

N. 06272/2013REG.PROV.COLL.

N. 01941/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1941 del 2013, proposto da:
CGS S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianni Zgagliardich,
Luigi Manzi e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

contro

Regione Friuli-Venezia Giulia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati
Michela Delneri e Daniela Iuri dell'Avvocatura regionale, domiciliata in Roma, Ufficio Distaccato della Regione Friuli-
Venezia Giulia, piazza Colonna 355;

nei confronti di

Mingotti s.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Dania Benedet e
Riccardo Barberis, con domicilio eletto presso Riccardo Barberis in Roma, via A. Pollaiuolo 3;
Friulana Bitumi s.r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Friuli-Venezia Giulia – Trieste, Sezione I n. 146/2013, resa tra le parti, concernente
affidamento dei lavori di sistemazione opera trasversale sul torrente Torre a Valle della statale sud Palmarina –
risarcimento danni - mcp;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Friuli-Venezia Giulia e della Mingotti s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2013 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Reggio D'Acì per delega dell'avv. Andrea Manzi, Delneri, Barberis e Benedet;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La Regione Friuli-Venezia Giulia – Direzione Centrale Ambiente - Energia e Politiche per la Montagna, invitava trentatré imprese alla procedura negoziata per l'affidamento della "Sistemazione opera trasversale sul torrente Torre a Valle della S.S. Palmarina" per l'importo a base d'asta di euro 894.931,37 di cui 39.800,00 per oneri di sicurezza (lettera di invito del 26 ottobre 2012).

L'aggiudicazione dei lavori sarebbe avvenuta con il criterio del massimo ribasso ai sensi dell'art. 82, comma 3 del d. lgs. n. 163 del 2006 e con applicazione dell'istituto dell'esclusione automatica delle offerte anomale (art. 86, comma 1 e art. 122, comma 9 del d. lgs. n. 163 del 2006).

Alla gara venivano ammesse trenta offerte e, individuata la soglia di anomalia nella percentuale di 23,046, la gara veniva aggiudicata alla Mingotti s.r.l., che aveva offerto il ribasso del 23,02.

2.- Con ricorso al Tribunale Amministrativo per la Regione Friuli-Venezia Giulia, la società CGS impugnava l'aggiudicazione della gara alla Mingotti s.r.l., lamentando che l'illegittima ammissione alla gara della Friulana Bitumi s.r.l., malgrado fosse carente del requisito generale di cui all'art. 38, comma 1, lettera a) del d. lgs. n. 163 del 2006, avrebbe falsato l'esito della procedura che, diversamente, si sarebbe conclusa con l'aggiudicazione in suo favore.

Chiedeva, in conseguenza, l'esclusione dalla gara della Friulana Bitumi che, avendo chiesto l'attivazione della procedura di concordato preventivo il giorno dopo la presentazione dell'offerta, era carente del requisito di cui al comma 1, lettera a) dell'art. 38, d. lgs. n. 163 del 2006 e l'aggiudicazione in proprio favore, risultando la migliore offerta una volta che fosse stata rideterminata la soglia dell'anomalia.

3.- Il TAR Friuli-Venezia Giulia respingeva il ricorso sia *"per l'inidoneità della questione sollevata a riverberarsi sull'esito della gara, stante l'intervenuta cristallizzazione delle operazioni matematiche che hanno condotto alla individuazione della soglia di anomal"*, sia perché la dedotta causa di esclusione sarebbe intervenuta dopo la presentazione della domanda di partecipazione, sicché quanto autocertificato dalla ditta alla data di presentazione dell'offerta corrisponderebbe alla esatta realtà.

4.- La società CGS, con l'atto di appello in esame, ha impugnato la suddetta sentenza, chiedendone l'annullamento o la riforma con aggiudicazione della gara in proprio favore o, in via subordinata, la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno.

Essa appellante deduce i seguenti motivi:

1) errata valutazione degli elementi di fatto ed erronea ricostruzione sotto un profilo logico – giuridico, con riferimento all'impossibilità, secondo il TAR, di procedere ad un nuovo calcolo della soglia di anomalia in quanto con il taglio delle ali, si sarebbe cristallizzata la graduatoria;

2) errata valutazione e travisamento del contenuto dell'art. 48 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione dell'art. 71 del d.p.r. n. 445 del 2000; violazione degli artt. 11 e 12 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione degli obblighi di correttezza e lealtà nelle procedure di gara da parte di Friulana Bitumi; motivazione carente, illogica e contraddittoria;

3) violazione di legge; violazione ed erronea interpretazione dell'art. 86 del d. lgs. n. 163 del 2006; illogicità e contraddittorietà della motivazione;

4) violazione dell'art. 38, comma 1, lett. a) del d. lgs. n. 163 del 2006; difetto assoluto di motivazione.

La Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia, costituitasi in giudizio, ha censurato le tesi difensive, concludendo per il rigetto dell'appello.

La società Mingotti T. s.r.l., costituitasi in giudizio, ha chiesto il rigetto dell'appello.

Le parti hanno scambiato memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza dell'8 ottobre 2013, la causa è stata assunta in decisione.

5.- L'appello è infondato e va respinto.

5.1- L'appellante lamenta, in sostanza, la mancata esclusione dalla procedura negoziata indetta dalla Regione Friuli-Venezia Giulia per l'appalto dei lavori relativi alla "Sistemazione opera trasversale sul torrente Torre a valle della S.S. Palmarina" della Friulana Bitumi s.r.l., la cui esclusione avrebbe comportato un nuovo calcolo per l'individuazione della migliore offerta, con aggiudicazione a suo favore.

La causa ostativa alla partecipazione alla gara della Friulana Bitumi sarebbe nella richiesta da essa società presentata per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale di cui all'art. 186-*bis* della legge fallimentare (regio decreto n. 267 del 1942).

Tale deposito, a detta della società appellante, avrebbe determinato, in capo alla Friulana Bitumi, il venir meno del requisito di cui al citato art. 38, comma 1, lett. a) del d. lgs. n. 163 del 2006 e pertanto la sua offerta presentata per l'appalto di cui è causa non avrebbe potuto concorrere a determinare la media, secondo quanto previsto dall'art. 86, comma 1 del d. lgs. n. 163 del 2006 ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

La censura è infondata.

La disposizione dell'art. 38, comma 1 del d. lgs. n. 163 del 2006, come modificata dall'art. 33, comma 2, l. n. 134 del 2012, dispone "*Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né 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, salvo il caso di cui all'art. 186 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni*".

Di tali situazioni, non ne ricorreva alcuna al momento in cui la Friulana Bitumi ha presentato l'offerta, atteso che la domanda per l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, è stata presentata successivamente all'offerta, allorché l'impresa era *in bonis*, come, peraltro, attestato dal Tribunale Fallimentare.

Inoltre il legislatore della l. n. 134 del 2012 ha sottratto l'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale di cui all'art. 186-*bis* della legge fallimentare, dalle cause che determinano l'esclusione dell'impresa dalla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nonché dalla stipula dei contratti anche di subappalto.

5.2- Assume, invero, l'appellante che sarebbe fatto salvo dall'esclusione il concordato con continuità aziendale se ammesso, mentre nella fase antecedente che va dalla proposizione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo alla dichiarazione di ammissione, sarebbe precluso all'impresa di partecipare alla gara.

Questa tesi non può essere condivisa perché in contrasto con la riforma della legge fallimentare operata con il d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012.

Invero, con la riforma delle procedure concorsuali il legislatore si è posto come obiettivo quello di migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa disciplinati dalla legge fallimentare, superando le criticità emerse in sede applicativa e promuovendo l'emersione anticipata della difficoltà di adempimento dell'imprenditore.

L'opzione di fondo che ha orientato l'intervento è quello di incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che quella di assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevano.

Tale intento è espresso in maniera chiara nella Relazione illustrativa al disegno di legge per la conversione in l. del d.l. n. 83 del 2012, dalla quale risulta che tra i più gravi disincentivi al tempestivo accesso delle imprese in crisi alle procedure di concordato preventivo e ai procedimenti di omologazione degli accordi di ristrutturazione è stata individuata anche la mancanza di una disciplina specifica che faciliti il concordato con continuità aziendale, soprattutto prevedendo la continuazione dei contratti in corso.

Di qui la particolare attenzione prestata dall'ultima riforma della legge fallimentare al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione dei debiti, e l'introduzione di un nuovo istituto, quale il "concordato con continuità aziendale" ora disciplinato dall'art. 186-*bis* della legge fallimentare.

L'imprenditore, dunque, ai sensi di tale disposizione può presentare ricorso per concordato preventivo con continuità aziendale con le modalità di cui all'art. 161 della medesima legge fallimentare e depositare anche successivamente nei termini consentiti dalla legge un "*piano di concordato contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta*" che 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.

Tra gli effetti che si producono col deposito di tale domanda, tra gli altri, è previsto che i contratti in corso anche con pubbliche amministrazioni non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura e anche eventuali pattuizioni che prevedano tale effetto diventano inefficaci; l'ammissione al concordato non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista indipendente ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto di cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni esistenti sugli immobili.

Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di apertura della procedura, il debitore oltre gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, può compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili con la conseguenza che i fornitori hanno diritto di ricevere l'intero compenso delle forniture o delle prestazioni rese senza essere sottoposti agli effetti di potenziali azioni revocatorie.

L'ammissione al concordato non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara: a) una relazione di un professionista abilitato che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;

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 impegni 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.

Dunque, alla luce delle finalità della legge di riforma che ha quale obiettivo quello di guidare l'impresa oltre la crisi e ciò nell'interesse anche del mercato e degli stessi creditori, non trova spazio l'interpretazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 prospettata dalla società appellante che vorrebbe l'esclusione dalla gara di un'impresa che abbia presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, in base ad un'interpretazione estensiva della norma e ad un asserito effetto retroattivo della domanda di ammissione al concordato preventivo, ovvero a tempo antecedente la presentazione dell'istanza di ammissione (nel caso in esame l'offerta è stata presentata dalla società prima che fosse presentata la domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale).

Inibire all'impresa di partecipare alle gare per affidamento dei pubblici contratti nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato (periodo che potrebbe protrarsi anche per un semestre) palesemente confligge con la finalità della norma volta a preservare la capacità dell'impresa a soddisfare al meglio i creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti.

5.3- Assume ancora l'appellante che la partecipazione alle pubbliche gare di un'impresa con situazione di crisi aziendale emersa formalmente successivamente alla presentazione dell'offerta, in ragione della mancanza di solidità, possa minare, già dalle origini, la formulazione di un corretto ribasso d'asta e quindi la stessa *par condicio* dei concorrenti.

Tale timore nel caso è infondato, atteso che la Friulana Bitumi, legittimamente ammessa a presentare offerta, ha presentato un ribasso pari al 9,66%, ben più remunerativo di quello offerto dalla società appellante pari a 23,29% e quindi non può davvero ritenersi indice della propensione dell'impresa in crisi a praticare ribassi particolarmente elevati per aggiudicarsi il contratto.

5.4- In conclusione, deve ritenersi, che non sussisteva in capo alla Friulana Bitumi la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), atteso che l'offerta era stata presentata dalla società prima di avviare procedura di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale e che l'intervenuta esclusione dalla gara in forza del c.d. "taglio delle ali" ha esentato la società dal presentare la documentazione integrativa di cui all'art. 186-bis, comma 4, legge fallimentare.

Invero il punto di equilibrio tra la previsione dell'art. 38, comma 1, lett. a) e l'art. 186-bis della legge fallimentare va individuato nella possibilità dell'azienda in crisi che abbia chiesto l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale di concorrere alle gare e di acquisire le relative commesse, solo se in grado di fornire, qualora risulti aggiudicataria, ma comunque entro il momento dell'aggiudicazione definitiva, la documentazione prevista dall'art. 186-bis, comma 4 della legge fallimentare.

5.5- Quanto alla necessità di "*salvaguardare il diritto alla libera iniziativa economica privata*" è proprio l'interpretazione del combinato disposto di cui agli artt. 186-bis della legge fallimentare e 38 del codice dei contratti pubblici, prospettata dall'appellante, a palesarsi fortemente limitativa e discriminatoria del diritto alla libera iniziativa economica privata e in contrasto con l'art. 41 della Costituzione come interpretato da ultimo dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 46 del 13 marzo 2013, con la quale ha sancito che "*eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale*", che non sembrano ricorrere nel caso dell'impresa che chieda o sia ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale, il cui istituto tende proprio ad evitare che le

imprese in tale situazione escano dal mercato con danno per l'economia generale.

5.6- Quanto sin qui esposto sull'insussistenza a carico della Friulana Bitumi della causa di esclusione contestata dall'appellante, consente di prescindere dall'esaminare l'altro profilo evidenziato dal TAR relativo alla carenza di interesse concreto ed attuale della ricorrente a rimettere in gioco una procedura già definita.

Per le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto.

La novità delle questioni trattate consente di disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/12/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)