

Determina Autorità Nazionale Anticorruzione 8 aprile 2015, n. 5

Effetti della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e ss.mm.ii. (c.d. concordato "in bianco") sulla disciplina degli appalti pubblici.

Gazzetta Ufficiale 28/04/2015, n. 97

IL CONSIGLIO DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Nell'adunanza dell'8 aprile 2015,

1. Ritenuto in fatto.

L'Autorità, 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 continuità aziendale). In sintesi, la citata determinazione ha affrontato il tema delle novità introdotte dall'art. 33 «Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità 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 continuità 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 possibilità 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 continuità aziendale e non abbiano ancora ottenuto il decreto di ammissione e le imprese che risultino invece già ammesse al predetto concordato. In entrambi i casi, come è noto, a precise condizioni indicate dal richiamato art. 186-bis, è 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 continuità aziendale»;
3. concordato preventivo «in bianco».

Nella prima ipotesi si è evidenziato che alle imprese che non presentino domanda di ammissione al concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato «con continuità aziendale» sono preclusi non solo la partecipazione alle gare ma anche il conseguimento ed il rinnovo dell'attestazione di qualificazione.

Nella seconda, è stato rilevato come la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato «con continuità 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 -, ciò anche in presenza della sola domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità 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, è 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 continuità aziendale.

Con riferimento alla terza ipotesi, poiché 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 continuità aziendale, stante l'assenza di un piano.

Da ciò l'Autorità aveva desunto che tale ipotesi costituisca causa ostativa per la qualificazione nonché 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'Autorità è risultato, tuttavia, come sia prassi diffusa che le imprese, nel 99% dei casi, ricorrono alla domanda «in bianco», seppur finalizzata ad un concordato preventivo «con continuità aziendale» ex art. 186-bis della legge fallimentare.

Ciò posto, un'analisi accurata delle disposizioni di riferimento ed una lettura sistematica delle medesime inducono a ritenere possibile un'interpretazione che renda più facile il recupero della situazione di crisi da parte delle imprese; recupero da realizzarsi attraverso l'istituto del concordato preventivo con «continuità aziendale» anche nel caso di presentazione di ricorso «in bianco», a condizione che l'istanza presenti chiari ed inconfutabili effetti prenotativi del concordato con continuità aziendale. Ciò, beninteso, nel rispetto della piena legittimità dell'azione amministrativa in ordine alla persistenza della titolarità dei requisiti di qualificazione nonché 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 continuità 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 può 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 - è 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 può nominare il commissario giudiziale di cui all'art. 163, comma 2, n. 3.

Ne deriva che se la norma che consente il concordato con continuità 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 continuità aziendale, entro il termine stabilito dal giudice con decreto.

In altri termini, intanto il riferimento al parere del commissario giudiziale, in quella fase, può avere un senso normativo, in quanto si ammetta che la norma sopra citata, interpretata sistematicamente, si riferisca, implicitamente, alla possibilità che le imprese siano autorizzate alla partecipazione alla gara non solo in caso di presentazione della domanda di concordato preventivo con «continuità aziendale» ma anche in caso di presentazione della domanda di concordato «in bianco». È evidente che in quest'ultima ipotesi sarà, 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.

Ciò 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, è 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 continuità, la qualificazione posseduta (attestazione SOA); ciò, 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 possibilità di presentare domanda di concordato con continuità aziendale ai sensi dell'art. 161, comma 6 (id est «in bianco») è lo stesso art. 182-quinquies, seppur a diversi fini, vale a dire per ottenere autorizzazione al pagamento dei crediti anteriori.

Ma ciò che avvalorava la bontà dell'interpretazione appena prospettata è 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 continuità»), 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'attività di impresa, la stessa non può che essere interpretata restrittivamente;

ciò che induce a ritenere che, laddove venga presentata una domanda di concordato «in bianco» con effetti prenotativi di un concordato con continuità aziendale, non potrà 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 continuità aziendale, l'impresa non può 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), più 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, è prevista l'autorizzazione del Tribunale ed il parere del commissario giudiziale, che in questa fase può essere nominato solo in presenza di domanda di concordato «in bianco»), la domanda in sé non comporta né l'automatica decadenza dell'attestazione di qualificazione né la risoluzione di diritto dei contratti in corso, in quanto l'istituto ha la finalità 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 validità e dell'efficacia dell'attestazione di qualificazione è risolutivamente condizionata alla decisione del giudice che dovesse dichiarare inammissibile la proposta di concordato con continuità aziendale. A presidio della legittima partecipazione dell'impresa alla gara, inoltre, l'ordinamento ha previsto l'emanazione 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 è 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'attività 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 è 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 continuità aziendale; alla luce del giusto temperamento tra le esigenze di legittimità dell'azione amministrativa e la necessità di consentire, nel periodo di crisi attuale, l'effettivo recupero dell'attività alle imprese in difficoltà,

Determina

di modificare la determinazione dell'Autorità n. 3/2014, secondo le considerazioni espresse in diritto, al fine di evitare che le imprese in crisi si vedano preclusa la possibilità della continuità 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