

Continuità nel possesso dei requisiti ed immodificabilità soggettiva del concorrente "composto" nelle gare d'appalto: ricognizione tra regole ed eccezioni. Le ultime frontiere: l'impatto del concordato *in bianco*.

di Luigi LALLA*

SOMMARIO: **1.**Introduzione. **2.**Le recenti questioni rimesse alla Adunanza Plenaria. **3.** Continuità nel possesso dei requisiti ed immodificabilità soggettiva del concorrente "composto" nelle gare d'appalto: ricognizione tra regole ed eccezioni. **3.1.**Avvalimento. **3.2.**Raggruppamenti temporanei di imprese. **3.3.**Consorzi ordinari e stabili. **4.**Concordato in continuità aziendale. **4.1.** Le ultime frontiere: l'impatto del concordato *in bianco*. **5.**Conclusioni.

ABSTRACT: *The dialogue between the traditional principles and pro-competitive Euro-unitary values brings, for the economic operator, ever greater participatives spaces in the tender: from "union is strength" to "union is the requirement". When the synthesis process pushes forward, undermining further traditional certainties, it is necessary to perimeter the limits. Nowadays the discussion concerns the participation in tenders of economic operators composed of several companies that integrate the requirements and participate "as a team". The rule is that if one member loses the requirement, the whole team leaves the game. This paper proposes to outline the legal exceptions that allow the game to continue through a "substitution", with particular regard to the most controversial events. In fact, recently, unresolved issues are pending to the attention of the Plenary Assembly of Council of State. Among these ones, an interesting remission concerns the impact on the participation in the matches of the whole team when a player run into the various forms of business crisis management ("business continuity agreement" and "blank agreement").*

*Avvocato, specializzato nelle professioni legali, cultore della materia in diritto civile.

Il dialogo tra principi tradizionali e i valori eurounitari proconcorrenziali porta per l'operatore economico sempre maggiori spazi partecipativi alla gara: dalla "unione fa la forza", alla "unione fa il requisito".

Quando il processo di sintesi si spinge in avanti, scalfendo ulteriori tradizionali certezze, è necessario perimetrare i limiti.

Oggi la discussione riguarda la partecipazione alle gare di operatori economici composti da più imprese che integrano i requisiti e partecipano "facendo squadra". La regola è che se un componente perde il requisito, tutta la squadra esce dal gioco.

Questo elaborato si ripropone di delineare le eccezioni di legge che consentono che la partita continui mediante una "sostituzione", con particolare riguardo alle vicende più controverse.

Di recente, infatti, all'attenzione della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato pendono questioni irrisolte. Tra queste, una rimessione interessante riguarda l'impatto sulla partecipazione alla gara di tutta la squadra quando un giocatore incorre nelle diverse forme di gestione della crisi di impresa ("concordato in continuità aziendale" e "concordato in bianco").

1. Introduzione.

La pandemia esplosa nel 2020, tra tanti effetti drammatici, reca con se due spinte. La prima - verso il basso - inabissa gli operatori economici nel profondo di una crisi economica senza precedenti. La seconda - ancora tutta da scrivere¹ - proietta lo sguardo degli operatori economici verso i salvifici fondi UE, destinati alla rinascita².

Trai mille dubbi su quale sarà il disegno politico, appare una certezza: parte dei fondi destinati all'Italia sarà investita dalle Pubbliche Amministrazioni in appalti pubblici. Le "gare" pubbliche forniranno l'ossigeno che le imprese Italiane respireranno per riemergere.

Tenendo da parte considerazioni scontate sulla necessità di semplificare, per l'occasione, il quadro normativo, preme riflettere sugli effetti della crisi

¹ "Recovery Fund": parola chiave sia dal fronte della politica economica che dal quello di politica interna. Si tratta di un Fondo per la ripresa che l'Unione Europea ha messo sul piatto per rilanciare le economie dei 27 Paesi membri travolte dalla crisi del Covid-19.

² FIMMANÓ Francesco, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da Coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco-start up, auto-fallimento e concordato "programmati"*, in Rivista del Notariato, fasc.2, 1 APRILE 2020, pag. 163.

economica, cagionata dalla pandemia, sulla sopravvivenza delle imprese. Per quelle che resisteranno, il “*Recovery Plan*” promette un nuovo slancio: un piano massiccio di interventi pubblici rappresenta il volano necessario alla ripresa economica. Le commesse pubbliche avranno lo scopo primario di sostenere settori economici in crisi. Mai come in questo momento storico gli operatori economici sono fragili ed è, pertanto, di tutta evidenza il rischio che, nel corso della procedura di gara o durante l’esecuzione dell’appalto aggiudicato, il loro passo risulti non spedito, ma al contrario claudicante ed il loro respiro affannoso. Operatori economici *in crisi* (*in odore di fallimento*, per usare un eufemismo) rischiano “a partita in corso” di perdere i requisiti di partecipazione necessari. Se la regola è che in tal caso si venga esclusi dalla gara, il pericolo è di vedere frustrate le esigenze sottese al rilancio e alla “rinascita”.

Si intende, in questo lavoro, effettuare una ricognizione di quali siano le regole che consentano di “rimanere in gioco” effettuando una “sostituzione”.

2. Le recenti questioni rimesse alla Adunanza Plenaria.

Le brevi premesse sopra tracciate accendono nuove luci su questioni aperte, dimostrandole attualissime. In particolare rilevano quelle pendenti innanzi alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato di seguito riportate.

I) Il Consiglio di Giustizia Amministrativa con ordinanza n. 1211 del 2020, ha rimesso alla Adunanza Plenaria alcune questioni:

1) se, nell’ipotesi di partecipazione ad una gara d’appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell’esecuzione dei lavori, quest’ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all’impresa ausiliaria nell’avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinare la sostituzione, in applicazione dell’art. 89 co. 3, d.lgs. n. 50/2016 e/o dell’art. 63, direttiva 24/2014/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell’obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all’affidamento dei lavori;

2) in caso di risposta negativa al quesito sub. 1, se comunque, qualora la consorziata - non designata ai fini dell’esecuzione dei lavori - derivi la qualificazione da un rapporto di avvalimento con altra impresa, trovino

applicazione le disposizioni normative sopra citate e la conseguente deroga al richiamato principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti³.

II) Il Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, con sentenza n. 37 del 2021 ha rimesso alla Adunanza Plenaria le seguenti questioni:

a) se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17 e 19 ter, d.lgs. n. 50/2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire, in fase di gara, la sostituzione della mandataria dichiarata fallita successivamente alla presentazione dell'offerta con altro operatore economico subentrante, ovvero se ne sia possibile soltanto la mera estromissione e, in questo caso, se l'esclusione dell'a.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione;

b) tempi e modalità per introdurre nel procedimento di gara l'estromissione della mandataria e la sostituzione della stessa, ed in particolare:

b.1) se l'impresa mandante (o le imprese mandanti) possa chiedere di essere ammessa a sostituire la mandataria fin quando non intervenga comunicazione, da parte dell'Amministrazione procedente, di apposito interpello, ovvero del provvedimento di esclusione;

b.2) se sia comunque consentito, nell'ipotesi di intervenuta conoscenza *aliunde* della vicenda che ha colpito la mandataria, proporre la sostituzione nel corso della gara ed anteriormente all'adozione dei citati atti da parte dell'Amministrazione procedente⁴.

III)Altra questione è stata rimessa dal Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza n. 313 del 2021 che ha posto i seguenti quesiti:

1) se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare debba ritenersi causa automatica di esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale;

2) Se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti

³ Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, ordinanza del 29 dicembre 2020, n. 1211.

⁴ Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, sentenza del 20 gennaio 2021, n. 37.

ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione;

3) In quale fase della procedura di affidamento l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedure e dell'aggiudicazione della gara⁵.

IV) L'ultima rimessione alla Plenaria è quella effettuata dal Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanza n. 309 del 8 gennaio 2021, che ha posto i seguenti interrogativi:

a) se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942) da parte dell'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo debba ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale;

b) se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo cd. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti, ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione;

c) in quale fase della procedura di affidamento l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedura e dell'aggiudicazione della gara;

d) se le disposizioni normative di cui all'art. 48 commi 17,19,19 ter, d.lgs. n. 50 del 2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire la sostituzione della mandante che abbia presentato ricorso di concordato preventivo cd. in bianco ex art. 161, comma 6 cit. con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara, ovvero se sia possibile soltanto la mera estromissione della mandante e, in questo caso, se l'esclusione del r.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese

⁵ Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza del 8 gennaio 2021, n. 313.

partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione⁶.

Si tratta di importanti interrogativi ai quali l'Adunanza Plenaria fornirà chiarimenti in grado di completare il quadro del delicato rapporto tra il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara e le modifiche soggettive del concorrente che di regola ne determinano l'esclusione, salvo le eccezioni stabilite dalla legge.

3. Continuità nel possesso dei requisiti ed immodificabilità soggettiva del concorrente "composto" nelle gare d'appalto: ricognizione tra regole ed eccezioni.

Per il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, l'operatore economico, che intenda partecipare alla gara bandita dalla Pubblica Amministrazione, deve possedere i requisiti soggettivi di partecipazione senza alcuna soluzione di continuità⁷. La giurisprudenza granitica⁸ e consolidata ritiene che, nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, i requisiti generali e speciali di partecipazione devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità⁹. La perdita dei requisiti, ancorché temporanea, impone l'esclusione del concorrente dalla gara¹⁰.

⁶ Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza del 8 gennaio 2021, n. 309.

⁷ Per una esaustiva analisi dei controlli sul possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, si vedano S. BACCARINI-G. CHINÈ-R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, 454; D. PONTE, *Il controllo a campione sul possesso dei requisiti*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 1607.

⁸ T.A.R. Lazio sez. I - Roma, 23/10/2020, n. 10822 su il possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione alle pubbliche gare deve permanere sino all'aggiudicazione e alla stipula del contratto di appalto. Massima in DeJure: «*Nelle gare d'appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (nel caso di specie, tale principio risulta rispettato per la mandante, atteso che, la stessa, sulla base dell'attestazione in rettifica di UNISOA, pienamente valida ed efficace, è risultata costantemente in possesso del requisito di qualificazione OG3, classifica III bis)*».

⁹ T.A.R. Toscana sez. III, sentenza del 28/09/2020, n. 1117 sull'obbligo dei concorrenti di aggiornare le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara. Si riporta

Questo è il principio della continuità del possesso dei requisiti, il quale impone che i requisiti siano posseduti ininterrottamente in tutte le fasi della procedura e che la loro perdita, ancorché temporanea, imponga l'esclusione della concorrente dalla gara¹¹.

La tutela della concorrenza è alla base di questa scelta. In quest'ottica si spiega il rigore dell'esclusione quando il requisito perso in corso di gara, sia facilmente recuperabile prima della chiusura della procedura. Cionondimeno il concorrente viene escluso prevalendo le ragioni degli altri partecipanti alla gara.

La regola è che si viene esclusi dalla gara, salvo i casi in cui la legge consente la deroga. Vi sono previsioni normative, infatti, che specificamente consentono di restare in gara colmando l'assenza sopravvenuta del requisito con un reintegro successivo¹².

una massima: «*La giurisprudenza, oramai da tempo e sulla scorta dell'indirizzo nomofilattico dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 20 luglio 2015, n. 8, ma già l'affermazione era contenuta nella precedente sentenza 7 aprile 2011, n. 4), si è condivisibilmente attestata nel senso di ritenere che, nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali di partecipazione debbono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. La perdita dei requisiti, ancorché temporanea, impone l'esclusione del concorrente dalla gara (da ultimo, e con riferimento a procedure sottoposte al d.lgs. n. 50/2016, cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2443; id., 17 marzo 2020, n. 1918; id., 19 febbraio 2019, n. 1141). Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 2231; id., 19 dicembre 2012, n. 6539*».

¹⁰ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza del 20 luglio 2015, n. 8; precedente conforme in sentenza del 7 aprile 2011, n. 4. Più recentemente orientamento confermato dal Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2443; id., 17 marzo 2020, n. 1918; id., 19 febbraio 2019, n. 1141.

Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 2231; id., 19 dicembre 2012, n. 6539

¹¹ Sul "momento in cui devono essere posseduti i requisiti di partecipazione, vincolanti e non equivocabili", vedi Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 8021 del 15/12/2020, la cui massima in De Jure recita: «*Riguardo ai requisiti di partecipazione, vincolanti e non equivocabili, è bene rammentare la granitica giurisprudenza che afferma che essi devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa e fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità: il principio della continuità del possesso dei requisiti esige dunque che gli stessi siano posseduti ininterrottamente in tutte le fasi della procedura e che la loro perdita, ancorché temporanea, impone l'esclusione della concorrente dalla gara*».

¹² Sulle vicende modificative soggettive del concorrente, si veda S. BACCARINI-G. CHINÈ-R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, 677.

Il problema si pone principalmente per le partecipazioni "composte", ovvero quei fenomeni di raggruppamento in cui "*l'unione fa la forza*" e soggetti singolarmente incapaci di realizzare la commessa pubblica, ci riescono unendo le forze.

Si registra il superamento dell'originario sfavore con il quale il legislatore nazionale guardava a determinati istituti: rilette con lenti europee in ottica di "*favor participationis*". Così il dialogo tra principi tradizionali e i valori eurounitari proconcorrenziali ha portato, per l'operatore economico, sempre maggiori spazi partecipativi alla gara: dalla "unione fa la forza", alla "unione fa il requisito".

Gli istituti *avvalimento*, *il raggruppamento temporaneo d'impresa*, *i consorzi*, sono tutti strumenti che ampliano il *favor participationis*, nella misura in cui consentono di partecipare a chi da solo non potrebbe, così favorendo la partecipazione di piccole e medie imprese agli appalti di più grandi dimensioni. Tuttavia il percorso è stato accidentato, perché essi si sono affermati (alcuni dei quali prima sconosciuti all'ordinamento) contro la tradizionale preoccupazione del legislatore nazionale, timoroso che potessero dare la stura a lavori eseguiti male da operatori idonei solo sulla carta, ma nella realtà *brancaleoniane* accozzaglie. Sono sempre stati visti con sfavore anche perché si temeva potessero rappresentare scatole vuote, nido perfetto per le infiltrazioni criminali. Tutti questi timori erano originati dalle loro caratteristiche che recavano una scissione tra colui che formalmente diventa aggiudicatario/contraente e chi con i mezzi e le risorse realizza effettivamente l'opera.

Preso atto che il diritto UE impone allo Stato di non porre limiti irragionevoli alla partecipazione "composta" alla gara (per favorire la concorrenza e la partecipazione alla gara più ampia possibile), con forza propulsiva e pervasiva i limiti nazionali sono caduti (e stanno cadendo ancora) come le tessere di un domino. La Corte di giustizia ha infatti, a più riprese, statuito l'incompatibilità comunitaria di talune norme nazionali che ponevano limiti sproporzionati a tali i forme di partecipazione "composta" alla gara (e ancora continua ad essere chiamata a verificare la compatibilità di altre¹³).

¹³ Ci si riferisce alla rimessione alla Corte di Giustizia U.E. da parte del Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza del 20 marzo 2020, n. 2005, sulla esclusione automatica del concorrente per le false dichiarazioni dell'usurario; o ancora alla rimessione alla Corte di Giustizia U.E. da parte del Consiglio di Giustizia Amministrativa con l'ordinanza n. 1106 del 24 novembre 2020 sulla compatibilità dell'art. 83 comma 8 del Codice dei contratti pubblici che prescrive, in caso di

La regola della necessaria continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione va declinata nell'ambito della partecipazione "composta" alla gara. In tale ambito essa si riflette in due direzioni.

Da un lato, in necessaria continuità nella identità soggettiva dell'*operatore economico plurimo* (se l'operatore è composto dai soggetti A, B e C, è necessario che gli stessi ne siano i componenti per tutte le fasi).

Dall'altro occorre che tutti i requisiti di partecipazione richiesti siano conservati da tutti e da ciascuno per tutte le fasi della gara, fino alla esecuzione del contratto.

A questa regola la legge dispone talvolta eccezioni, alla presenza di particolari circostanze.

Una prima deroga emerge, in tema di *avvalimento*, dall'art. 89 comma 3 del d.lgs. 50 del 2016 che impone al concorrente di sostituire il soggetto ausiliario che non soddisfa i requisiti di partecipazione richiesti dalla legge.

Una seconda importante eccezione è quella contenuta nell'art. 48 del d.lgs. 50 del 2016 con riferimento ai Raggruppamenti Temporanei di Imprese ed ai *consorzi ordinari di operatori economici*, per i quali i commi 17 e 18 dispongono peculiari meccanismi di "sostituzione" diversi a seconda che le vicende ivi indicate colpiscano l'impresa mandataria o una delle mandanti.

Ulteriore deroga è sempre prevista dall'art. 48 sopracitato al comma 7 *bis*, che legittima anche i *consorzi stabili* ad operare il "cambio".

Di seguito queste deroghe saranno illustrate più nel dettaglio.

3.1. Avvalimento.

L'istituto dell'avvalimento¹⁴ viene recepito dalla legge su impulso comunitario per favorire la concorrenza e la massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

L'art. 63 della direttiva 2014/24/UE ha posto le basi perché l'operatore economico, al fine di partecipare a un determinato appalto, potesse fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i requisiti tecnici, professionali, economici e finanziari richiesti dalle stazioni appaltanti per l'aggiudicazione (a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi altri soggetti).

ricorso all'avvalimento da parte della mandataria di un RTI, che quest'ultima debba in ogni caso possedere i requisiti di qualificazione e debba eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

¹⁴ Con efficacia, chiarezza e sintesi sull'argomento Marcello CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, ED. IV, il mulino, pag. 438.

Oggi la disciplina dell'avvalimento è contenuta nell'art. 89 del d.lgs. 50 del 2016¹⁵. Si tratta, dunque, di istituto proconcorrenziale in costante ascesa, che trova sempre maggiore applicazione. La giurisprudenza è da tempo protesa a rimuoverne gli irragionevoli ostacoli posti da un legislatore che ancora guardava con "cattivo occhio".

Il fenomeno di partecipazione alla gara di una impresa *ausiliata* insieme alla sua *ausiliaria*, pone problemi in ordine alla continuità nel possesso dei requisiti ogni qual volta vicende colpiscono l'ausiliaria privandola di un requisito necessario. In tal caso per la regola della continuità nel possesso dei requisiti si dovrebbe predicare l'esclusione del "gruppo" dalla gara.

Ma simile conclusione sarebbe deleteria per almeno due ragioni. Da un lato l'operatore economico principale verrebbe colpito per colpe non proprie, scontando una sorta di responsabilità per fatto altrui (le vicende che si verificano nella sfera della impresa ausiliaria sono fuori dalla sua sfera di controllo e dominio). Dall'altro si sostanzierebbe in un di quegli ostacoli all'avvalimento, che la giurisprudenza tende invece ad abbattere.

Sotto la vigenza del codice degli appalti d.lgs. n. 163 del 2006 si è posto il problema. Il Consiglio di Stato rimise la questione alla Corte di Giustizia UE, dubitando della compatibilità con la disciplina eurounitaria delle disposizioni nazionali che determinavano l'esclusione dell'operatore economico dalla gara anche per perdita dei requisiti di qualificazione derivante da un fatto a lui non imputabile. Infatti l'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006 non sembrava consentire la sostituzione dell'impresa ausiliaria nella fase intercorrente tra la partecipazione alla gara e la stipulazione del contratto. Ci si chiese se potesse applicarsi analogicamente l'art. 37, commi 18 e 19 che sembrava ammettere, limitatamente alla fase di esecuzione del contratto, la modificazione soggettiva della composizione del raggruppamento temporaneo di imprese. Sorse la questione sul se fossero norme applicabili anche in fase di gara.

Questi furono i primi tentativi di una interpretazione conforme alla direttiva 2014/24/UE che, al contrario, prevedeva che l'amministrazione aggiudicatrice

¹⁵ Su avvalimento e subappalto si veda: FRONTONI Massimo, SAVELLI Laura, Subappalto ed avvalimento tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici, 2018, Torino, Giappichelli.

fosse tenuta a imporre all'operatore economico la sostituzione del soggetto che avesse perso i requisiti di partecipazione necessari¹⁶.

Per tali ragioni il codice dei contratti pubblici d.lgs. 50 del 2016 ha posto una disposizione conforme ai dettami del diritto UE, fissando una deroga al principio di immodificabilità soggettiva del concorrente con l'art. 89 comma 3, la quale norma impone all'operatore economico di sostituire l'ausiliaria che ha perduto il requisito, ponendosi così in salvo dalla esclusione¹⁷.

3.2. Raggruppamenti temporanei di imprese.

L'Associazione Temporanea di Imprese (ATI) risponde all'esigenza di singole imprese di meglio svolgere la loro attività economica, soprattutto con riferimento alla possibile partecipazione negli appalti pubblici¹⁸.

Il raggruppamento di *imprese* non è *impresa* unitaria in senso tecnico e giuridico, ma è strumento messo in opera, di volta in volta, per consentire a più imprese, tra cui una capogruppo, di presentare un'offerta unitaria in gare d'appalto, alle quali non avrebbero altrimenti potuto partecipare per mancanza di requisiti tecnici e finanziari o per eccessivo rischio¹⁹.

Tecnicamente tali gruppi sono rappresentati da una impresa *mandataria* che riceve *mandato* ad esprimersi al cospetto della stazione appaltante in nome e per conto dell'intero gruppo. Coloro che partecipano in gruppo conferendo il mandato sono le altre imprese consorziate che assumono la vesti di *mandanti*. A seconda del peso assunto rispettivamente dalla mandataria e dalle mandatarie nell'equilibrio complessivo dell'operazione economica, questi gruppi possono essere *verticali* o *orizzontali*.

¹⁶ TUCCILLO Raffaele, "Perdita dei requisiti di qualificazione per fatto non imputabile al concorrente e sostituzione dell'impresa ausiliaria", nota a sentenza Consiglio di Stato sez. IV, 15/04/2016, n. 1522, in *lamministrativista.it*, 25 LUGLIO 2016.

¹⁷ L'art. 89 comma 3 d.lgs. 50 del 2016 dispone: « *La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici*».

¹⁸ DI IORIO Viviana, "Requisiti dei raggruppamenti temporanei di progettisti e sulle vicende modificative soggettive in corso di gara" in *lamministrativista.it*, fasc., 26 APRILE 2016, nota a sentenza Consiglio di Stato, sez. V, del 25 febbraio 2016, n.773,.

¹⁹ Sui requisiti necessari nel raggruppamento temporaneo di concorrenti, si veda S. BACCARINI-G. CHINÉ-R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015, 454.

Nel primo caso, alla mandataria spetta l'esecuzione dei lavori prevalenti o principali, essendo tenute le mandanti a eseguire lavori secondari o scorporabili.

Nel secondo caso, invece, le imprese si suddividono il medesimo tipo di prestazione richiesta in percentuali predeterminate e specificate nell'offerta²⁰. Anche per tali soggetti vige l'obbligo del possesso dei requisiti senza soluzione di continuità per tutte le fasi della gara, con le precisazioni di cui si dirà²¹.

Tale raggruppamento è volto a consentire l'integrazione dei requisiti di partecipazione da parte del gruppo, non possedendoli, al contrario, le imprese singolarmente.

La prima questione postasi nella prassi ha riguardato l'ammissibilità della cd. ATI *sovraabbondante*, ossia un'associazione di imprese non necessaria al fine del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, ma a tal fine superflua ed evidentemente finalizzata ad altro. Questo fenomeno si verifica allorché ad un gruppo dotato di requisiti si aggiunge un'altra impresa, senza che ciò sia necessario alla partecipazione alla gara, ma per ragioni diverse. Si dubitava della compatibilità di siffatto raggruppamento considerato una forma di intesa volta a limitare e falsare la concorrenza mediante la creazione di un operatore dominante sul mercato e di una concentrazione del potere economico.

Tuttavia, successivamente, si è assistito ad un mutamento di prospettiva, così dal considerarlo vietato, si è ritenuto in linea di principio consentito, salvo che non integrasse un'intesa anticoncorrenziale.

I dubbi sono stati chiariti innanzi tutto dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la fondamentale sentenza n. 8 del 2012 che ha ammesso tale

²⁰ Con efficacia, chiarezza e sintesi sull'argomento Marcello CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, ED. IV, il mulino, pag. 438.

²¹ In senso cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 23 dicembre 2020, n. 8299, che conferma la continuità nel possesso dei requisiti da parte dell'ATI, in coerenza con l'obbligo di mantenere il possesso dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della gara e successivamente alla sua conclusione, afferma che i concorrenti hanno l'onere di comunicare alla stazione appaltante, nel corso della gara, tutte le vicende, anche sopravvenute, attinenti allo svolgimento della propria attività professionale al fine di consentire di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti sulla reale affidabilità, morale e professionale, dei concorrenti e quindi proprio sulla continuità nel possesso dei requisiti. In tal senso, testualmente, Consiglio di Stato, sez. V, 16 dicembre 2019, n. 8514, nella specie il collegio ha osservato che: « *alla data di presentazione delle offerte, le indagini penali non erano ancora concluse e l'a.t.i. nulla era pertanto tenuta a dichiarare in proposito, allorché però in corso di gara interveniva la richiesta di rinvio a giudizio del procuratore generale e direttore tecnico della mandataria e del legale rappresentante di una delle mandanti, ragioni di correttezza e leale collaborazione avrebbero dovuto condurre a darne tempestivamente conto alla stazione appaltante*».

possibilità. Si è chiarito che la regola della immodificabilità soggettiva del concorrente ha una finalità precisa: garantire che la PA sia chiamata a valutare il possesso dei requisiti in capo ai partecipanti alla gara una sola volta, nella fase di valutazione della domanda di partecipazione. Se questa è la logica, allora si chiarisce che la modifica successiva della composizione soggettiva del gruppo *per riduzione* (uno dei partecipanti perde il requisito di partecipazione), nel caso di ATI *sovrabbondante* non lede il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, poiché il gruppo residuo possiede tutti i necessari requisiti. La PA non è chiamata a compiere alcuna successiva valutazione sul possesso dei requisiti. Per tali ragioni si è ritenuta possibile la modifica riduttiva del gruppo che non alterasse il possesso dei requisiti detenuti dal gruppo residuo.

Al contrario l'Adunanza Plenaria fissò in quella occasione un principio di diritto molto rigido, che ancora oggi alcune pronunce richiamano, nel sancire l'inammissibilità di una modifica additiva. Infatti ammettere che l'ATI potesse sostituire l'impresa consorziata che ha perso il requisito con una nuova "subentrante" avrebbe imposto alla PA una nuova verifica, in corso di gara, in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione, ledendo sia il buon andamento che le ragioni degli altri partecipanti alla gara.

L'Adunanza Plenaria con sentenza n. 8 del 2012 ha chiarito che le modifiche soggettive ammesse sono solo quelle riduttive e non anche quelle additive²².

Tuttavia, rispetto a questo quadro originario, il codice dei contratti pubblici d.lgs. 50 del 2016 ha introdotto alcune significative novità, che sembrano superare questo orientamento "antico", che tuttavia ancora oggi riecheggia.

L'art. 48 comma 19 d.lgs. 50 del 2016 ammette espressamente la modifica riduttiva del raggruppamento (purché i residui partecipanti al gruppo da soli soddisfino i requisiti necessari). Con la precisazione che la riduzione non deve essere il tentativo di eludere la carenza iniziale del requisito: tutti dovevano possedere già prima i requisiti.

Così dispone il comma 19: *«E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui*

²² Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza del 4 maggio 2012, n.8.

al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara».

Inoltre l'art. 48, ai commi 17 e 18, pone due deroghe importanti al principio di continuità nel possesso dei requisiti e di immodificabilità soggettiva. Sebbene vi sia una giurisprudenza che ritiene ancora non consentite le modifiche additive, queste norme sembrano, al contrario straordinariamente consentirle.

Questo è il tenore del comma 17 che descrive vicende che colpiscono la mandataria, rispetto alle quali è consentita la sua "sostituzione": « *Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto ».*

Invece quando le vicende suddette colpiscono la mandante, il comma 18 ne disciplina la "sostituzione" nel modo seguente: « *Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire».*

Sulla interpretazione di queste norme si è aperto un contrasto interpretativo. Se da un lato il comma 19 è chiaro nel consentire la sola modifica riduttiva, residuano dubbi sulla possibilità della modifica additiva, poiché i commi 17 e 18

presentano elementi di ambiguità tanto da dar luogo a diversi filoni interpretativi.

Rispetto a chi ancora nega tale possibilità, vi sono posizioni che ammettono la modifica additiva, riconoscendo la facoltà di sostituire sia la mandante sia la mandataria con un soggetto "dall'esterno".

Tra le due estreme - che negano o ammettono sempre la sostituzione *ab esterno* - una tesi intermedia ritiene consentita la modifica additiva soltanto per sostituire la mandante e non invece per la mandataria. Per quest'ultima l'unica modifica possibile resterebbe quella riduttiva²³.

Del resto il cambio *alla guida* del gruppo è molto più incisivo rispetto alla sostituzione di un *passaggero*. La mandataria è il volto del gruppo e, consentire che venga sostituita con l'ingresso di un nuovo soggetto, impatta molto di più sull'equilibrio della situazione, ponendosi in aperto contrasto con il principio di immodificabilità soggettiva del concorrente. Invece il cambio della mandante passa quasi inosservato. Questa lettura poggia in primo luogo sulla lettera della norma: il comma 18 (che regola la sostituzione della mandante) è il solo a riferirsi al "subentrante" come possibile sostituto; mentre il comma 17 disciplina la sostituzione della mandataria "con altro operatore economico", senza alcun riferimento a un eventuale "subentrante". Inoltre questo orientamento richiama la posizione espressa dalla Corte costituzionale che ad altri fini ha distinto le posizioni di mandataria e mandanti. La sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2020 ha riconosciuto la legittimità costituzionale dell'art. 186 bis della Legge Fallimentare. Così legittimando la scelta ragionevole del legislatore di prevedere una deroga al principio di continuità nel possesso dei requisiti e di immodificabilità soggettiva del concorrente valida solo per la mandante, proprio in considerazione del più importante ruolo della mandataria nell'equilibrio dell'ATI. La sentenza dunque valorizza la distinzione tra mandante e mandataria, avallando questa interpretazione per la quale le vicende specifiche previste dalla legge hanno conseguenze diverse a seconda che colpiscano la mandataria o una delle mandanti, essendo possibile solo in quest'ultimo caso procedere alla modifica additiva *ab esterno*.

La rimessione alla plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza del 8 gennaio 2021, n. 309 propende per la tesi secondo la quale è ammessa la modifica riduttiva, richiamando l'orientamento risalente alla Plenaria n. 8 del 2012,

²³ La sostituzione della mandataria con una mandante, in termini di modifica riduttiva, è pacificamente ammessa. Si veda T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza del 17 dicembre 2018, n. 655 .

mentre dubita della ammissibilità della modifica “additiva” , in quanto ritiene questa debba ammettersi solo laddove espressamente prevista dal legislatore e i casi in cui la legge la consente, ponendosi come derogatori di un principio generale e fondamentale per la tutela della concorrenza, vanno considerati tassativi e di stretta interpretazione²⁴.

Invece il CGA di gennaio 2021 nel rimettere la questione alla Adunanza Plenaria pare propendere per la tesi possibilista che ammette anche la modifica additiva, laddove le vicende che colpiscono la mandataria siano comunque successive alla presentazione della offerta e quindi possedendo il gruppo tutti i requisiti alla data di presentazione della offerta²⁵.

3.3. Consorzi ordinari e stabili.

I consorzi *ordinari* si distinguono da quelli *stabili*.

I primi agiscono come entità mandataria delle imprese consorziate (che figurano come mandanti), rappresentandole come accade in un raggruppamento temporaneo di imprese. Si tratta di un mero coordinamento tra le imprese consorziate, senza alcun ruolo operativo né autonoma identità soggettiva. Il consorzio ordinario è la sommatoria delle imprese consorziate. Infatti la consorziata non può partecipare alla gara da sola (in proprio), gareggiando contro il consorzio ordinario, sarebbe come partecipare contro se stessa. Parimenti il consorzio non possiede propri requisiti di qualificazione che si differenziano da quelli delle consorziate.

Rappresenta, invece, un fenomeno diverso il cd. *consorzio stabile*.

Questo si caratterizza per un requisito “teleologico” e “strutturale”. Esso sostanzia un’autonoma struttura operativa ed organizzativa. E’ dotato di un proprio patrimonio ed è autonomamente in grado di realizzare l’appalto. Soggettivamente è *altro* rispetto alla sommatoria delle singole imprese consorziate, come se si trattasse di impresa autonoma, indipendente, nuova e diversa dalle consorziate, tanto da possedere autonomi requisiti di capacità. Questo “soggetto” può partecipare alle gare da solo, ed è possibile che alla gara partecipi contro una consorziata.

Il consorzio stabile può partecipare anche insieme alle consorziate, tutte o solo alcune. Dovrà farlo necessariamente se la presenza della consorziata gli serve per integrare requisiti che altrimenti non avrebbe. Invece può farlo

²⁴ Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza del 8 gennaio 2020, n. 309.

²⁵ Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, sentenza del 20 gennaio 2021, n. 37.

facoltativamente se già da solo possiede tutti i requisiti di partecipazione. Quando si avvale dei requisiti di una mandante il fenomeno che si verifica è prossimo all'avvalimento.

Si pongono, anche per questi soggetti, i problemi legati alle vicende che privano, in corso di gara, l'operatore economico "composto" dei requisiti di partecipazione necessari.

Le norme che vengono in rilievo son gli artt. 45, 47 e 48 commi 7 bis e 19 ter d.lgs. 50 del 2016.

Per i consorzi ordinari, viste le caratteristiche oggettivamente proprie del raggruppamento temporaneo di imprese - non avendo il consorzio una natura giuridica diversa ed autonoma rispetto all'insieme delle consorziate - la disciplina applicabile risulta essere proprio quella delineata nel capitolo dedicato alle RTI.

Per quanto riguarda i consorzi stabili, invece, il codice dei contratti pubblici delinea una peculiare disciplina. L'art. 48 comma 7 bis regola la sostituzione ammessa durante l'esecuzione dei lavori (estesa dal comma 19 ter anche alla fase di gara²⁶): *«E' consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata»*.

Quindi la legge consente, alle condizioni previste dai commi 18 e 19, al consorzio stabile di sostituire, con altra consorziata diversa, "l'impresa consorziata designata ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi". In tal modo il consorzio resta in gara ovvero continua ad eseguire i lavori aggiudicati.

Questa è la deroga al principio di immodificabilità soggettiva disposta per il consorzio stabile.

Tuttavia nella prassi è emersa una questione interpretativa, finita all'attenzione della Plenaria. Il caso dubbio ha riguardato la perdita del requisito da parte di una impresa del consorzio (portatrice di un requisito di partecipazione necessario per il gruppo) non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori.

²⁶ Art. 48 comma 19 ter, d.lgs. n. 50 del 2016: *« Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara »*.

Ci si è chiesti se potesse trovare applicazione la norma che, al contrario, espressamente consente la deroga solo quando le vicende colpiscono "l'impresa designata ai fini dei lavori o dei servizi". Letteralmente, infatti, tale disposizione non contempla una possibilità di sostituire una impresa consorziata, colpita dalle medesime vicende di cui ai commi 18 e 19, che non sia stata designata ai fini dell'esecuzione dell'appalto. Il consorzio stabile, quale soggetto autonomo, potrebbe partecipare alla gara da solo, con talune o con tutte le consorziate. In questo secondo caso possono avere ruoli diversi, limitandosi a fornire requisiti senza poi eseguire i lavori oppure essendo indicate anche come esecutrici dei lavori. Non è detto che tutte le consorziate svolgano un ruolo nella esecuzione dei lavori: potrebbero rimanere estranee e non essere allora designate ai fini dell'esecuzione dei lavori. La questione che è stata di recente portata all'attenzione della Plenaria riguarda proprio la sorte del consorzio in seguito alla perdita di requisito di una consorziata (necessario per integrare i requisiti di partecipazione alla gara) non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori. La legge prevede che la consorziata che partecipa alla gara, indicata come esecutrice dei lavori, colpita da una delle vicende di cui ai commi 17 e 18, può essere sostituita. Invece nulla dispone per la consorziata non designata. Si pone così un dubbio interpretativo.

Il CGA nel rimettere la questione alla Plenaria ipotizza le alternative possibili. Da un lato si potrebbe dedurre che il consorzio vada escluso dalla gara, valorizzando il principio di immodificabilità soggettiva. Tale regola vale, salvo deroghe espresse e, non riferendosi la deroga di cui al comma 7 bis a questo caso, allora dovrebbe operare la regola: il raggruppamento partecipante alla gara non potrebbe sostituire l'impresa consorziata e andrebbe escluso dalla gara.

Tuttavia tale opzione - pure osserva il CGA - manifesta profili di contraddittorietà. Si fa presente che ammettere la sostituzione dell'impresa *designata* ha un impatto maggiore sull'identità del concorrente, rispetto al marginale avvicendamento di *uno per un altro* che ai fini dell'appalto non dovrà eseguire alcunché. Nel primo caso non può dirsi ciò che invece può sostenersi nella seconda ipotesi: *l'uno vale l'altro*. Sarebbe pertanto contraddittorio ammettere la sostituibilità del impresa designata (il cui ruolo nella gara è più importante) e viceversa non consentire di sostituire l'impresa non designata e, per ragioni attinenti a quest'ultima, di conseguenza essere esclusi dalla gara. In tal modo si finisce per riconoscere un'esclusione motivata dalla manchevolezza di una impresa che ha un ruolo marginale nella gara.

Si propone, allora, di indagare quale sia il vero ruolo svolto da tale impresa, verificando quanto incida la sua sostituzione nell'economia della gara.

Se essa si limita a prestare un requisito che il consorzio non possiede da solo, si verifica una situazione del tutto simile all'avvalimento. In tal caso potrebbe ben concludersi che trovi applicazione la regola che impone la sostituzione della ausiliaria che perde il requisito (ma si resterebbe in gara).

Così argomentando, se il consorzio indica una o più imprese consorziate come esecutrici dei lavori queste possono essere sostituite solo nei casi dei commi 17 e 18; mentre se perdono il requisito le consorziate non designate i cui tuttavia il consorzio si avvale, la loro sostituzione dovrebbe essere ammessa incondizionatamente (con applicazione analogica della regola prevista per l'avvalimento).

Tale questione è stata rimessa alla Adunanza Plenaria dal Consiglio di Giustizia Amministrativa con l'ordinanza n. 1211 del 2020. Si è espressamente domandato alla Plenaria *"se, nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, quest'ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinare la sostituzione, in applicazione dell'art. 89 co. 3, d.lgs. n. 50/2016 e/o dell'art. 63, direttiva 24/2014/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori."* E se *"in caso di risposta negativa al quesito sub. 1, se comunque, qualora la consorziata - non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori - derivi la qualificazione da un rapporto di avvalimento con altra impresa, trovino applicazione le disposizioni normative sopra citate e la conseguente deroga al richiamato principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti²⁷".*

4. Concordato in continuità aziendale.

Nell'introduzione si è detto degli effetti della crisi economica, cagionata dalla pandemia, sulla sopravvivenza delle imprese. Per quelle che resisteranno, il *"Recovery Plan"* promette un nuovo slancio verso la *"Next Generation EU"*. Un

²⁷ Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, ordinanza del 29 dicembre 2020, n. 1211.

piano massiccio di interventi pubblici rappresenta il volano necessario alla ripresa economica. Le commesse pubbliche avranno lo scopo primario di sostenere settori economici in crisi. Mai come in questo momento storico gli operatori economici sono fragili e pertanto è di tutta evidenza il rischio che, nel corso della procedura di gara o durante l'esecuzione dell'appalto aggiudicato, il loro passo risulti non spedito, ma al contrario claudicante ed il loro respiro affannoso. Operatori economici *in crisi (in odore di fallimento*, per usare un eufemismo) rischiano "a partita in corso" di perdere i requisiti di partecipazione necessari. Se la regola è che in tal caso si venga esclusi dalla gara, il pericolo è di vedere frustrate le esigenze sottese al rilancio e alla "rinascita".

Lo strumento principale che consente all'operatore economico "in difficoltà" (non ancora "in aperta crisi") di continuare a partecipare alle gare e di espletare le commesse pubbliche già aggiudicatesi è il concordato con continuità aziendale. Si tratta dell'istituto disciplinato dall'art. 186 bis della Legge Fallimentare. Esso ricorre quando *"il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma lettera e), prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in uno o più società, anche di nuova costituzione"*. Introdotto insieme al "preconcordato" come figura particolare di concordato preventivo disciplinato *ex novo* dal d.l. n 83 del 2012, convertito dalla legge n. 134 del 2012, si tratta di uno strumento predisposto al fine di aiutare l'impresa a superare lo stato di crisi aziendale scongiurando il fallimento. Si inserisce in un rinnovato contesto giuridico e sociale, nel quale la crisi aziendale non è più vista come conseguenza patologica dell'inadeguatezza individuale, pertanto da sanzionare, colpire e reprimere mediante la bolla di "fallito". Oggi la crisi aziendale è consapevolmente fenomeno patologico molto più diffuso al quale l'azienda è esposta per ragioni anche diverse dalle incapacità o dalla *mala gestio* dell'imprenditore. Le crisi ormai dipendono sempre più dall'oscillazione dei mercati e da fenomeni contingenti non controllabili: oggi dalla pandemia. Allora la disciplina stessa del "fallimento" si trasforma e diviene disciplina della "crisi di impresa" volta ad aiutare l'azienda a gestire la crisi. Allora l'ordinamento predispone una serie di misure prefallimentari allo scopo di aiutare l'azienda a superare il momento di difficoltà per restare a galla e magari evitare il fallimento.

Il concordato con continuità aziendale si pone esattamente in questa direzione e *si caratterizza per la previsione di stabilità dei contratti in essere con le pubbliche amministrazioni, ex art. 186 bis, terzo comma, della Legge*

*Fallimentare, e , al contempo, per la possibilità che l'impresa partecipi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*²⁸.

L'art. 110, comma 3, d.lgs. 50 del 2015 dispone che il curatore del fallito autorizzato dal tribunale e l'impresa ammessa al concordato in continuità aziendale su autorizzazione del giudice delegato possono partecipare a procedure di affidamento ed eseguire i contratti già stipulati dall'impresa.

Anche questa risulta essere una importante deroga al principio di continuità nel possesso dei requisiti e alla immodificabilità soggettiva²⁹.

Sebbene l'impresa ammessa al concordato in continuità abbia perso un requisito di partecipazione o abbia visto sostituirsi alla guida dell'originario imprenditore altro soggetto (cessionario d'azienda) la legge ammette straordinariamente che l'azienda (intesa nella sua consistenza oggettiva che resta immutata) non vada esclusa bensì continui a gareggiare o a eseguire l'appalto. La *ratio* si rinviene nella particolarità del concordato in continuità aziendale che tende alla sopravvivenza dell'impresa e alla sua attività. L'autorizzazione del Tribunale richiesta a tal fine ha il precipuo fine di accertare e comprovare l'utilità della partecipazione alla gara per l'azienda ma anche e soprattutto per i suoi creditori.

Al vaglio del Tribunale, infatti, passa l'accertamento delle condizioni³⁰ previste dalla legge per l'ammissione al concordato, le quali sono molto significative e

²⁸ Corte costituzionale, sentenza del 7 maggio 2020, n. 85, in Foro.it, 2020,I, 3003 con nota di D'AURIA.

²⁹ In dottrina si segnala: FIMMANÓ Francesco, *Concordato preventivo in continuità e contratti «stipulati o da stipulare» con la pubblica amministrazione*, in Rivista del Notariato, fasc. 3, 1 giugno 2018, 451.

³⁰ Art. 186 bis legge fallimentare R.D. 267 del 1942: «Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

Nei casi previsti dal presente articolo:

a) il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;

b) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;

c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause

proprio dirette a garantire l'utile prosecuzione dell'attività. A tal fine occorre presentare:

- un *piano* di concordato che progetti la continuità dell'impresa ad opera del debitore o eventualmente per il tramite di altri a seguito della cessione d'azienda;
- l'analitica descrizione dei costi e di ricavi che si prevedono deriveranno dalla prosecuzione della attività di impresa;

di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.

Fermo quanto previsto nell'articolo 169 bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. Le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa è stata ammessa a concordato che non prevede la continuità aziendale se il predetto professionista attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio.

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. 163.] *[disposizione abrogata in questa lettera b) dal d.l. 32 del 2019]*

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.

Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato».

- una *relazione* di un professionista che attesti che la prosecuzione della attività di impresa sia funzionale al migliore soddisfacimento dei creditore.

L'art. 186 bis fissa un limite all'ambito applicativo di questa fattispecie: «*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*». Si tratta di una previsione che si pone come eccezione dell'eccezione, che quindi ripristina la regola: si viene esclusi!

La legge fissa una disciplina diversa a seconda che a trovarsi in questa situazione di crisi aziendale sia l'impresa mandataria ovvero una delle mandanti, consentendo la continuazione straordinaria nella gara o nell'esecuzione dell'appalto soltanto quando ad essere colpita sia la mandante. La Corte costituzionale - come già osservato nel paragrafo sopra dedicato alle ATI - ha chiarito che si tratta di una discriminazione ragionevole, nella piena discrezionalità del legislatore prevedere una disciplina diversa tra mandanti e mandatarie stante la diversa importanza dei due ruoli.

Dunque nel caso in cui ad essere sottoposta al concordato in continuità aziendale sia l'impresa mandataria del gruppo, si apre un bivio: dentro o fuori dalla gara o dal contratto. Si resta dentro se una mandante prende il posto della mandataria, si va fuori se nessuna mandante ne ha i requisiti, perché non si può sostituire *ab externo*.

E' ammessa la modifica meramente riduttiva: una delle mandanti prende il posto della mandataria senza che il gruppo perda i requisiti di partecipazione, allora si può continuare³¹.

³¹ In tal senso Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 30 luglio 2020, n. 4858 la cui massima in De Jure - intitolata "Immodificabilità soggettiva del R.T.I.: regola ed eccezioni" - riporta: «*Si ritiene legittima la modificazione dell'a.t.i. (con sostituzione dell'impresa mandataria) che sia intervenuta dopo l'aggiudicazione definitiva, a seguito della presentazione da parte dell'originaria mandataria dell'istanza di concordato preventivo "in bianco" ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall. In deroga alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 48, comma 9), è concessa al raggruppamento aggiudicatario la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza di un evento che privi l'impresa mandataria della capacità di contrarre con la pubblica amministrazione. Le quote di qualificazione e di esecuzione della mandataria originaria e di quella subentrante debbano essere identiche sin dall'origine (ossia, sin dalla presentazione dell'offerta), si giungerebbe ad un'inammissibile interpretatio abrogans della disciplina che ammette le modifiche soggettive, di fatto imponendo in via cautelativa la costituzione di raggruppamenti sovrabbondanti e così immobilizzando inutilmente i fattori produttivi aziendali di molte imprese*».

Viceversa non si potrebbe procedere alla modifica additiva sostituendo la mandataria con altro operatore subentrante *ab externo* che possieda i requisiti necessari.

Tale soluzione è discussa. Vi è chi ritiene possibile. A risolvere il dubbio è stata chiamata l'Adunanza Plenaria dal CGA, con il quesito:

«a) se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17 e 19 ter, d.lgs. n. 50/2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire, in fase di gara, la sostituzione della mandataria dichiarata fallita successivamente alla presentazione dell'offerta con altro operatore economico subentrante, ovvero se ne sia possibile soltanto la mera estromissione e, in questo caso, se l'esclusione dell'a.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione;

b) tempi e modalità per introdurre nel procedimento di gara l'estromissione della mandataria e la sostituzione della stessa, ed in particolare:

b.1) se l'impresa mandante (o le imprese mandanti) possa chiedere di essere ammessa a sostituire la mandataria fin quando non intervenga comunicazione, da parte dell'Amministrazione procedente, di apposito interpello, ovvero del provvedimento di esclusione;

b.2) se sia comunque consentito, nell'ipotesi di intervenuta conoscenza aliunde della vicenda che ha colpito la mandataria, proporre la sostituzione nel corso della gara ed anteriormente all'adozione dei citati atti da parte dell'Amministrazione procedente³²».

4.1. Le ultime frontiere: l'impatto del concordato *in bianco*.

L'ultima frontiera del discorso sin qui condotto è rappresentata dall'impatto del concordato *in bianco* sulla partecipazione alla gara dell'operatore economico "composto"³³.

Il concordato *con riserva* o *preconcordato* rappresenta un istituto innovativo, disciplinato dall'art. 161, comma 6, della Legge Fallimentare. Esso consente di presentare domanda di concordato *in bianco* ovvero non corredata da alcun *piano*. L'istituto fu introdotto insieme al "concordato preventivo con continuità

³² Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, sentenza n. 37 del 20 gennaio 2021.

³³ STEFFENONI Rocco, "Limiti e conseguenze della domanda di concordato "in bianco" nelle procedure di affidamento di contratti pubblici", in *l'amministrativista.it*, 4 NOVEMBRE 2020.

aziendale” come figura particolare di concordato preventivo disciplinato *ex novo* dal d.l. n 83 del 2012, convertito dalla legge n. 134 del 2012.

Il concordato in bianco consente di ottenere, dal Tribunale, la concessione di un termine entro il quale predisporre il piano, ma nel frattempo di essere al riparo dalle azioni esecutive dei creditori, le quali sono temporaneamente paralizzate. In questo modo si possono anticipare gli effetti del concordato ad un momento preventivo, appunto prima della redazione del piano. L’effetto utile è mettere, *medio tempore*, a riparo l’azienda da pignoramenti che bloccherebbero l’attività. Le azioni esecutive sono sospese in attesa che il piano successivamente elaborato delinei con esattezza anche le modalità di rientro per ciascun creditore. Posto al riparo da questo temporaneo “*ombrello protettivo*”, l’imprenditore ha modo e tempo di riflettere, preparando il piano e decidendo la tipologia di concordato più utile al caso. Scelte non di poco rilievo, tenuto conto che il nodo da sciogliere può riguardare la decisione sul se imboccare la strada liquidatoria o quella della continuità aziendale.

L’ammissione al concordato in bianco *sic et simpliciter* dovrebbe produrre gli effetti propri delle procedure concorsuali, che, di regola, causano l’esclusione dalle gare e dall’esecuzione dei lavori, non rientrando nella deroga prevista dalla legge di cui sopra.

Tuttavia vi sono casi in cui nella richiesta di ammissione a concordato in bianco, già si esprima la volontà di imboccare la strada del concordato con continuità aziendale. Allora la questione che si pone è se questa forma di concordato in bianco, che già si proietta verso il concordato con continuità aziendale, possa rientrare nella deroga che consente di continuare a gareggiare o a eseguire l’appalto (solo all’impresa sottoposta a concordato con continuità aziendale).

Si tratta di comprendere se la domanda in bianco sia compatibile con una proposta di concordato preventivo in continuità aziendale e se possa già configurarsi la tipologia del concordato con continuità aziendale di cui all’art. 186 bis della Legge Fallimentare, quando sia proposta una semplice domanda di *preconcordato*. *Al riguardo, nonostante la disposizione del comma 1 dell’art. 182 quinquies l. Fall. sembrerebbe legittimare la presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, possono*

*porsi seri dubbi sulla compatibilità tra le due previsioni, sino ad evidenziare una vera e propria aporia normativa*³⁴.

Una corrente possibilista³⁵ propende per l'applicabilità della deroga di cui all'art. 186 bis l. Fall. alla fattispecie in esame. Nelle more tra il deposito della istanza e la ammissione al concordato preventivo in continuità aziendale, l'impresa conserva la facoltà di partecipare alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici. Ciò varrebbe anche nell'ipotesi in cui l'impresa abbia inizialmente proposto una domanda di ammissione "in bianco" con riserva di presentare la proposta, il piano e la documentazione necessaria. Dunque, l'istanza di ammissione al concordato in bianco non sarebbe una causa automatica di esclusione dalla procedura, specialmente allorquando abbia contenuti "prenotativi" della presentazione della proposta in continuità³⁶. Tale impostazione fa leva sull'*efficacia prenotativa* del concordato in bianco, che consente al concordato con continuità aziendale, una volta ammesso, di retroagire alla data della prenotazione.

Siccome l'art. 161, comma 7, l. Fall. dispone che *nelle more tra istanza di ammissione e decisione del Tribunale di cui al 163 l. Fall., il debitore può compiere gli atti di ordinaria amministrazione e quelli di straordinaria amministrazione solo se urgenti e autorizzati dal Tribunale*, la giurisprudenza si è divisa sulla natura ordinaria o straordinaria dell'atto di partecipazione alla gara.

Un orientamento ha escluso che la partecipazione ad una gara d'appalto in pendenza di domanda per l'ammissione al concordato costituisca un atto di straordinaria amministrazione necessitante di autorizzazione del Tribunale³⁷. Tale impostazione argomenta sulla base del fatto che per la giurisprudenza civile di legittimità vanno considerati tali solo gli atti che possono oggettivamente incidere in senso negativo sul patrimonio destinato al soddisfacimento dei creditori, mentre sono di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'impresa strettamente aderenti alle finalità e alle dimensioni del suo patrimonio, compresi quelli che, ancorché comportanti

³⁴ In questi termini si esprime il Consiglio di Stato nelle recenti sentenze di Rimessione alla Plenaria del gennaio 2021.

³⁵ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 21 febbraio 2020, n. 1328; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 4 dicembre 2015, n. 5519.

³⁶ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 20 marzo 2018 n. 1772; Determinazione ANAC del 8 aprile 2015, n. 5.

³⁷ Consiglio di Stato, sentenza del 8 maggio 2019.n. 2963.

spese, lo migliorino o lo conservino³⁸. Si ritiene pure che la valutazione sull'atto (per determinare se sia di ordinaria o straordinaria amministrazione) vada condotta caso per caso, tenendo conto della finalità che oggettivamente persegue.

Questo filone interpretativo ha anche ritenuto che la circostanza che le autorizzazioni del Tribunale siano state adottate in corso di gara (e finanche dopo il provvedimento di aggiudicazione) non sia rilevante: si tratterebbe di condizioni integrative dell'efficacia dell'aggiudicazione che possono intervenire anche in pendenza di gara³⁹.

Si contrappone un orientamento restrittivo che esclude a priori ogni possibilità di partecipare alla gara per l'impresa che abbia presentato domanda di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. Fall., quand'anche ci sia la relativa autorizzazione da parte del Tribunale, a meno che detta partecipazione non sia straordinaria ed urgente⁴⁰.

Prima che il Tribunale ammetta al concordato, soltanto l'urgenza può giustificare la permanenza in gara dell'impresa: ciò perché prima della ammissione al concordato (solo allora vi sarà un piano dettagliato consultabile) non è dato sapere quali siano i programmi di questa azienda, né se la continuazione sia utile o dannosa. Siffatte valutazioni possono essere condotte solo dopo che vi sia stata l'ammissione al concordato con la presentazione del piano. Allora non si può considerare la partecipazione alla gara un atto di ordinaria amministrazione⁴¹. Si tratterebbe di atti di straordinaria amministrazione che necessitano di provvedimenti autorizzativi giurisdizionali che accertino l'effettiva possibilità di contrarre e di eseguire le obbligazioni oggetto di appalto. D'altronde i presupposti previsti dall'art. 186 bis l. Fall confermerebbero questa ricostruzione. Tale norma subordina la possibilità dell'impresa di partecipare alle procedure di gara all'esistenza di un "piano" che

³⁸ Corte di Cassazione, sez. I, sentenza del 29 maggio 2019, n. 14713.

³⁹ In tal senso compie una disamina sulle condizioni di ammissione alle gare pubbliche delle imprese che hanno presentato istanza di concordato preventivo in bianco e con continuità aziendale e sul relativo regime autorizzatorio Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 13 giugno 2019, n. 3984.

⁴⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 13 giugno 2019, n. 3984.

⁴¹ T.A.R. Lazio, sez. III, sentenza del 12 agosto 2020, n. 9184, secondo la quale: «*la presentazione dell'istanza di concordato preventivo in bianco preclude la partecipazione alla procedura selettiva, ovvero la permanenza nella medesima, in assenza dell'autorizzazione del Tribunale, richiesta ex lege per gli atti di straordinaria amministrazione contraddistinti da un carattere di urgenza*».

abbia determinati contenuti, idonei ad esplicitare la programmazione societaria della attività futura e a far emergere le reali possibilità di contrarre ed eseguire l'appalto. Inoltre il 186 bis richiede la presentazione di una "relazione" di un professionista che garantisce che la prosecuzione dell'attività di impresa sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Questi elementi previsti dal 186 bis mancano nella fattispecie del concordato in bianco, così dimostrando la bontà della tesi restrittiva.

Circa la questione sulla individuazione del momento entro il quale debba intervenire l'autorizzazione del Tribunale al concordato con continuità aziendale per evitare l'esclusione dalla gara, i fautori delle tesi restrittive si richiamano ad un orientamento del Consiglio di Stato. L'eccezione al principio di continuità dei requisiti - per questa giurisprudenza - può operare solo se l'autorizzazione del Tribunale che ammette al concordato con continuità aziendale intervenga prima della conclusione della fase ad evidenza pubblica. I giudici di palazzo Spada hanno infatti confermato la legittimità dell'esclusione sancita nei confronti di una mandante, la quale (interessata da una procedura di concordato "in bianco" con riserva ex art. 161 comma 6 l. Fall.) aveva ottenuto l'autorizzazione ex 186 bis solo dopo l'intervenuta aggiudicazione definitiva. Quello che accade dopo, non rileva. Né i tempi tecnici per addivenire alla autorizzazione possono essere riversati sull'Amministrazione, in quanto appare più congruo addossarli all'impresa che pur essendo in crisi, aspira a eseguire un appalto pubblico, in deroga alle regole generali sui requisiti di partecipazione: è suo onere ottenere l'autorizzazione e suoi i rischi del ritardo. L'Adunanza Plenaria fornirà i chiarimenti necessari a rispondere ai tanti dubbi emersi. Dubbi che bene le rimessioni del Consiglio di Stato hanno saputo concentrare nei quesiti posti, delineando esattamente le diverse posizioni emerse in dottrina ed in giurisprudenza.

La prima questione:

«1) se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare debba ritenersi causa automatica di esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale;

2) Se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione

alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione;

3) In quale fase della procedura di affidamento l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedure e dell'aggiudicazione della gara;»⁴²

La seconda questione:

«a) se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942) da parte dell'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo debba ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale;

b) se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo cd. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti, ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione;

c) in quale fase della procedura di affidamento l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedura e dell'aggiudicazione della gara;

d) se le disposizioni normative di cui all'art. 48 commi 17,19,19 ter, d.lgs. n. 50 del 2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire la sostituzione della mandante che abbia presentato ricorso di concordato preventivo cd. in bianco ex art. 161, comma 6 cit. con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara, ovvero se sia possibile soltanto la mera estromissione della mandante e, in questo caso, se l'esclusione del r.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione»⁴³.

⁴² Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza del 8 gennaio 2021, n. 313.

⁴³ Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza n. 309 del 8 gennaio 2021.

5. Conclusioni.

L'elaborato è stato costruito su due direttrici entrambe sviluppate in forma circolare.

La prima ha riguardato le considerazioni circa i riflessi temibili della crisi economica pandemica, che porta il rischio di procedure concorsuali, accanto alla promessa di fondi e commesse pubbliche. Spinte opposte che dovranno necessariamente convivere, per mantenere le aspettative di rinascita. In questo contesto, occorre fare molta attenzione volgendo lo sguardo alle norme senza mai perdere di vista la realtà, per evitare il paradosso per il quale proprio le aziende in crisi ossia quelle più bisognose di ossigeno (bramosi di aggiudicarsi lavori pubblici per trarne utili e respiro), si vedano escluse dalle gare d'appalto tanto attese. In tal modo la crisi rischia di essere presupposto dell'erogazione di fondi pubblici (per il tramite di pubblici appalti), ma anche causa di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione necessari.

La seconda direttrice è rappresentata dalle questioni rimesse alla Adunanza Plenaria, dalle quali si è partiti e alle quali si è volutamente giunti in conclusione. Esse rappresentano un nodo cruciale - punto di arrivo ma anche di (ri)partenza - cristallizzando il quadro attuale con lo sguardo rivolto al futuro. Sarà, infatti, la risposta ai quesiti che la Plenaria vorrà fornire a rappresentare la base per la ripartenza, non solo giuridica, ma anche economica e sociale di questo grande Paese.