

DETERMINA 8 aprile 2015

IL CONSIGLIO DELL'AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Nell'adunanza dell'8 aprile 2015,

1. Ritenuto in fatto.

L'Autorita', con determinazione n. 3 del 23 aprile 2014 ha fornito criteri interpretativi in ordine alle disposizioni contenute nell'art. 38, comma 1, lett. a) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. n. (Codice dei contratti) afferenti alle procedure di concordato preventivo a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 186-bis della legge fallimentare (concordato con continuita' aziendale).

In sintesi, la citata determinazione ha affrontato il tema delle novita' introdotte dall'art. 33 «Revisione della legge fallimentare per favorire la continuita' aziendale» del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante «Misure urgenti per la crescita del Paese», convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

Il richiamato articolo 33 ha introdotto, infatti, l'art. 186-bis al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare), prevedendo il concordato preventivo con continuita' aziendale, e ha modificato l'art. 38, comma 1, lettera a) del Codice, facendo espresso rinvio alla previsione dell'art. 186-bis della legge fallimentare, quale eccezione alla regola dell'esclusione dalle procedure di gara e dalla conseguente possibilita' di stipula del contratto, ivi compreso quello di subappalto, per coloro che si trovino in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo.

Nel merito, per quanto concerne la disciplina della partecipazione alle gare, la determinazione ha dato atto della distinzione tra le imprese che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con continuita' aziendale e non abbiano ancora ottenuto il decreto di ammissione e le imprese che risultino invece gia' ammesse al predetto concordato. In entrambi i casi, come e' noto, a precise condizioni indicate dal richiamato art. 186-bis, e' consentita la partecipazione dell'impresa alla gara d'appalto.

La determinazione, inoltre, ha affrontato specificamente i temi del regime di qualificazione delle imprese in ipotesi di:

1. concordato preventivo ordinario;
2. concordato preventivo «con continuita' aziendale»;
3. concordato preventivo «in bianco».

Nella prima ipotesi si e' evidenziato che alle imprese che non presentino domanda di ammissione al concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato «con continuita' aziendale» sono preclusi non solo la partecipazione alle gare ma anche il conseguimento ed il rinnovo dell'attestazione di qualificazione. Nella seconda, e' stato rilevato come la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato «con continuita' aziendale» non comporta la decadenza dell'attestazione di qualificazione (sul presupposto che la norma di riferimento consente alle medesime imprese la partecipazione alle gare - di cui l'attestato di qualificazione costituisce presupposto necessario e sufficiente -, cio' anche in presenza della sola domanda di ammissione al concordato preventivo con continuita' aziendale, qualora vi sia l'autorizzazione del Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale). La presentazione della citata domanda non costituisce, altresì, elemento ostativo ai fini della verifica triennale o del rinnovo (per le imprese attestate) o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione (per le imprese non

attestate). In questi casi, e' stato precisato, resta fermo l'obbligo della SOA di monitorare lo svolgimento della procedura concorsuale in atto e di verificare il mantenimento del requisito con l'intervenuta ammissione al concordato preventivo con continuita' aziendale.

Con riferimento alla terza ipotesi, poiche' l'art. 161, comma 6, della legge fallimentare prevede che l'imprenditore possa depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi (e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti), riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo del medesimo articolo entro un termine fissato dal giudice) la determinazione n. 3/2014 ha ritenuto tale fattispecie non idonea a consentire la continuita' aziendale, stante l'assenza di un piano.

Da cio' l'Autorita' aveva desunto che tale ipotesi costituisca causa ostativa per la qualificazione nonche' presupposto per la soggezione dell'impresa al procedimento ex art. 40, comma 9-ter del Codice (decadenza dell'attestazione) per perdita del corrispondente requisito.

Da alcuni dati portati a conoscenza dell'Autorita' e' risultato, tuttavia, come sia prassi diffusa che le imprese, nel 99% dei casi, ricorrano alla domanda «in bianco», seppur finalizzata ad un concordato preventivo «con continuita' aziendale» ex art. 186-bis della legge fallimentare.

Cio' posto, un'analisi accurata delle disposizioni di riferimento ed una lettura sistematica delle medesime inducono a ritenere possibile un'interpretazione che renda piu' facile il recupero della situazione di crisi da parte delle imprese; recupero da realizzarsi attraverso l'istituto del concordato preventivo con «continuita' aziendale» anche nel caso di presentazione di ricorso «in bianco», a condizione che l'istanza presenti chiari ed inconfutabili effetti prenotativi del concordato con continuita' aziendale. Cio', beninteso, nel rispetto della piena legittimita' dell'azione amministrativa in ordine alla persistenza della titolarita' dei requisiti di qualificazione nonche' alla partecipazione delle imprese alle gare d'appalto pubbliche.

2. Considerato in diritto.

2.1. Concordato «in bianco»: partecipazione a gara e qualificazione.

La disposizione relativa al concordato con continuita' aziendale di cui all'art. 186-bis, comma 4, della legge fallimentare, che ammette la partecipazione a procedure di gara, fa espresso riferimento al parere del commissario giudiziale, se nominato; l'unica ipotesi in cui il commissario giudiziale puo' essere nominato anticipatamente rispetto all'ipotesi classica del concordato preventivo - in cui la nomina avviene con il decreto di ammissione ex art. 163 comma 2, n. 3 della citata legge - e' quella del c.d. concordato «in bianco» di cui all'art. 161, comma 6. Secondo quest'ultima previsione, infatti, con decreto motivato che fissa il termine di cui al primo periodo, il tribunale puo' nominare il commissario giudiziale di cui all'art. 163, comma 2, n. 3.

Ne deriva che se la norma che consente il concordato con continuita' aziendale, nella parte in cui disciplina l'autorizzazione per la partecipazione a gara, prevede che debba necessariamente essere acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato, essa, nel menzionare il citato parere non fa altro che riferirsi all'ipotesi in cui sia stata semplicemente presentata domanda di

concordato (ai sensi dell'art. 161, comma 6, cit.), con riserva di produrre l'ulteriore documentazione, ivi compreso il piano di continuita' aziendale, entro il termine stabilito dal giudice con decreto.

In altri termini, intanto il riferimento al parere del commissario giudiziale, in quella fase, puo' avere un senso normativo, in quanto si ammetta che la norma sopra citata, interpretata sistematicamente, si riferisca, implicitamente, alla possibilita' che le imprese siano autorizzate alla partecipazione alla gara non solo in caso di presentazione della domanda di concordato preventivo con «continuita' aziendale» ma anche in caso di presentazione della domanda di concordato «in bianco». E' evidente che in quest'ultima ipotesi sara', in ogni caso, il giudice a valutare se autorizzare la suddetta partecipazione, sulla base dell'effetto prenotativo della domanda in ordine alla futura presentazione del piano e verificando che sussistano le condizioni per consentire intanto la partecipazione medesima.

Cio' posto, tenuto conto che nei lavori condizione necessaria e sufficiente per partecipare a gare d'appalto, di importo superiore alla soglia dei 150.000 euro, e' il possesso dell'attestazione di qualificazione, deve ritenersi che la medesima norma consenta all'impresa di mantenere, nelle more del termine intercorrente tra la presentazione della domanda e la presentazione del piano di continuita', la qualificazione posseduta (attestazione SOA); cio', di fatto, sul presupposto che persiste il requisito generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), del Codice dei contratti pubblici.

D'altra parte a dare atto della possibilita' di presentare domanda di concordato con continuita' aziendale ai sensi dell'art. 161, comma 6 (id est «in bianco») e' lo stesso art. 182-quinquies, seppur a diversi fini, vale a dire per ottenere autorizzazione al pagamento dei crediti anteriori.

Ma cio' che avvalorata la bonta' dell'interpretazione appena prospettata e' la previsione dello stesso art. 38, comma 1, lett. a) del Codice che, facendo salva l'ipotesi di cui all'art. 186-bis della legge fallimentare («concordato con continuita'»), considera ostativi alla partecipazione alla gara e, per quanto di interesse in questa sede, alla conservazione dell'efficacia dell'attestato di qualificazione, la pendenza del procedimento per l'ammissione al concordato preventivo. Orbene, trattandosi di norma che produce importanti effetti limitativi all'esercizio dell'attivita' di impresa, la stessa non puo' che essere interpretata restrittivamente; cio' che induce a ritenere che, laddove venga presentata una domanda di concordato «in bianco» con effetti prenotativi di un concordato con continuita' aziendale, non potra' ritenersi pendente un procedimento per l'ammissione al concordato liquidatorio tout court.

In altre parole, argomentando a contrario rispetto alla previsione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), che identifica, tra le altre, esclusivamente nella pendenza del concordato liquidatorio la causa ostativa alla partecipazione a gara, e quindi al rilascio dell'attestazione di qualificazione (in forza del rinvio operato dall'art. 78 del d.P.R. 5 ottobre 2011, n. 207), laddove non si possa ravvisare la pendenza di un concordato liquidatorio, come nel caso in cui penda quello «in bianco» con effetti prenotativi di continuita' aziendale, l'impresa non puo' ritenersi carente del requisito prescritto dalla lettera a) della citata disposizione.

Peraltro, la stessa giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 3 luglio 2014, n. 3344), piu' recente in materia, ha dato

atto che laddove siano rispettate le condizioni e soddisfatti gli adempimenti previsti dal quarto comma dell'art. 186-bis cit. (in seno al quale, si ricorda, e' prevista l'autorizzazione del Tribunale ed il parere del commissario giudiziale, che in questa fase puo' essere nominato solo in presenza di domanda di concordato «in bianco»), la domanda in se' non comporta ne' l'automatica decadenza dell'attestazione di qualificazione ne' la risoluzione di diritto dei contratti in corso, in quanto l'istituto ha la finalita' di incentivare le imprese ad anticipare la denuncia della situazione di crisi, comunque prima di essere assoggettate a misure di controllo esterno.

Certamente, la permanenza della validita' e dell'efficacia dell'attestazione di qualificazione e' risolutivamente condizionata alla decisione del giudice che dovesse dichiarare inammissibile la proposta di concordato con continuita' aziendale. A presidio della legittima partecipazione dell'impresa alla gara, inoltre, l'ordinamento ha previsto l'emaneazione di un provvedimento giurisdizionale ad hoc sotto forma di autorizzazione.

2.2. Concordato «in bianco»: contratti in corso di esecuzione.

Coerentemente a quanto ritenuto nel paragrafo precedente, per le stesse motivazioni estrapolate dalla formulazione letterale dell'art. 38, comma 1, lett. a), con riferimento alla quale si e' ritenuto di non potersi ritenere pendente un procedimento per concordato ordinario o liquidatorio (che costituirebbe causa ostativa alla prosecuzione del rapporto contrattuale) laddove sia stata presentata domanda «in bianco» con riserva espressa di produrre un piano recante proposta di prosecuzione dell'attivita' d'impresa, deve ritenersi che quest'ultima non costituisca, inoltre, causa di risoluzione del contratto in quanto, non viene meno - durante la pendenza del termine per la presentazione del piano - il requisito di qualificazione che e' necessario anche per l'esecuzione del contratto, come si evince dalla formulazione dell'art. 60, comma 2 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

In base alle considerazioni svolte, considerate le importanti implicazioni che l'immediata decadenza dell'attestazione di qualificazione comporta per le imprese che abbiano presentato istanza di concordato «in bianco» con riserva di presentare un piano che rechi la continuita' aziendale; alla luce del giusto temperamento tra le esigenze di legittimita' dell'azione amministrativa e la necessita' di consentire, nel periodo di crisi attuale, l'effettivo recupero dell'attivita' alle imprese in difficolta',

Determina

di modificare la determinazione dell'Autorita' n. 3/2014, secondo le considerazioni espresse in diritto, al fine di evitare che le imprese in crisi si vedano preclusa la possibilita' della continuita' aziendale proprio nel momento in cui preannunciano la presentazione del relativo piano.

Approvato dal Consiglio nella seduta dell'8 aprile 2015.

Roma, 8 aprile 2015

Il presidente: Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 aprile 2015.

Il segretario: Esposito