



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LEGITTIMA L'ESCLUSIONE DELL'IMPRESA MANDATARIA DI UN RTI SOTTOPOSTA A CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE

Con la sentenza del 7 maggio 2020, n. 85, la Corte Costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità sollevata dal TAR del Lazio, con riferimento all'art. 38 del Codice De Lise, nella parte in cui consente la partecipazione alle gare pubbliche al concorrente assoggettato a concordato con continuità aziendale se impresa singola o mandante di RTI, mentre la preclude al raggruppamento in cui sia il mandatario (capogruppo) a essere sottoposto alla procedura.

di **Maria Concetta Tringali**
IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO
Estratto dal n. 7/2020 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Giovedì 9 Luglio 2020

 Abstract ENG

The Constitutional Court, with the ruling on May 7, 2020, n. 85, has deemed groundless the question of constitutional legitimacy raised by Lazio Regional Administrative Court concerning article 38 of the De Lise Code, where it allows to company in arrangement with creditors for the participation to the procurement only if it is an individual competitor or a principal of the temporary group of companies; instead it does not allow for the parent company and agent. This paper analyses the main features of the ruling issued by the Court and gives brief remarks on RTI and the arrangement with creditors, even in light of recent laws.

Sommario: 1. Premessa; 2. La vicenda processuale: l'ordinanza del TAR Lazio; 3. La decisione della Consulta e i termini della questione; 4. Breve inquadramento delle tematiche trattate; 4.1 Cenni sul RTI; 4.2 Cenni sul concordato con continuità aziendale dopo la riforma del Codice della Crisi e dell'Impresa; 5. Conclusioni.

1. Premessa

Con la sentenza depositata il 7 maggio 2020, n. 85^[1], la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lett. a), del codice dei contratti pubblici (noto anche come codice De Lise^[2]) e dell'art. 186 bis, quinto e sesto comma, della legge fallimentare^[3], "laddove consente la partecipazione alle gare pubbliche alle imprese singole, se sottoposte a concordato con continuità aziendale, e ai raggruppamenti temporanei di imprese, ove vi sia sottoposta una mandante, ma la vieta ai raggruppamenti temporanei di imprese, nel caso in cui sia la mandataria assoggettata a tale procedura", per violazione degli artt. 3, comma 1, 41 e 117, comma 2, lett. a), della Costituzione.

La questione era stata sollevata dal TAR del Lazio il 29 ottobre 2018, con due ordinanze, e dal Consiglio di Stato con ordinanza del 12 giugno 2019^[4].

La recente decisione della Consulta è occasione per indagare alcuni profili relativi alla diversa posizione del componente di un RTI che partecipi alla gara quale mandante ovvero nelle vesti di mandatario. Attraverso l'istituto del concordato, inoltre, la questione induce a dare atto delle recenti modifiche intervenute con il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in vigore dal 1° settembre 2021^[5].

2. La vicenda processuale: l'ordinanza del TAR Lazio

Il caso giunge alla Corte Costituzionale a seguito delle due ordinanze gemelle^[6], con cui il Tribunale sollevava questione di legittimità.

Il giudizio aveva ad oggetto l'annullamento dell'esclusione pronunciata avverso le imprese ricorrenti, offerenti in Raggruppamento temporaneo costituito, in una gara indetta da Consip S.p.A. per l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi (importo a base d'asta complessivamente pari ad € 2.692.000.000,00).

Nella fattispecie era accaduto che, informata la stazione appaltante dell'avvenuta adozione del decreto che ammetteva la società alla procedura di concordato in continuità aziendale, la Commissione giudicatrice ne disponesse l'esclusione. Il presupposto era stato rilevato nel "venire meno in capo alla ^[Omissis] del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lettera a), del D.Lgs. n. 163/2006".

I ricorrenti ritualmente contestavano il provvedimento, ritenendo quell'interpretazione fonte di "una aprioristica (ed ingiustificata) espropriazione di qualsiasi competenza del Giudice Fallimentare in ordine a qualsiasi valutazione di convenienza della (continuativa) partecipazione dell'impresa alle gare in essere".

Gli esclusi, segnatamente, lamentavano dinanzi al giudice amministrativo violazione e falsa applicazione dei principi di massima concorrenza, trasparenza, buon andamento dell'azione amministrativa e di par condicio, illogicità e contraddittorietà manifeste, nonché violazione e falsa applicazione dei principi di correttezza e buona fede, anche ai sensi dell'art. 1337 c.c., falso presupposto in fatto ed in diritto, travisamento dei fatti.

Il TAR dapprima inquadrava la regola generale in tema di partecipazione alle gare pubbliche e richiamava la Direttiva 2004/18/CE. Affermava quel giudice che "l'impresa fallita o in stato di procedura concorsuale (ivi incluso il concordato preventivo) non può partecipare alle pubbliche gare. Tuttavia a tale regola generale l'art. 186 bis della legge fallimentare pone una serie di **eccezioni**, in presenza del concordato con continuità aziendale, rispondenti alla logica del superamento della crisi d'impresa, non attraverso il suo smembramento e la sua liquidazione, bensì mediante la continuazione della relativa attività". Infine, con ordinanza, sospendeva il procedimento investendo la Consulta.

La questione trova oggi la sua definizione con il pronunciamento della Corte Costituzionale che disattende le argomentazioni sostenute dai giudici amministrativi.

3. La decisione della Consulta e i termini della questione

Prima di entrare nel merito della decisione e dell'iter logico seguito dal giudice delle leggi, una breve premessa può risultare opportuna per meglio inquadrare il campo d'indagine.

Esso coincide con l'ipotesi di **esclusione** disposta per sopravvenuta mancanza in capo alla **mandataria** di RTI di un **requisito generale di partecipazione**.

Ci si soffermerà quindi sulle principali norme che il caso sottende.

Il riferimento va, intanto, all'art. 38, comma 1, lettera a) del decreto legislativo n. 163 del 2006^[7] che regolava *ratione temporis* la gara in questione. Prescriveva quella disposizione di legge per il concorrente l'assenza di stato di fallimento, di liquidazione coatta e di concordato preventivo^[8]. Secondo la Consulta il presupposto è corretto quanto all'applicabilità del disposto, giacché i bandi di gara di cui si tratta sono atti pubblicati in epoca antecedente alla data del 19 aprile 2016 (momento di entrata in vigore del decreto legislativo n. 50 del 2016^[9]).

Può giovare tenere a mente - quanto all'**ammissibilità della questione** - che per costante giurisprudenza^[10] è sufficiente che “il giudice rimettente illustri in modo non implausibile le ragioni che giustificano l'applicazione della disposizione censurata e determinano la pregiudizialità della questione sollevata rispetto alla definizione del processo principale”.

Più che pertinente a completare il quadro appare poi il richiamo all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - giusta Sezioni Unite della Suprema Corte - ai sensi della quale il possesso dei requisiti di ammissione deve imporsi a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e deve permanere per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica^[11].

È a questo punto che si innesta, in combinato, l'altra norma che completa e definisce la fattispecie de qua. Si tratta del precetto di cui al citato art. 186 bis della legge fallimentare che intanto - al quinto comma^[12] - tipizza le **eccezioni al divieto di partecipazione** alla gara e poi - al sesto - specifica come la **deroga** non valga per l'impresa che rivesta la qualifica di **mandataria** del raggruppamento.

Sul punto il giudice amministrativo rilevava l'**irragionevolezza** delle disposizioni in esame, laddove consentivano all'impresa singola - seppur in concordato - la partecipazione che invece precludevano alla capogruppo del RTI.

Il rimettente aveva concluso argomentando infine per l'impossibilità di avallare una differente interpretazione delle disposizioni censurate. E ciò in considerazione di quanto deciso dal Consiglio di Stato.

La Consulta smentisce categoricamente quelle conclusioni.

Erra il TAR – secondo la Corte - quando ancora la pretesa irragionevolezza delle disposizioni censurate all'evoluzione normativa e al superamento della tecnica del rinvio all'art. 186 bis della legge fallimentare.

Segnatamente, verrebbe in rilievo per il rimettente la scelta del legislatore di abrogare il disposto del menzionato art. 38 del decreto legislativo del 2006 n. 163 e sostituirlo con le prescrizioni di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), del decreto legislativo n. 50 del 2016^[13].

La nuova disposizione di legge – nella sua **originaria** formulazione (e la precisazione qui non è di poco conto, come si vedrà più avanti) - prevede infatti che venga escluso dalla partecipazione alla gara d'appalto l'operatore economico che “si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, **salvo il caso di concordato con continuità aziendale**, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”.

La **deroga** insomma a un certo punto si estende a tutti i casi di concordato preventivo con continuità aziendale, senza distinguere tra operatori che concorrono singolarmente o riuniti in RTI, né tra le differenti posizioni rivestite dalle imprese aderenti al raggruppamento.

Ecco la mano del rimettente che introduce, in quel passaggio e in applicazione del criterio della successione delle leggi nel tempo, il concetto di implicita abrogazione dell'art. 186 bis della legge fallimentare ad opera del menzionato art. 80, comma 5, lettera b) del codice dei contratti pubblici^[14].

In linea, si registrano le già citate Sezioni Unite della Corte di Cassazione^[15].

Tuttavia, l'argomento non è sufficiente a fondare la questione di legittimità.

Secondo la Corte Costituzionale, proprio con riferimento alla citata evoluzione legislativa, non può tacersi che il testo nella sua **nuova** formulazione – per quanto applicabile solo a partire dalla sua entrata in vigore – dica ben altro. E, così, rinviando di nuovo

espressamente all'art. 186 bis della legge fallimentare, esso finisce per essere rivelatore di un **ripensamento** del legislatore il quale “ha inteso rimediare a quello che, nell'originaria versione dell'art. 80, comma 5, lettera b), del d.lgs. n. 50 del 2016, appariva un mero difetto di coordinamento con la legge fallimentare”.

Le evidenze chiariscono poi come detto coordinamento sia un tratto che rimane perciò confermato.

La Consulta fa quindi un'incursione nelle modifiche più recenti.

Ed ecco la norma introdotta dall'art. 372, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 (codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, la cui entrata in vigore è stata da poco differita al 1° settembre 2021^[16]). All'art. 95 dello stesso codice della crisi - al comma 5 - la riproduzione del contenuto del sesto comma del citato art. 186 bis è pressoché letterale.

Cristallino appare infine il disposto della Corte Costituzionale che nel merito - quanto alla pretesa **irragionevole disparità di trattamento** - aggancia l'importante riferimento alla ratio della norma censurata. Essa è da individuare – sostiene il giudice delle leggi – “nella **finalità di tutelare l'interesse pubblico** al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni oggetto del contratto”.

Il divieto di cui all'art.186 bis, sesto comma, della legge fallimentare è cioè volto a evitare quello che la Corte definisce “il rischio che la parte pubblica, all'esito della procedura di affidamento, si trovi in una relazione contrattuale con imprenditori non affidabili sotto il profilo economico e finanziario”.

Quale sia l'esigenza, sottesa alla deroga al divieto di partecipare a gare d'appalto, è un altro aspetto della questione che la Corte ben illumina. Quella norma intende permettere alle imprese in concordato di acquisire commesse pubbliche, con lo scopo ultimo di favorire il soddisfacimento dei creditori. E la Consulta la inquadra come **eccezione nell'eccezione**: “la norma censurata, escludendo dal beneficio la mandataria di un RTI, introduce un'eccezione all'eccezione, e quindi ripristina, per il caso da essa considerato, la ricordata regola generale in base alla quale chi è soggetto a procedure concorsuali non può partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici”.

Nessun irragionevole esercizio della discrezionalità legislativa è pertanto ravvisabile.

A parere della Corte Costituzionale a tenere in piedi la disposizione censurata è una

circostanza di tutto rilievo. Si tratta della **diversa modalità con cui la mandataria di RTI partecipa alla gara** e, in caso di aggiudicazione, al rapporto contrattuale. Differenze incontestabili, dai contorni e dagli esiti inequivocabili.

La capogruppo si scosta inevitabilmente sia dall'impresa che concorra in forma singola che da quella che partecipi alla gara in qualità di mandante. A disconoscere una siffatta diversità di condizioni, si finirebbe per non tutelare correttamente l'interesse della stazione appaltante.

A fronte del favor con cui si guarda al RTI (espediente in grado di agevolare la partecipazione degli operatori, principio intoccabile di derivazione comunitaria), la Corte sollecita pertanto un ragionamento ulteriore che affonda radici nella stessa composizione del concorrente.

Il raggruppamento presenta una **struttura complessa** che supera le singole individualità delle imprese componenti. La mandataria "assume rilievo e valore differenziato" poiché essa è diretta interlocutrice dell'amministrazione appaltante, rappresenta le imprese costituenti il RTI, è garante unica della puntuale esecuzione dell'appalto. Per dirla con i giudici essa "rappresenta il punto di riferimento della stazione appaltante per tutta la durata del rapporto contrattuale".

Ecco poi ciò che accade in punto di **responsabilità**: "La mandataria, oltre a rispondere in proprio delle prestazioni prevalenti o principali, è sempre responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione di tutte le prestazioni previste dal bando di gara, anche quelle scorporabili o secondarie di competenza delle mandanti".

Di cosa stiamo ragionando, infine, se non di operare un bilanciamento tra opposti interessi?

In rilievo vengono, a ben vedere, da una parte l'interesse della stazione appaltante e dall'altra quello dell'operatore economico che è intento al superamento della crisi dell'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale.

Ancora, nessuna violazione può rilevarsi nel caso de quo quanto al **principio di eguaglianza**. E ciò sulla premessa che "tale violazione sussiste qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili"^[17].

La Consulta perviene insomma alla decisione finale e dispone che la scelta del legislatore,

anche ove considerata opinabile, non superi i limiti entro i quali la discrezionalità legislativa debba ritenersi legittimamente esercitata^[18].

A chiudere il cerchio è la sentenza che legge la stessa determinazione di vietare in modo assoluto la partecipazione della mandataria - senza lasciare margine a una valutazione da demandarsi al giudice del concordato caso per caso - come “non arbitraria né irrazionale [...], tenuto conto del fatto che gli interessi da ponderare e contemperare nella vicenda sarebbero ulteriori e diversi rispetto a quelli dei creditori concordatari, che vengono in prevalente rilievo in sede concorsuale”.

Richiamate tutte le superiori argomentazioni, non può concludersi la disamina senza aver prima fatto cenno alle ultime censure sollevate, la cui fondatezza viene parimenti esclusa con la sentenza in parola.

Esse concernono l'art. 41 Cost. (declinato rispetto alla limitazione della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore) e l'art. 97 Cost. (in relazione al principio di buon andamento della PA).

Quanto alla tutela costituzionale della sfera dell'autonomia privata essa – a parere della Consulta e per costante giurisprudenza - non può dirsi assoluta e trova invece un limite nell'utilità sociale^[19].

Quanto poi alla violazione dell'art. 97 Cost, la norma risulta coerente “con l'interesse della stazione appaltante a scegliere il contraente più affidabile e capace di adempiere, in piena conformità, anziché in contrasto, con il principio di buon andamento”.

Da qui la non fondatezza anche di tali ultime questioni.

4. Breve inquadramento delle tematiche trattate

4.1 Cenni sul RTI e differenze tra struttura orizzontale e verticale

Un brevissimo passo indietro. Sappiamo che il diritto dei contratti pubblici si atteggia, al principio, come diritto di fonte esclusivamente statale.

Fino agli anni settanta dello scorso secolo a disciplinare il settore è sempre la legge fondamentale sui lavori pubblici (Legge 20/03/1865, n. 2248, all. F). A completare il corpo normativo, eterogeneo e frammentario, si possono enumerare poi le norme in tema

di progettazione, direzione, contabilità e collaudo dei lavori pubblici (D.M. 29/05/1895 e R.D. 25/05/1895, n. 350), le disposizioni in tema di contabilità di Stato (Legge 18/11/23, n. 2440 e R.D. 23/05/24, n. 827), il capitolato generale del Ministero dei Lavori pubblici (D.M. 29/05/1895, D.P.R. 16/07/62, n. 1063).

Il quadro cambia del tutto con l'intervento della **Comunità Europea**, ma anche con l'affermarsi della potestà legislativa delle **Regioni**.

Oggi, pertanto, il diritto dei contratti pubblici è costituito da norme di **fonte sovranazionale, statale e infrastatale**.

Importantissime sono state le ricadute sull'ordinamento interno della politica comunitaria, attentissima alle condizioni di concorrenza. Lo scopo ultimo degli interventi sovranazionali è sin da subito quello di dirigere strategicamente il settore verso alcuni obiettivi: a) azzerare le discriminazioni; b) assicurare le condizioni di scelta del contraente migliore; c) favorire il mercato unico.

La disciplina statale rimane perciò fortemente condizionata da quella sovranazionale, dovendo uniformarsi alle direttive e ai principi fondamentali del Trattato UE. I rapporti tra norme di fonte comunitaria e norme di fonte nazionale sono da leggersi alla stregua dei rapporti di forza e trovano soluzione nel principio di prevalenza delle prime sulle seconde (attraverso gli strumenti della c.d. disapplicazione e del c.d. effetto utile).

Fatta questa doverosa premessa, può essere importante ricordare come sul piano dell'attività amministrativa, i principi comunitari siano integralmente richiamati dall'art 1 della legge del 7 agosto 1990, n. 241 (a seguito delle modifiche apportate dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e poi dalla legge 18 giugno 2009, n. 69), ai sensi del quale "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario".

Chiaro è il disposto dell'art. 30 del codice dei contratti che al primo comma **positivizza** alcuni **principi generali** (in recepimento dell'art. 18 e allegato X della Direttiva 2014/24, art. 36 Direttiva 2014/25, artt. 3 e 30 paragrafi 2 e 3 Direttiva 2014/23 e cr. di delega lettera ccc): "L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché

di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. [Omissis]

Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi”.

Pertanto, per dirla con la dottrina, "I principi che trovano applicazione nella fase dell'affidamento devono garantire, in primo luogo, l'attuazione delle libertà fondamentali sancite dal Trattato tutelate mediante l'osservanza dei divieti posti dal Trattato medesimo, e in particolare, il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, i divieti di restrizioni alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, evitare affidamenti esclusivamente fiduciari"^[20].

In linea con questo ultimo principio, e per tornare alla fattispecie, va richiamata la Direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004. La norma, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, all'art. 4 dispone “I **raggruppamenti** di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi. Ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica; tuttavia al raggruppamento selezionato può essere imposto di assumere una forma giuridica specifica una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto”.

Ciò che si desume dai principi europei è il favore per la più ampia partecipazione alle procedure di gara dei raggruppamenti temporanei. In linea ad esempio è l'art. 19, par. 2, della Direttiva 2014/24/UE e il considerando n. 15.

In argomento, può essere interessante citare la recente sentenza del Consiglio di Stato, depositata il 4 maggio 2020, n. 2785. Il pronunciamento - nel confermare la decisione del TAR Liguria, Genova, 9 maggio 2019, n. 421 - sostiene che "la previsione della lex specialis che precluda tout court la partecipazione alla gara a raggruppamenti di tipo orizzontale, o - ammessi i raggruppamenti verticali - a quelli di natura mista va qualificata a tutti gli effetti alla stregua di causa d'esclusione atipica affetta da nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 (...) ^[21] Trattasi, in specie, di un'ipotesi non già di mera modulazione dei requisiti nell'ambito del raggruppamento, bensì di esclusione non contemplata dal codice dei contratti pubblici e, anzi, espressamente contraria al regime complessivamente ricavabile dagli artt. 45, comma 2, lett. d), 48, comma 3, 6 e 11, d.lgs. n. 50 del 2016, oltreché ai **principi europei** che prevedono ampia partecipazione alle

procedure di gara dei raggruppamenti temporanei (cfr., in particolare, l'art. 19, par. 2, direttiva 2014/24/UE e il considerando n. 15)".

Per entrare più nel dettaglio, con l'acronimo RTI si indica per l'appunto il **raggruppamento temporaneo di imprese**, ossia l'istituto attraverso il quale più operatori – che da soli non arriverebbero a disporre dei **requisiti tecnici e/o economici** richiesti dalla legge di gara per la partecipazione - si associano.

Il raggruppamento si costituisce con il conferimento da parte di quelle che vengono qualificate come **imprese mandanti** di un mandato collettivo speciale con rappresentanza in capo all'**impresa mandataria** che è detta anche capogruppo. Si parla di raggruppamento **costituito** se il mandato è stato formalizzato prima di inoltrare domanda di partecipazione, mentre è **costituendo** se gli operatori sottoscrivono una dichiarazione d'impegno al suo futuro conferimento.

Dall'operazione sopra descritta consegue la possibilità per tutte le imprese di prendere parte alla gara d'appalto, attraverso il meccanismo del cumulo dei **requisiti di partecipazione**.

In Italia la materia è regolata dall'art. 48 del decreto legislativo n. 50/2016 che distingue tra i due tipi di raggruppamento - **orizzontale** e **verticale** - e lascia intravedere il terzo genere, cosiddetto **misto**.

La differenza viene qui a rilevare nella morfologia del RTI ma non negli effetti, relativamente alla questione sottoposta all'esame della Corte.

Ed è tra le righe della pronuncia del Consiglio di Stato appena richiamata che può agevolmente comprendersi come centrale sia la questione del regime della **conformazione strutturale dei concorrenti alla gara**. Essa "afferisce - dice il g.a. - non direttamente ai requisiti di partecipazione (di cui all'art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016) e alla loro modulazione, bensì - ancor prima - **alla natura e organizzazione dei singoli concorrenti** (ai sensi degli artt. 45 e 48 d.lgs. n. 50 del 2016), anche nella prospettiva della successiva esecuzione della prestazione".

Quanto alla concreta morfologia, va detto che nei raggruppamenti di tipo orizzontale le prestazioni compiute dalle imprese riunite sono omogenee e differiscono solo sul piano quantitativo. Tuttavia non può sfuggire come la responsabilità solidale ricada anche in capo alle imprese mandanti. Ciò nondimeno, per la Consulta, "il ruolo della **mandataria** rimane comunque, in questo stesso tipo di RTI, peculiare, in quanto il suo **potere**

rappresentativo, anche processuale, agevola la stazione appaltante che – pur non perdendo la facoltà di agire direttamente nei confronti delle mandanti (ex art. 48, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016) – può limitarsi a rivolgersi direttamente ed esclusivamente alla mandataria per far valere in ogni sede, non ultimo quella giudiziale, le ragioni derivanti dall'esecuzione dell'intero contratto”.

Una lettura di questo tenore, riferita alla differente formulazione del disposto normativo quanto alle caratteristiche di mandante e mandataria, non è del resto una novità assoluta. In tal senso si era già pronunciato il giudice amministrativo che definiva la capogruppo di un'ATI "punto di riferimento ineludibile" ^[22].

Infine, degno di nota è certamente lo spunto che può trarsi dalla sentenza del Consiglio di Stato, sezione III, 2 aprile 2020, n. 2245 che bene inquadra quella preminenza nell'equilibrio dell'intera operazione, laddove sostiene che "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 consentita al raggruppamento la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza di un evento che privi uno dei suoi partecipanti della capacità di contrattare con la Pubblica amministrazione (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'art. 80, o nei casi previsti dalla normativa antimafia. In particolare, il comma 18 cit. obbliga il **mandatario**, ove non indichi altro operatore economico subentrante, in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, ad eseguire la prestazione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire. Il fondamento della deroga prevista da queste disposizioni, rispetto al principio generale del comma 9, va individuato nell'esigenza di assicurare l'esecuzione del contratto nei termini stabiliti e di ovviare quindi ad un evento che colpisca uno dei componenti del raggruppamento temporaneo di imprese, che si è aggiudicato la commessa (C.d.S. sez. V, 18/07/2017, n. 3539)".

La norma che viene in rilievo è qui l'art. 48 del codice dei contratti pubblici, ai commi 17 e 18. Per le possibili interpretazioni ermeneutiche del disposto, si consiglia la lettura di TAR Puglia, Lecce, sentenza del 12 agosto 2019, n. 1424. E in particolare rileva, ai fini della riflessione che ci occupa, il differente regime applicabile all'esclusione della mandante e della mandataria: "Invero, le ditta mandante e quella mandataria di un raggruppamento rivestono **ruoli distinti** nel rapporto con l'amministrazione appaltante. Se la prima si pone come un soggetto esecutore di prestazioni col quale la p.a. non ha

contatti diretti, **la mandataria costituisce invece** (e nonostante la responsabilità solidale di tutte le imprese nei confronti della stazione appaltante), **l'interlocutore pressoché esclusivo dell'amministrazione**. Ai sensi dell'art. 48 comma 15 D. Lgs. 50/2016 infatti: "Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto. [...]". E così - chiariscono i giudici - "Si pone dunque in piena consonanza con il sistema ordinamentale il differente approccio del legislatore di fronte all'ipotesi di sostituzione dei due soggetti: se il mutamento del mandante, interlocutore "di secondo grado" dell'amministrazione, costituisce una delle ipotesi nelle quali, eccezionalmente, l'ordinamento consente persino la modifica additiva con ingresso di nuovi operatori economici (comma 18), l'estromissione del mandatario, **interlocutore primario** della p.a., consente invece la sostituzione solo con un soggetto già incluso ab origine nel raggruppamento".

4.2. Cenni sul concordato con continuità aziendale dopo la riforma del Codice della crisi e dell'impresa

L'istituto della continuità aziendale è introdotto dalla legge del 07/08/2012, n. 134. Una brevissima annotazione può essere utile per ricordare come al **concordato preventivo** possa accedere - ai sensi dell'**art. 160 l. fall.**^[23] - l'imprenditore che si trovi in stato di crisi. L'intento della procedura è quello di evitare che la situazione di indebitamento esiti in un fallimento. E ciò attraverso lo strumento della regolamentazione concertata dei rapporti che l'imprenditore in difficoltà intrattiene con i creditori.

Alla base c'è evidentemente il favor del legislatore per la prosecuzione dell'attività d'impresa.

In linea si pone la giurisprudenza amministrativa laddove osserva che "le aziende ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale possono partecipare alle gare, sottoscrivere contratti di appalto o proseguire i contratti già stipulati, in quanto l'ammissione alla procedura e l'attuazione della stessa sono una garanzia sufficiente per gli interessi dell'Amministrazione"^[24].

E ciò sul presupposto che "la legge n. 134 del 2012 ha infatti sottratto l'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale dal novero delle cause che determinano l'esclusione dell'impresa dalla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nonché dalla stipula dei contratti"^[25].

Una particolarità che può risultare di qualche interesse rilevare in questa sede è la

distinzione tra **concordato in continuità** (che è quello della fattispecie che ci occupa) e **concordato in bianco**, intendendosi con quest'ultima accezione l'ipotesi introdotta dal legislatore del 2012 per dare la possibilità all'imprenditore di presentare una vera e propria domanda di concordato con riserva.

La declinazione dell'istituto nei suoi due profili ha imposto da subito un disallineamento che ha avuto notevoli ricadute anche nella disciplina dettata per gli appalti pubblici.

Diversamente che per il caso della continuità aziendale, infatti, per l'operatore economico che avesse presentato domanda di concordato preventivo in bianco, in una procedura di evidenza pubblica, l'estensione della deroga prevista dall'articolo 186 bis della legge fallimentare non era – fino a qualche tempo fa - affatto automatica. Essa rimaneva rimessa all'applicazione che ne faceva la giurisprudenza.

Sappiamo che il quadro normativo di riferimento muta e si definisce, nella sua versione ultima, con l'intervento del menzionato codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che ha comportato talune modifiche anche in campo di contratti pubblici. In particolare va riferito della riscrittura dell'art. 110 che ha sostituito al termine "fallimento" quello di "liquidazione giudiziale", modifiche la cui entrata in vigore è stata posticipata al prossimo 15 agosto.

In questa sede sarà sufficiente ricordare che il nuovo assetto della materia colloca la disciplina del concordato (a cui sono propriamente rivolte le disposizioni di cui agli artt. 84-120) nelle sezioni dedicate intanto al procedimento unitario di accesso alle procedure di composizione della crisi (artt. 40-53), quindi alle misure protettive (artt. 8, 54-55), alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza (artt. 26 - 55) e infine alle disposizioni relative ai gruppi di imprese.

È con il decreto c.d. Sblocca Cantieri^[26], però, che il legislatore si propone di risolvere – in via normativa – la questione del rappresentato disallineamento fra la posizione del concorrente che avesse formulato domanda di concordato in bianco ovvero con continuità aziendale. La disposizione, collocata al quarto comma dell'art. 110, stabilisce che “Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 161, anche ai sensi del sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, si applica l'articolo 186-bis del predetto regio decreto”.

Il quadro oggi ci dice insomma che in caso di procedure a evidenza pubblica per l'affidamento di pubblici contratti la deroga è estesa. Essa è cioè applicabile anche alle imprese che hanno presentato domanda di concordato preventivo in bianco.

È chiaro che nulla cambi per le procedure indette in epoca antecedente.

5. Conclusioni

Possono ritenersi quasi obbligate le conclusioni cui si perviene, dopo l'esame della sentenza e le questioni che questa sottende.

La Corte Costituzionale ha dunque fugato i dubbi di legittimità relativi alla norma che consente la partecipazione alla gara d'appalto del concorrente assoggettato alla procedura del concordato con continuità aziendale, con le differenze del caso di specie.

Nella decisione ciò che rileva maggiormente è con tutta probabilità come essa permetta e giustifichi una diversa valutazione della medesima circostanza, laddove la procedura incomba da una parte sull'impresa singola e/o sul mandante di RTI, dall'altra sulla mandataria capogruppo.

La ratio è però incontestabile: non essendo assimilabile la connotazione giuridica del concorrente (per l'evidenza del ruolo e per le implicazioni dei differenti componenti il raggruppamento), le ricadute degli eventi menzionati sulla procedura ad evidenza pubblica che quegli operatori coinvolge non possono che essere quelle che abbiamo visto.

Questi, in breve, gli elementi sulla scorta dei quali si finisce per negare ogni pretesa di fondatezza alle censure di irragionevolezza che erano state sollevate dal g.a. con riferimento alla disciplina in questione.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Corte Cost. sentenza 07/05/2020, n. 85

[2] Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)

[3] R.D. 16 marzo 1942, n. 267, Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa, come introdotto dall'art. 33, comma 1, lettera h), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134

[4] TAR Lazio ordinanze 29/10/2018, nn. 40, 41 reg. ord. in Gazzetta Ufficiale della Repubblica numeri 12 e 40, prima serie speciale, anno 2019 Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza 12/06/2019, n. 150, reg. ord., in Foro amm., 2019, 1022, "E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 186-bis, sesto comma, del r.d. n. 267 del 1942 [introdotto dall'art. 33, comma 1, lett. h), del decreto-legge n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134 del 2013], per contrasto con gli artt. 3, 41 e 97, Cost., nella parte in cui si vieta la partecipazione alle gare pubbliche per le imprese, sottoposte a concordato con continuità aziendale, che rivestano la qualità di mandataria nell'ambito di raggruppamenti temporanei di imprese, ammettendola invece laddove le stesse ricoprano il ruolo di mandante all'interno del predetto raggruppamento"

[5] Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14. Originariamente l'entrata in vigore era fissata al 15 agosto 2020. Il Decreto Legge 8 aprile 2020, n. 23, recante "Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali", all'articolo 5, rubricato "Differimento dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14", stabilisce: «1. All'articolo 389 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, il comma 1 è sostituito dal seguente: «1. Il presente decreto entra in vigore il 1 settembre 2021, salvo quanto previsto al comma 2.»». Analogamente, il Decreto Legge 2 marzo 2020, n. 9 ("Misure urgenti per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19") ha espressamente stabilito all'art. 11 che "l'obbligo di segnalazione di cui agli artt. 14, comma 2, e 15 del Codice della Crisi opera a decorrere dal 15 febbraio 2021". Il

[6] Tar Lazio, sez. II, ordinanza, 29/10/2018, n. 10397

[7] L'art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 dispone sui requisiti di ordine generale (art. 45, direttiva 2004/18; art. 75, d.P.R. n. 554/1999; art. 17, d.P.R. n. 34/2000): "1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, ne possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni"

[8] La Corte osserva "Quanto alla rilevanza, il rimettente osserva che alla fattispecie dedotta nel giudizio principale, relativa a un bando di gara pubblicato il 5 agosto 2015, si dovrebbe applicare ratione temporis l'art. 38, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 163 del 2006, nonostante esso sia stato abrogato dall'art. 216, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), secondo cui le disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici si applicano «alle procedure e ai contratti per i quali i bandi e gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore» (id est, successivamente al 19 aprile 2016). Inoltre, secondo la giurisprudenza amministrativa i requisiti di partecipazione dovrebbero essere posseduti sia al momento della presentazione della domanda, sia per tutta la durata della procedura, cosicché non assumerebbero rilievo la sopravvenienza della causa di esclusione nel corso della gara e la lunga durata di quest'ultima"

[9] "Ai sensi dell'art. 216, comma 1, dello stesso decreto legislativo, infatti, il nuovo codice dei contratti pubblici si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi con cui si indice la gara sono pubblicati successivamente a tale data", Corte Cost. sentenza 07/05/2020, n. 85

[10] Sentenza 26/03/2015, n. 51, in Mass. giur. lav., 2015, 485, con nota di VALLEBONA; Dir. relazioni ind., 2015, 823, con nota di SCHIUMA; Riv. giur. lav., 2015, II, 493, con nota di BARBIERI; Arg. dir. lav., 2015, 928, con nota di LAFORGIA; sentenza 30/01/2018, n. 11, in Foro it., 2018, I, 1116; sentenza 23/05/2018, n. 105, in Giur. cost., 2018, 2783, con nota di ASTONE

[11] SS. UU. Corte di Cass., sentenza 20/12/2018, n. 33013, in Giust. civ.- Mass., 2019 “Il d.lgs. n. 50 del 2016, art. 80 (Codice dei contratti pubblici) richiede, per l'accesso alle procedure ad evidenza pubblica, la necessaria sussistenza di una serie di requisiti i quali, secondo una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, (Ad. Plen. sent. 8/2015), 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 di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità”. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione del 20/05/2015, n.8 che richiama le decisioni n. 10 del 2014, nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010. Sui precedenti pronunciamenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: 20 luglio 2015, n. 8, in Urb. app., 2016, 88, con nota di A. GIACALONE, Fase di esecuzione e onere di continuità del possesso dei requisiti; 25 febbraio 2014, n. 10, in Giur. it., 2014, 1179, con nota di M. GNES, La perentorietà del termine per la presentazione della documentazione da parte dell'aggiudicatario, in Urb. app., 2014, 830, con nota di S. FOÀ, Termine perentorio di comprova dei requisiti anche per i concorrenti non sorteggiati, ed in Dir. e pratica amm., 2014, 65, con nota di D'INCECCO BAYARD DE VOLO; 5 giugno 2013, n. 15, in Foro it., 2014, III, 8, con nota di A. TRAVI, in Corr. merito, 2013, 921, con nota di M.L. MADDALENA, Rateizzazione del credito tributario e partecipazione alle gare pubbliche, in Guida al dir., 2013, 27, 84, con nota di A. MASARACCHIA, ed in Foro amm.-Cons. Stato, 2013, 2313, con nota di E. ZAMPETTI, Appalti pubblici, regolarità tributaria e rateizzazione del debito; 20 agosto 2013, n. 20, in Urb. app., 2013, 1052, con nota di F. MANGANARO; 4 maggio 2012, n. 8, in Guida al dir., 2012, 23, 82, con nota di D. PONTE, in Corr. merito, 2012, 745, con nota di I. RAIOLA, Non spetta alla stazione appaltante valutare la gravità della irregolarità contributiva, in Urb. app., 2012, 905, con nota di H. D'HERIN, La Plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto, in Dir. e pratica amm., 2012, 72, con nota di S. TOSCHEI, in Riv. neldiritto, 2012, 1601, con nota di BERTOLINI, ed in Foro amm.-Cons. Stato, 2012, 2234, con nota di P. GOTTI, Vincolatività o meno delle risultanze in materia di regolarità contributiva nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, al vaglio dell'Adunanza plenaria; 18 luglio 2012, n. 27, in Guida al dir., 2012, 32, 96, con nota di A. MASARACCHIA, ed in Urb. app., 2012, 1295, con nota di G. BALOCCO, Il punto dell'Adunanza Plenaria sulla verifica triennale del certificato di attestazione SOA; 15 aprile 2010, n.2155, poi rinumerata ufficialmente in n. 1 del 15 aprile 2010, in Foro it., 2010, III, 374, con nota di A. TRAVI, in Corr. merito, 2010, 688, con nota di I. RAIOLA, Esclusa la dimidiazione dei termini per la proposizione dei motivi aggiunti, in Dir. proc. amm., 2010, 617, con nota di A. SQUAZZONI, L'Adunanza plenaria si pronuncia sul termine per notificare i motivi aggiunti nel rito ex art. 23-bis l. T.A.R. (aggiungendo l'ennesima considerazione sull'ordine di esame delle censure escludenti incrociate), in Urb. app., 2010, 964, con nota di S. FOÀ, Rito abbreviato e mancato dimezzamento dei termini per i motivi aggiunti. Una tesi per il passato, in Guida al dir., 2010, 19, 84, con nota di A. CORRADO, in Dir. e pratica amm., 2010, 6, 72, con nota di BRAIDO, ed in Corti irpinia, 2010, 277, con nota di BARRA)

[12] L'art. 186 legge fallimentare, ai commi 5 e 6: “L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:

- a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;
- b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

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

[13] Art. 80, comma 5, lettera b), del decreto legislativo n. 50 del 2016, “Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un

suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ^[omissis] b) l'operatore economico sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110 del presente codice e dall'articolo 186 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267". Lettera così sostituita dall' art. 1, comma 20, lett. o), n. 3), D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55; per l'applicabilità di tale disposizione vedi l'art. 1, comma 21, del medesimo D.L. n. 32/2019 "b) l'operatore economico sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110 del presente codice e dall'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267". Lettera così sostituita dall'art. 372, comma 1, del decreto legislativo n. 14 del 2019, a partire dal 15 agosto 2020, "b) l'operatore economico sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 e dall'articolo 110

[14] In linea, TAR Toscana, sez. II, sentenza 03/04/2019, n. 491 (in Foro amm., 2019, 688): "Le cause di esclusione dalle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, sotto il profilo (della mancanza) dei necessari requisiti soggettivi, sono stabilite dall'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici [...]. La disposizione di cui al comma 5, lett. b), del medesimo statuisce che devono essere escluse dalla partecipazione alle gare d'appalto, tra le altre, le imprese che si trovino in stato di concordato preventivo 'salvo il caso di concordato con continuità aziendale' [...]. La norma quindi esclude dal proprio ambito di applicazione e, con ciò, dal novero delle circostanze espulsive la procedura di concordato con continuità aziendale [...]. Si manifesta quindi un contrasto tra questa disposizione e quella contenuta nella legge fallimentare, secondo cui alle imprese ammesse al concordato con continuità aziendale è interdetto partecipare alle gare d'appalto quali mandatarie di un raggruppamento temporaneo di imprese. Il conflitto tra le norme può essere risolto secondo il criterio cronologico. La disposizione della legge fallimentare, come sopra citato, è venuta alla luce con il decreto legge 23 giugno 2012, n. 83, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134. La norma di cui all'articolo 80, comma 5, lett. b), del Codice dei contratti pubblici è invece venuta alla luce con il d.lgs. n. 50/2016 e, quindi, successivamente alla prima. Questa pertanto, in base al criterio cronologico di soluzione dei conflitti tra norme, deve ritenersi implicitamente abrogata". Contra, TAR Lazio sez. II, ordinanza cit. 29/10/2018, n. 10398, cit., nonché Cons. Stato, sez. V, sentenza 11/07/2017, n. 3405: "L'art. 186-bis, comma 6, della legge fallimentare esclude che l'impresa, che rivesta la qualità di capogruppo mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese possa concorrere nella gare pubbliche d'appalto e quindi, per logica conseguenza, se aggiudicataria, procedere alla conclusione del contratto con l'Amministrazione pubblica"

[15] SS. UU. Corte di Cass., sentenza 20/12/2018, n. 33013, in Giust. civ.- Mass., 2019 "si deve procedere ad una lettura coordinata del D.lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. a) [...] e dell'art. 186 bis, comma 6, l.fall. dalla quale emerge che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale (cfr. d.lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. a); art. 186 bis, comma 5, l.fall.); tuttavia la regola, secondo la quale i soggetti in concordato in continuità possono partecipare a procedure di assegnazione, non si applica nel caso in cui l'impresa in concordato sia la mandataria in raggruppamento temporaneo di imprese. In tale ipotesi, opera l'esclusione dalle procedure concorsuali per carenza dei requisiti soggettivi richiesti dalla norma. L'applicazione di tali norme, di stretta interpretazione legislativa, esclude addirittura il potere discrezionale in capo alla p.a., fondandosi sul divieto imposto ex lege, dettato in virtù d.Lgs. n. 163 del 2006, citato art. 38 e art. 186 bis, comma 6, l.fall."

[16] Art. 5, comma 1, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali).

[17] Corte Cost., sentenza cit., 07/05/2020, n.85, che richiama sentenza 4/06/2014, n. 155, in Foro it., 2014, I, 2633, con nota di PERRINO; Mass. giur. lav., 2014, 552, con nota di PIZZUTI; Giur. cost., 2014, 2472, con nota di BINI; Riv. giur. lav., 2014, II, 588, con nota di AIELLO; Riv. it. dir. lav., 2015, II, 44, con nota di DI PAOLA; sentenza 17/03/2006, n. 108, in Giorn. dir. amm., 2006, 964, con nota di COCCONI; sentenza 12 /11/2004, n. 340, in Foro it., 2005, I, 16; sentenza 07/05/2004, n. 136, in Foro it., 2004, I, 1982

[18] "Essa si ispira infatti pur sempre alla ratio sottesa alla regola generale di esclusione dalle procedure di affidamento delle imprese sottoposte a procedure concorsuali, e tale regola fa riespandere in un'ipotesi nella quale lo stesso legislatore non irragionevolmente ha reputato necessarie cautele aggiuntive a protezione degli interessi

della stazione appaltante”, Corte Cost., sentenza cit., 07/05/2020, n. 85. Richiamate: sentenza 21/07/2016, n. 203, in Rass. dir. farmaceutico, 2016, 789; sentenza 31/03/2015, n. 56, in Giur. cost., 2015, 488, con nota di CHIEPPA; sentenza 08/07/2010, n. 247, in Foro it., 2011, I, 2248; sentenza 29/04/2010, n. 152, in Foro it., 2010, I, 1681; sentenza 29/05/2009, n. 167, in Riv. dir. agr., 2009, II, 114, con nota di CANFORA

[19] E ciò in quanto “non è configurabile una lesione della libertà d’iniziativa economica allorché l’apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all’utilità sociale, come sancito dall’art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l’individuazione di quest’ultima non appaia arbitraria e, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue (ex plurimis, sentenze n. 56 del 2015, n. 247 e n. 152 del 2010 e n. 167 del 2009)» (ex plurimis, sentenza n. 203 del 2016)”, Corte Cost., sentenza cit., 07/05/2020, n. 85

[20] F. Caringella – M. Giustiniani – P. Mantini (a cura di), "Manuale dei Contratti Pubblici", III Edizione, DIKE Giuridica Editrice

[21] cfr., anche Cons. Stato, V, 23 agosto 2019, n. 5834, in relazione alla pur diversa ipotesi di clausole che vietino il ricorso all’avvalimento; sulla nullità di clausole escludenti anche al di fuori di prescrizioni di natura esclusivamente formale, cfr. Cons. Stato, III, 21 settembre 2018, n. 5492.

[22] Si veda TAR Piemonte, sezione II, sentenza 07/03/2019, n. 260 “La ratio dell’esclusione per il caso della specifica posizione di mandataria della società in concordato si comprende agevolmente: nell’economia di un’ATI la mandataria è il punto di riferimento ineludibile della stazione appaltante e deve garantire la corretta esecuzione dell’appalto anche per le mandanti; la società in concordato con continuità aziendale [...] è una società che, ex lege, per concorrere alle gare necessita di specifiche attestazioni di ragionevole capacità di adempimento del contratto in proprio e può, a determinate condizioni, anche essere obbligata a farsi garantire da un altro operatore; in mancanza del divieto si verificherebbe il paradosso che l’impresa che per legge necessita di essere garantita da terzi, sempre per legge, dovrebbe essere a sua volta responsabile in solido (con funzione sostanzialmente di garanzia) dell’esecuzione non solo della propria quota di obbligazioni ma di tutto l’oggetto dell’appalto”

[23] Decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese" (c.d. decreto sviluppo), convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134

Art. 160 legge fallimentare “L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere:

- a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;
- b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assunto; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato;
- c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;
- d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d). Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione. (3)

Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza.

In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell’ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all’articolo 186-bis(4)” (1) Rubrica così modificata dal D.Lgs. 12 Settembre 2007, n. 169; (2) Articolo così modificato dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35; (3) Comma aggiunto dal D.Lgs. 12 Settembre 2007, n. 169; (4) Comma

aggiunto dall'art. 4, comma 1, lett. a), D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132; per l'applicazione di tale disposizione vedi l'art. 23, comma 1, del medesimo D.L. n. 83/2015

[24] Cons. Stato, III, 05/04/2018, n. 2106; IV, 3 luglio 2014, n. 3344

[25] Cit. Cons. Stato, III, 05/04/2018, n. 2106; IV, 3 luglio 2014, n. 3344

[26] Decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici", convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55

Bibliografia

Giurisprudenza:

Corte Cost. sentenza 07/05/2020, n. 85

TAR Lazio ordinanze 29/10/2018, nn. 40, 41 reg. ord. in Gazzetta Ufficiale della Repubblica numeri 12 e 40, prima serie speciale, anno 2019

Tar Lazio, sez. II, ordinanza, 29/10/2018, n. 10397

Cons. Stato, Sez. V, ordinanza 12/06/2019, n. 150, reg. ord., in Foro amm., 2019, 1022

Corte Cost. sentenza 26/03/2015, n. 51, in Mass. giur. lav., 2015, 485, con nota di VALLEBONA; Dir. relazioni ind., 2015, 823, con nota di SCHIUMA; Riv. giur. lav., 2015, II, 493, con nota di BARBIERI; Arg. dir. lav., 2015, 928, con nota di LAFORGIA; sentenza 30/01/2018, n. 11, in Foro it., 2018, I, 1116; sentenza 23/05/2018, n. 105, in Giur. cost., 2018, 2783, con nota di ASTONE

SS. UU. Corte di Cass., sentenza 20/12/2018, n. 33013, in Giust. civ.- Mass., 2019

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione del 20/05/2015, n.8 che richiama le decisioni n. 10 del 2014, nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010. Sui precedenti pronunciamenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: 20 luglio 2015, n. 8, in Urb. app., 2016, 88, con nota di A. GIACALONE, Fase di esecuzione e onere di continuità del possesso dei requisiti; 25 febbraio 2014, n. 10, in Giur. it., 2014, 1179, con nota di M. GNES, La perentorietà del termine per la presentazione della documentazione da parte dell'aggiudicatario, in Urb. app., 2014, 830, con nota di S. FOÀ, Termine perentorio di comprova dei requisiti anche per i concorrenti non sorteggiati, ed in Dir. e pratica amm., 2014, 65, con nota di D'INCECCO BAYARD DE VOLO; 5 giugno 2013, n. 15, in Foro it., 2014, III, 8, con nota di A. TRAVI, in Corr. merito, 2013, 921, con nota di M.L. MADDALENA, Rateizzazione del credito tributario e partecipazione alle gare pubbliche, in Guida al dir., 2013, 27, 84, con nota di A. MASARACCHIA, ed in Foro amm.-Cons. Stato, 2013, 2313, con nota di E. ZAMPETTI, Appalti pubblici, regolarità tributaria e rateizzazione del debito; 20 agosto 2013, n. 20, in Urb. app., 2013, 1052, con nota di F. MANGANARO; 4 maggio 2012, n. 8, in Guida al dir., 2012, 23, 82, con nota di D. PONTE, in Corr. merito, 2012, 745, con nota di I. RAIOLA, Non spetta alla stazione appaltante valutare la gravità della irregolarità contributiva, in Urb. app., 2012, 905, con nota di H. D'HERIN, La Plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto, in Dir. e pratica amm., 2012, 72, con nota di S. TOSCHEI, in Riv. neldiritto, 2012, 1601, con nota di BERTOLINI, ed in Foro amm.-Cons. Stato, 2012, 2234, con nota di P. GOTTI, Vincolatività o meno delle risultanze in materia di regolarità contributiva nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, al vaglio dell'Adunanza plenaria; 18 luglio 2012, n. 27, in Guida al dir., 2012, 32, 96, con nota di A. MASARACCHIA, ed in Urb. app., 2012, 1295, con nota di G. BALOCCO, Il punto dell'Adunanza Plenaria sulla verifica triennale del certificato di attestazione SOA; 15 aprile 2010, n.2155, poi rinumerata ufficialmente in n. 1 del 15 aprile 2010, in Foro it., 2010, III, 374, con nota di A. TRAVI, in Corr. merito, 2010, 688, con nota di I. RAIOLA, Esclusa la dimidiazione dei termini per la proposizione dei motivi aggiunti, in Dir. proc. amm., 2010, 617, con nota di A. SQUAZZONI, L'Adunanza plenaria si pronuncia sul termine per notificare i motivi aggiunti nel rito ex art. 23-bis l. T.A.R. (aggiungendo l'ennesima considerazione sull'ordine di esame delle censure escludenti incrociate), in Urb. app., 2010, 964, con nota di S. FOÀ, Rito abbreviato e mancato dimezzamento dei termini per i motivi aggiunti. Una tesi per il passato, in Guida al dir., 2010, 19, 84, con nota di A. CORRADO, in Dir. e pratica amm., 2010, 6, 72, con nota di BRAIDO, ed in Corti irpinia, 2010, 277, con nota di BARRA)

TAR Toscana, sez. II, sentenza 03/04/2019, n. 491, in Foro amm., 2019, 688

Corte Cost. sentenza 4/06/2014, n. 155, in Foro it., 2014, I, 2633, con nota di PERRINO; Mass. giur. lav., 2014, 552, con nota di PIZZUTI; Giur. cost., 2014, 2472, con nota di BINI; Riv. giur. lav., 2014, II, 588, con nota di AIELLO; Riv. it. dir. lav., 2015, II, 44, con nota di DI PAOLA; sentenza 17/03/2006, n. 108, in Giorn. dir. amm., 2006, 964, con nota di COCCONI; sentenza 12 /11/2004, n. 340, in Foro it., 2005, I, 16; sentenza 07/05/2004, n. 136, in Foro it., 2004, I, 1982

Corte Cost. sentenza 21/07/2016, n. 203, in Rass. dir. farmaceutico, 2016, 789; sentenza 31/03/2015, n. 56, in Giur. cost., 2015, 488, con nota di CHIEPPA; sentenza 08/07/2010, n. 247, in Foro it., 2011, I, 2248; sentenza 29/04/2010, n. 152, in Foro it., 2010, I, 1681; sentenza 29/05/2009, n. 167, in Riv. dir. agr., 2009, II, 114, con nota di CANFORA

TAR Piemonte, sezione II, sentenza 07/03/2019, n. 260

Cons. Stato, III, 05/04/2018, n. 2106; IV, 3 luglio 2014, n. 3344

Cons. Stato sentenza 04 maggio 2020, n. 2785

TAR Liguria, Genova, sentenza 09 maggio 2019, n. 421

Cons. Stato, sez. III, 02.04.2020 n. 2245

Cons. Stato, sez. V, 18/07/2017, n. 3539

TAR Puglia, Lecce, sentenza del 12 agosto 2019, n. 1424

Normativa:

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) [<https://URL>]

R.D. 16 marzo 1942, n. 267, Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa, come introdotto dall'art. 33, comma 1, lettera h), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134 [<https://URL>] {478638F2-BF06-43FC-A9DF-BB44C4C9D42E}

Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 [<https://URL>]

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

[<https://URL>]

Decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici", convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 [<https://URL>]

Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 [<https://URL>]

Decreto Legge 8 aprile 2020, n. 23 Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali [<https://URL>]

Decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese" (c.d. decreto sviluppo), convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 [<https://URL>]

Decreto Legislativo 12 settembre 2007, n. 169 [<https://URL>]

Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35 [<https://URL>]

Decreto Legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132 [<https://URL>]

Direttiva 2004/18/CE

Legge 20/03/1865, n. 2248, all. F

D.M. 29/05/1895 e R.D. 25/05/1895, n. 350 Legge 18/11/23, n. 2440 e R.D. 23/05/24, n. 827 D.M. 29/05/1895, D.P.R. 16/07/62, n. 1063 Legge 7 agosto 1990, n. 241 Legge 11 febbraio 2005, n. 15 Legge 18 giugno 2009, n. 69 Direttiva 2014/24 Direttiva 2014/25 Direttiva 2014/23 Decreto Legge 18 aprile 2019, n. 32 Legge 14 giugno 2019, n. 55 **Dottrina:** D. Galli, "Appalti pubblici. Il sistema delle fonti", IPSOA

Andreis M., "I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali". Mercato, ambiente, responsabilità, Milano, 2010. Benacchio G.A., "Verso la direttiva di quarta generazione", in Benacchio G.A.

Cozzio Michele, "Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali", Milano, 2012

Caroli Casanova H., "La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni", Milano, 2012 Fracchia F., "Ordinamento comunitario, mercato e contratti della Pubblica Amministrazione", Napoli, 2010 Picozza E., "I contratti della Pubblica Amministrazione, tra diritto co-munitario e diritto nazionale", in C. Franchini (a cura di), "I contratti con la Pubblica Amministrazione", Padova, 2007 Picozza E., "L'appalto pubblico tra diritto comunitario e nazionale. Una difficile convivenza, in C. Franchini (a cura di), "I contratti di appalto pubblico", Padova, 2010 Police A.-Gruner G., Le fonti, in C. Franchini (a cura di), "I contratti di appalto pubblico", Padova, 2010

F. Caringella – M. Giustiniani – P. Mantini (a cura di), "Manuale dei Contratti Pubblici", III Edizione, DIKE Giuridica Editrice

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5566>