'art. 167, comma 2.

Detta fase si chiude con il decreto di omologa ai sensi dell'art. 181.

Tale disposizione stabilisce infatti *expressis verbis* che “la procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'art. 180. L'omologazione deve intervenire nel termine di nove mesi dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 161; il termine può essere prorogato per una sola volta dal tribunale di sessanta giorni”.

Se queste sono le coordinate normative, la questione sul regime autorizzatorio necessario nelle procedure di affidamento in caso di “pendenza” di una procedura concordataria ha visto contrapporsi due indirizzi, nonostante il tenore letterale dell'articolo sembri chiaro nell'individuare la chiusura del concordato nel decreto di omologa.

Sgombrando il campo si può affermare che la soluzione della questione è riconducibile al concetto di “pendenza della procedura concorsuale”².

Per un primo orientamento, con l'omologazione del concordato, “l'operatore economico non riacquista la piena capacità di agire, che avrebbe in assenza della procedura, e che tale

² Cfr. per tutti E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 128 ss.

capacità è raggiunta solo con il decreto che accerta l'adempimento del piano concordatario" (Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2021, n. 4302).

Ciò in quanto "l'assoggettamento del debitore, dopo l'omologazione, all'osservanza del provvedimento giurisdizionale emesso ai sensi dell'articolo 180, implica infatti la necessità che egli indirizzi il proprio agire al conseguimento degli obiettivi prefigurati nella proposta presentata ed approvata dai creditori", con la conclusione che, pertanto, "l'omologazione del concordato non determina il ritorno in bonis dell'azienda e non consente di eludere la portata normativa del combinato disposto delle norme succitate" in materia di partecipazione alle gare pubbliche, e dunque l'operatore, anche se è "intervenuta la pronuncia di omologazione potrà (e dovrà) richiedere l'autorizzazione al giudice delegato" (si v. in precedenza Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019 n. 69 e Cons. Stato, sez. V, ord. 16 giugno 2019, n. 3938).

L'impostazione ha tratto la sua ragion d'essere dalla giurisprudenza civile, la quale aveva già dettato, sul punto, "principi generali" valevoli per ogni attività da intraprendere successivamente all'omologa.

In particolare, secondo la Corte di Cassazione (sez. I, ordinanza 10 gennaio 2018, n. 380), "la chiusura del concordato che ai sensi dell'articolo 181 l. fall., fa seguito alla definitività del decreto o della sentenza di omologazione, pur determinando la cessazione del regime di amministrazione dei beni previsto, durante il corso della procedura, dall'articolo 167, non comporta (salvo che alla data dell'omologazione il concordato sia stato già interamente eseguito) l'acquisizione in capo al debitore della piena disponibilità del proprio patrimonio, che resta vincolato all'attuazione degli obblighi da lui assunti con la proposta omologata, dei quali il commissario giudiziale, come espressamente stabilito dall'articolo 185, è tenuto a sorvegliare l'adempimento, "secondo le modalità stabilite nella sentenza (o nel decreto) di omologazione". La fase di esecuzione, nella quale – come si desume dalla stessa rubrica dell'articolo 185 – si estrinseca l'adempimento del concordato, non può allora ritenersi scissa, e come a sé stante, rispetto alla fase procedimentale che l'ha preceduta: l'assoggettamento del debitore, dopo l'omologazione, all'osservanza del provvedimento

giurisdizionale emesso ai sensi dell'articolo 180, implica infatti la necessità che egli indirizzi il proprio agire al conseguimento degli obiettivi prefigurati nella proposta presentata ed approvata dai creditori” (sul punto, si v. pure la successiva Cass. civ., sez. VI, 24 febbraio 2021, n. 2656).

Da qui, dunque, ne conseguiva l'affermazione per cui “qualora l'autorizzazione [a partecipare a una procedura per l'affidamento di un contratto pubblico] non sia stata mai richiesta né può ricavarsi dall'omologazione, e, nondimeno, l'impresa già ammessa al concordato con continuità aziendale intenda partecipare ad una procedura di evidenza pubblica, dovrà richiedere l'autorizzazione al giudice delegato (come prescritto dall'art. 110, comma 3, d.lgs. 50 cit.; una diversa tesi, che esclusa successivamente all'ammissione al concordato ogni ulteriore intervento degli organi della procedura, per aver l'impresa riacquisito la piena capacità di agire, accennata in obiter dictum da Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225, porterebbe a svuotare di ogni significato l'art. 110, comma 3, cit. ove letto nel rapporto con le disposizioni contenute nella legge fallimentare) (così Cons. Stato, sez. V, n. 69/2019, cit.).

Anche in dottrina non è mancato chi ha sostenuto che il decreto di omologazione chiuderebbe solo una fase del concordato, lasciando in realtà la procedura aperta per lo svolgimento della ulteriore fase di esecuzione. A parere dei sostenitori di questa tesi, infatti, quest'ultima fase sarebbe condotta dal liquidatore, e quindi da un organo della procedura, con persistenza in carica³ del commissario giudiziale e del giudice delegato. Mentre è soltanto con il “definitivo adempimento” che la procedura può quindi ritenersi chiusa.

³ In questi termini ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, UTET, 2010, p. 303; in questi termini il dibattito viene spiegato da A. CASTAGNOLA, *La chiusura del concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Giur. Comm.*, fasc. 6, 2015, p. 1288 il quale ricorda che “è facile sentire in questa teoria un'eco delle idee di Candian, secondo il quale il concordato preventivo si chiudeva con l'esecuzione, ed in particolare con il pagamento dell'ultimo debito”, in Aur. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, Cedam, 1937, p. 334

Questa teoria è stata criticata da chi⁴ osservava che in questo modo si ha la conseguenza inaccettabile per cui la procedura possa non concludersi mai: “si pensi solo a che cosa accadrebbe se il concordato non fosse completamente adempiuto, ma l’inadempimento non fosse sufficientemente grave da giustificare la risoluzione ai sensi dell’art. 186 c.p.c.. Il concordato rimarrebbe aperto indefinitivamente; ed indefinitivamente il debitore sarebbe soggetto alla necessità di richiedere l’autorizzazione al giudice delegato per gli atti di straordinaria amministrazione”, nonché la durata in carica del commissario giudiziale sarebbe indefinita.

La tesi comporterebbe l’ulteriore conseguenza dell’impossibilità per i creditori successivi al decreto di ammissione al concordato di chiedere il fallimento del creditore, nell’eventualità in cui l’insolvenza si manifesti per effetto dell’inadempimento del debitore alle obbligazioni sorte successivamente al concordato. Situazione assolutamente inaccettabile.

Secondo, invece, una diversa impostazione (che sembrerebbe ormai prevalere in giurisprudenza), l’intervenuta omologazione del concordato con continuità aziendale determinerebbe la piena restituzione dell’impresa all’operatore economico, con conseguenti funzioni di vigilanza e controllo (e non quindi di autorizzazione) affidate agli organi della procedura (tribunale e commissario giudiziale) e possibilità di partecipare a una gara per l’affidamento di un contratto della P.A. senza alcun bisogno né di “assenso” né del deposito della relazione del professionista⁵.

⁴ A. CASTAGNOLA, cit.

⁵ Tanto è quanto confermato in dottrina D. GALLETTI, Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice, in *Giur. Comm.*, 2006, II, p. 928; G. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, 7, Milano, Giuffrè, 2008, p. 857 (“La declaratoria di fallimento nel corso della procedura, la sopravvivenza del 173 l.f.”); BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 230; si legge in G. VILLANACCI, *Il concordato preventivo*, Padova, Cedam, 2010, p. 305 che “la procedura di concordato, una volta omologata con decreto del Tribunale, è “chiusa” così come stabilito dall’art. 1818”; AA. VV., *La Legge fallimentare – Commentario teorico – pratico*, a cura di G.B. FERRI, Padova, CEDAM, 2014, sub

In particolare, per Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225, “l’art. 186 bis legge fallimentare, che detta la disciplina del concordato con continuità aziendale, fa riferimento in tutte le sue disposizioni a situazioni di pendenza della procedura concordataria per le quali 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, 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’imprese, parimenti al fine della partecipazione a gare pubbliche. Anche l’ultimo comma dell’art. 186 bis 1.f. nel prevedere che il tribunale possa revocare ai sensi dell’art. 173 1.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, non essendo invece più possibile dopo l’omologa provvedere alla revoca del concordato ex art. 173 1.f.”.

In base a questa tesi, dall’interpretazione letterale della norma (art. 186 bis legge fallimentare) ne deriverebbe l’assunto in base al quale, ai fini dell’ammissione al concordato preventivo, è unicamente il deposito del ricorso a costituire potenziale condizione impeditiva della partecipazione a procedure per l’aggiudicazione di commesse pubbliche e che, tale situazione ostativa, può essere superata con l’adempimento degli obblighi documentali contemplati da tale disposizione (e cioè autorizzazione del tribunale, e, dopo il decreto di apertura, del giudice delegato acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato).

Ma, a seguito dell’adozione del provvedimento di omologazione, che determina la conclusione della procedura (si v. artt. 180 e 181 R.D. n. 267/1942 e artt. 48, 112 e 113 Codice della crisi d’impresa), lo stato di impresa ammessa al concordato viene

art. 181, p. 2077, secondo cui il decreto di cui all’art. 181 viene definito “provvedimento finale chiamato a concludere la vicenda concordataria”.

definitivamente meno, come pure gli annessi obblighi documentali funzionali a consentirle la partecipazione a procedure di gara (del resto, come è stato rilevato già da tempo, “l’omologazione costituisce un segmento del procedimento che si conclude proprio con il citato decreto di chiusura della procedura, che solo può attestare l’integrale adempimento delle obbligazioni e quindi il ripristino definitivo dell’affidabilità economica dell’impresa ai fini della partecipazione ad appalti pubblici”, Cons. Stato, sez. III, 19 aprile 2012, n. 2305).

Dunque, con l’omologazione del concordato con continuità aziendale, si legge sempre nella sentenza Cons. Stato, sez. V, n. 3225/2018, cit. “l’impresa torna in bonis e supera lo stato di crisi, con completa e piena restituzione all’organo gestorio e definitivo superamento delle limitazioni alla propria capacità operativa, sicché nella fase esecutiva (da considerarsi estranea alla procedura concordataria) non sussiste più il bisogno di consentire all’amministrazione di effettuare la valutazione della sua affidabilità finanziaria, tecnica ed economica e dell’effettiva capacità di adempiere agli obblighi assunti con il contratto e di darvi regolare esecuzione, obblighi a cui l’impresa è in grado di far fronte con la normale prosecuzione della sua attività”.

Tale capacità, secondo il giudice, è stata (già) positivamente valutata, come dimostra (appunto) l’omologazione del concordato, e non è soggetta, peraltro, neppure a revoca “tant’è che è vero che una dichiarazione di fallimento può in tal caso intervenire anche successivamente al decreto [...], ma soltanto per fatti di insolvenza nuovi e sopravvenuti rispetto all’omologazione”.

Tutto ciò si riflette, da ultimo, anche sul principio di tassatività delle clausole di esclusione dalle procedure per l’affidamento di contratti pubblici.

In tal senso, nella sentenza ult. cit., si legge che “sarebbe contrario ai principi di logica e ragionevolezza prescrivere un regime più gravoso per le imprese in concordato preventivo con continuità aziendale che, pur a distanza temporale notevole dall’omologazione, dovrebbero dichiarare di essere in stato o in corso di concordato, sebbene non lo siano più, e assolvere ad obblighi documentali che, di fatto, in questa fase non avrebbero più alcuna finalità pratica, dovendo l’amministrazione valutare la capacità di eseguire l’opera

pubblica da parte dell'impresa concorrente sulla base della situazione economica e finanziaria attuale, senza che alcuna influenza a riguardo possa rivestire un concordato pregresso e concluso”.

La soluzione adottata dal Tar in questa pronuncia si pone in linea di continuità con quanto risolto dalle Terza Sezione del Consiglio di Stato (Sentenza n° 9147 del 2022) per cui “è ragionevole ritenere che la valutazione circa la capacità di riacquisto da parte dell'impresa di una piena condizione di solvibilità, e nello stesso tempo circa la coerenza della partecipazione alla gara con la situazione di crisi in cui essa attualmente versa, siano rese, nelle more della approvazione della proposta di concordato e della sua omologazione giudiziale, di volta in volta dal Tribunale o dal Giudice delegato, in relazione alla specifica procedura di gara, mentre, una volta che l'omologazione sia intervenuta, e salve le eventuali condizioni limitative ad essa apposte, essa debba ritenersi insita nella legittimazione dell'imprenditore al libero esercizio della sua iniziativa economica, di cui il medesimo sia riappropria pur in un contesto di transizione nel percorso di superamento della crisi aziendale, laddove sussista una ragionevole prospettiva di favorevole risoluzione della stessa”, e precisando che l'omologazione comporta quindi il venir meno del potere autorizzatorio in questione, non necessario per la partecipazione dell'impresa alla gara.

Sembra quindi oggi potersi affermare con un sempre più costante grado di certezza che il regime autorizzatorio cessa di esistere con il decreto di omologazione, perché è da tale momento che la procedura può ritenersi chiusa, con il conseguenziale venir meno anche degli organi, resistendo solo la successiva fase di esecuzione, momento successivo e indipendente dalla conclusione dell'accordo (concordato) omologato.

4) Il requisito della continuità nella valutazione delle cause di esclusione alle gare di appalto.

In ordine alla seconda questione, qui solo accennata a fini di completezza ma senza alcuna pretesa di esaustività, il Tar è chiamato altresì a valutare la continuità economica in caso di

contratto d'affitto d'azienda tra l'affittuaria e l'affittante, al fine di eventualmente verificare la sussistenza di cause di esclusione in capo ad entrambe.

Il duplice scrutinio sul possesso dei requisiti di partecipazione alla gara in capo sia all'affittante che all'affittuaria si richiede esclusivamente in ipotesi di continuità economica tra le due, da intendere “nel senso che è la prima con la sua organizzazione originaria che di fatto rende il servizio posto a base di gara, benché esso sia giuridicamente imputabile alla seconda”⁶.

E ancora tale duplice scrutinio è prescritto laddove l'affittuaria non fornisca la prova di una completa “cesura” (in termini di assenza di continuità economica) tra le due successive gestioni, in tal caso “la Stazione appaltante è tenuta a verificare il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara in capo all'affittante, poiché chi si avvale dei requisiti dei terzi sul piano della partecipazione alle gare pubbliche, risente delle conseguenze sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità”⁷.

La continuità economica nella fattispecie in esame non risulta suffragata e di conseguenza non sussistono motivi di esclusione per la partecipazione alla gara dell'affittuaria.

5) Qualche osservazione conclusiva.

La questione principale su cui è chiamato a esprimersi il Tar Puglia afferisce alla posizione dell'impresa nei confronti della quale sia intervenuta l'omologa del concordato in continuità.

I dubbi ermeneutici nascono dalla circostanza che il legislatore nell'introdurre una previsione che consente oggi alle imprese insolventi di partecipare alle gare d'appalto, con riferimento al concordato in continuità omette di indicare le coordinate temporali

⁶ Così Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sent. N. 10/2012

⁷ Consiglio di Stato, Sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6706.

entro le quali sarebbe necessario, per legittimare l'impresa alla partecipazione e al mantenimento della sua posizione all'interno della gara, l'autorizzazione del Giudice delegato.

Il dibattito sorto ha trovato oggi una ormai costante consapevolezza relativa al concetto di "pendenza della procedura".

Il concordato, infatti, si ritiene ancora aperto sino al momento della omologazione dell'accordo, momento a partire dal quale ciò che resta è solo la fase meramente esecutiva che non può ritenersi parte dell'accordo.

Questa d'altronde è la strada accolta anche dal Giudice adito nella fattispecie in esame che, in linea di continuità con quanto più volte e ormai costantemente dal Consiglio di Stato, aderisce alle conclusioni raggiunte sul punto affermando che una volta omologato il concordato con continuità aziendale la Società torna *in bonis* ed è restituita alle cure dell'organo gestorio, il quale deve operare nel rispetto del piano. La fase esecutiva, per espresso dettato normativo, deve quindi ritenersi estranea alla procedura concordataria in senso proprio.

Ph.D. Giovanna Petrangelo