



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5586 del 2019, proposto da CICCHETTI REMO E FIGLIO S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18 presso lo studio dell'avv. Laura Marras che la rappresenta e difende nel presente giudizio

contro

- ACEA S.P.A., in proprio e nella qualità di mandataria di ACEA ATO 2 S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale eletto presso l'avv. Andrea Grazzini del foro di Firenze che la rappresenta e difende nel presente giudizio;

- AGENZIA DELLE ENTRATE, in persona del legale rappresentante p.t., domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12 presso la Sede dell'Avvocatura Generale dello Stato che la rappresenta e difende nel presente giudizio;

nei confronti

IRCOP S.P.A. e CEBAT – COSTRUZIONI ELETTRICHE BASSA ALTA TENSIONE S.R.L., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., elettivamente domiciliate in Roma, via Emilia n. 88 presso lo studio degli avv.ti

Stefano Vinti, Corinna Fedeli e Luca Massatani che le rappresentano e difendono nel presente giudizio

per l'annullamento

dei seguenti atti:

- provvedimento prot. n. 2756 del 27.3.2019, con il quale Acea s.p.a. ha disposto l'estromissione dell'impresa cooptata Cicchetti Remo & Figlio s.r.l. dalla procedura aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro avente ad oggetto lavori di manutenzione reti e servizi del ciclo idrico integrato di ACEA ATO2 s.p.a.;
- relazione istruttoria del 19.3.2019, relativa alla procedura n. 880001047/EMA;
- certificato dell'Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale I di Roma – Ufficio Territoriale di Roma 1 - Trastevere prot. n. 883 del 30.1.2019;
- ogni ulteriore atto connesso,

e per l'accertamento

dell'idoneità dell'impresa cooptata Cicchetti Remo & Figlio s.r.l. a svolgere il ruolo di mandante cooptata e ad eseguire prestazioni nell'ambito dell'appalto per l'affidamento dell'Accordo Quadro

e la conseguente declaratoria di inefficacia

del contratto e/o dei subcontratti nella parte in cui prevedano una diversa impresa in qualità di cooptata del RTI Ircop/Cebat ovvero quale esecutrice dei lavori a qualsiasi titolo,

nonché per la condanna della stazione appaltante

al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli enti in epigrafe indicati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2019 il dott. Michelangelo Francavilla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 26/04/19 e depositato il 10/05/19 la Cicchetti Remo e Figlio s.r.l. ha impugnato il provvedimento prot. n. 2756 del 27.3.2019, con il quale Acea s.p.a. ha disposto l'estromissione dell'impresa cooptata ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro avente ad oggetto lavori di manutenzione reti e servizi del ciclo idrico integrato di ACEA ATO2 s.p.a., la relazione istruttoria del 19.3.2019, relativa alla procedura n. 880001047/EMA, il certificato dell'Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale I di Roma – Ufficio Territoriale di Roma 1 - Trastevere prot. n. 883 del 30.1.2019 e ogni ulteriore atto connesso ed ha chiesto l'accertamento dell'idoneità dell'impresa ricorrente a svolgere il ruolo di mandante cooptata e ad eseguire prestazioni nell'ambito dell'appalto per l'affidamento dell'Accordo Quadro e la conseguente declaratoria di inefficacia del contratto e/o dei subcontratti, nella parte in cui prevedano una diversa impresa in qualità di cooptata del RTI Ircop/Cebal ovvero quale esecutrice dei lavori a qualsiasi titolo, nonché la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

L'Acea s.p.a., costituitasi in giudizio anche in qualità di mandataria di Acea ATO 2 s.p.a. con comparsa depositata il 22/05/19, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con comparsa depositata il 05/06/19 si sono costituiti in giudizio la Ircop s.p.a. e la Cebal Costruzioni Bassa Alta Tensione s.r.l. facenti parte del raggruppamento che si è aggiudicato il lotto I che ha indicato quale impresa cooptata la Cicchetti Remo e Figlio s.r.l..

Con ordinanza n. 3511/19 del 04/06/19 il Tribunale ha preso atto della rinuncia alla domanda cautelare, proposta dalla ricorrente, ed ha fissato, per la definizione del giudizio, la pubblica udienza del 16/07/19.

Alla pubblica udienza del 16/07/19 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato e deve essere respinto il che consente di non esaminare le eccezioni pregiudiziali d'inammissibilità del ricorso sollevate dalla resistente Acea s.p.a..

La Cicchetti Remo e Figlio s.r.l. impugna il provvedimento prot. n. 2756 del 27.3.2019, con il quale Acea s.p.a. ha disposto l'estromissione dell'impresa cooptata ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro avente ad oggetto lavori di manutenzione reti e servizi del ciclo idrico integrato di ACEA ATO2 s.p.a., la relazione istruttoria del 19.3.2019, relativa alla procedura n. 880001047/EMA, il certificato dell'Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale I di Roma – Ufficio Territoriale di Roma 1 - Trastevere prot. n. 883 del 30.1.2019 e ogni ulteriore atto connesso e chiede l'accertamento dell'idoneità dell'impresa ricorrente a svolgere il ruolo di mandante cooptata e ad eseguire prestazioni nell'ambito dell'appalto per l'affidamento dell'Accordo Quadro e la conseguente declaratoria d'inefficacia del contratto e/o dei subcontratti, nella parte in cui prevedano una diversa impresa in qualità di cooptata del RTI Ircop/Cebal ovvero quale esecutrice dei lavori a qualsiasi titolo, nonché la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Dagli atti emerge che:

- con bando di gara pubblicato sulla GUUE il 22.6.2018, l'Acea s.p.a. ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro avente ad oggetto

lavori di manutenzione reti e servizi del ciclo idrico integrato nell'Ambito Integrato Ottimale della Provincia di Roma, denominato ACEA ATO2;

- la gara, suddivisa in tre lotti disomogenei, ha un valore complessivo stimato pari a € 225.000.000 e una durata di 36 mesi;

- alla gara ha partecipato, tra gli altri, il costituendo RTI composto da IRCOP S.p.A. mandataria con quota del 60%, CEBAT s.r.l. mandante con quota del 20% e Cicchetti Remo & Figlio s.r.l. mandante cooptata con quota del 20%;

- con provvedimento del 17.1.2019 Acea s.p.a. ha disposto l'aggiudicazione definitiva del Lotto I al costituendo RTI Ircop/Cebate/Cicchetti, il quale ha ottenuto il punteggio complessivo di 98,15/100 per un importo contrattuale pari a € 71.559.268,10;

- nel corso della procedura, in data 27/11/18 la Cicchetti Remo e Figlio s.r.l. ha presentato domanda di concordato "in bianco";

- all'esito delle verifiche, con provvedimento del 27/03/19 Acea s.p.a. ha disposto l'estromissione dalla procedura della Cicchetti Remo e Figlio s.r.l. ed il divieto di svolgere il ruolo di impresa cooptata ex art. 92 comma 2 d.p.r. n. 207/10 avendo riscontrato la mancanza dei requisiti di cui all'art. 80 d. lgs. n. 50/16 con particolare riferimento:

a) al comma 4 per l'esistenza di debiti tributari definitivamente accertati in relazione al mancato versamento della rata con scadenza al 31/10/18 e di quelle successive riferibili alla procedura di definizione agevolata delle pendenze tributarie alla quale è stata ammessa la ricorrente;

b) al comma 5 lettera b) per avere presentato, ai sensi dell'art. 161 comma 6 L.F., domanda di concordato "in bianco";

- in data 12.3.2019 il commissario giudiziale ha espresso parere positivo alla partecipazione alla procedura oggetto di causa;

- con provvedimento del 03/04/19 il Tribunale di Roma ha autorizzato la Cicchetti Remo & Figlio s.r.l. ad aderire al RTI per l'esecuzione dell'appalto oggetto di causa.

Con le prime due censure la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41, 97 e 117 Cost., 57 comma 4 direttiva 2014/24/CE, 1 e 3 l. n. 241/90, 80 comma 4 e 5 lettera b) e 110 d. lgs. n. 50/16, 161, 163, 167 e 186 bis r.d. n. 267/42 e 3 l. n. 241/90 ed eccesso di potere sotto vari profili in quanto non vi sarebbe incompatibilità tra la procedura fallimentare e la procedura ad evidenza pubblica, l'estromissione dalla gara sarebbe in contrasto con i principi di tutela della continuità aziendale, cui si ispirano le norme richiamate, gli artt. 80 e 110 d. lgs. n. 50/16 e 186 bis L.F. non consentirebbero l'esclusione nel caso di concordato "in bianco", come sarebbe comprovato dal provvedimento del 03/04/19 con cui il Tribunale di Roma, previa acquisizione del parere favorevole del commissario giudiziale, ha autorizzato la Cicchetti Remo & Figlio s.r.l. ad aderire al RTI per l'appalto oggetto di causa; in caso contrario, l'art. 80 comma 5 lettera b) d. lgs. n. 50/16 non sarebbe conforme alla Costituzione e al diritto comunitario.

Il motivo è infondato.

Dagli atti di causa emerge che in data 27/11/18 la Cicchetti Remo e Figlio a r.l. ha depositato al Tribunale di Roma istanza, ai sensi dell'art. 161 comma 6 L.F., di essere ammessa alla procedura di concordato preventivo "con riserva di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui al medesimo art. 161" e, per l'adempimento in esame, ha chiesto la fissazione del termine massimo; solo in data 10/06/19 la ricorrente ha presentato al Tribunale il piano e la proposta di concordato.

Secondo l'art. 161 L.F., ai fini dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo:

- “il debitore deve presentare con il ricorso:

- a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.
- e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore” (comma 2);

- “l'imprenditore può 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 entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni” (comma 6).

Tale ultima disposizione riguarda le ipotesi di c.d. concordato “in bianco” nel cui novero rientra la fattispecie oggetto di causa.

Il Tribunale ritiene che la presentazione della domanda di concordato “in bianco” comporti l'esclusione delle ricorrenti dalla gara.

Va, innanzi tutto, rilevato che, ai sensi dell'art. 80 comma 6 d. lgs. n. 50/16, i requisiti di ordine generale, previsti dall'articolo in esame, debbono essere posseduti dalla concorrente sin dalla presentazione della domanda di partecipazione alla gara e per tutto il periodo fino alla stipula del contratto (in

questo senso, con riferimento all'omogeneo testo di cui all'art. 38 d. lgs. n. 163/06, A.P. n. 8/15).

Secondo l'art. 80 comma 5 lettera b) d. lgs. n. 50/16, poi, nella versione applicabile *ratione temporis*, la stazione appaltante esclude dalla gara 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, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110".

Il tenore letterale della disposizione in esame riferisce esplicitamente l'eccezione, rispetto alla regola dell'esclusione di cui alla lettera b) dell'art. 80 d. lgs. n. 50/16, al solo caso in cui l'operatore "si trovi" in continuità aziendale e, quindi, sia stato già ammesso al concordato e non anche ai casi di "procedimenti in corso" e, quindi, in cui sia stata presentata la sola domanda di concordato "in bianco".

Nella stessa ottica l'art. 110 d. lgs. n. 50/16, sempre nella versione *ratione temporis* applicabile, stabilisce che:

"3. Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato possono:

- a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;
- b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale.

4. L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto. L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato.

5. L'ANAC, sentito il giudice delegato, può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa 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 nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione” nei casi ivi indicati.

Le disposizioni in esame, laddove prevedono, a determinate condizioni, la possibilità di partecipazione alle procedure di appalto, riguardano le sole imprese già ammesse al concordato come ivi espressamente specificato, e non anche l'ipotesi di concordato “in bianco”; alla medesima conclusione deve, in particolare, pervenirsi anche in relazione a quando disposto dal comma 5 il quale richiama il parere del giudice delegato che viene nominato solo dopo l'ammissione al concordato (art. 163 comma 2 n. 1 L.F.).

Del resto, la possibilità per l'impresa che ha presentato domanda di concordato “in bianco” di partecipare alla gara è esclusa dall'art. 161 comma 7 L.F. secondo cui “dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato”.

Dalla disposizione in esame risulta che il debitore in situazione di pre-concordato può porre in essere non tutti gli atti di amministrazione ma solo quelli urgenti e solo previa autorizzazione del Tribunale.

La limitazione del novero degli atti di straordinaria amministrazione che possono essere compiuti in questa fase è coerente con la peculiarità e la precarietà della fase stessa in cui nessuno è ancora in grado di conoscere il contenuto della proposta concordataria e del piano che saranno presentati e, addirittura, se sarà formulata una proposta di concordato definitiva.

Secondo la giurisprudenza la partecipazione ad una procedura selettiva per l'affidamento di un contratto di appalto pubblico, così come la permanenza all'interno della procedura stessa, laddove al momento dell'avvio non era stata presentata, da parte dell'operatore economico, alcuna domanda di "concordato in bianco", rientrano nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione, anche perché già solo la partecipazione alla procedura potrebbe ridurre ancor di più le opportunità di tutela dei creditori; ne consegue che l'istanza del debitore di ammissione al concordato preventivo "in bianco" (ovvero priva del piano, della proposta e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 L.F.) costituisce una condizione impeditiva alla partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche (Cons. Stato n. 3984/19; Cons. Stato n. 5966/18; Cons. Stato n. 3225/18).

Tale conclusione è, del resto, confermata dall'art. 186 bis L.F..

Va, innanzi tutto, rilevato che alla fattispecie non è *ratione temporis* applicabile il testo, oggi vigente, dell'art. 110 comma 4 d. lgs. n. 50/16, secondo cui "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. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto dall'articolo 163 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto", in quanto la disposizione in esame è stata introdotta solo con il d.

l. n. 32/2019 entrato in vigore in epoca successiva all'adozione del gravato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

In ogni caso, la norma richiede per la partecipazione alle procedure di gara l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto, nella fattispecie insussistente.

Per altro, quand'anche si volesse, per mera ipotesi, attribuire valenza interpretativa alla modifica normativa (il che è smentito dal fatto che la novità normativa richiede per la partecipazione un requisito nuovo, quale è l'avvalimento), ciò non toglie che il nuovo testo dell'art. 110 comma 4 d. lgs. n. 50/16 così come l'art. 186 bis comma 4 L.F. (il quale, nella versione vigente *ratione temporis*, stabilisce che "successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale"), debbano essere interpretati nel senso che la "partecipazione", ivi menzionata, riguarda le sole procedure che iniziano *ex novo* dopo la presentazione della domanda di concordato "in bianco" e non anche quelle in corso al momento del deposito della domanda stessa.

Depone in questo senso il disposto dell'art. 80 comma 6 d. lgs. n. 50/16, secondo cui, come già precisato, i requisiti di partecipazione debbono essere posseduti al momento della presentazione della domanda e dell'offerta e devono essere mantenuti fino alla stipula del contratto; la norma ha una valenza generale in quanto preordinata a tutelare il principio, di matrice comunitaria, della par condicio dei partecipanti alla gara di talchè la perdita del requisito, conseguente alla presentazione della domanda di concordato "in bianco", non può essere successivamente sanata con l'autorizzazione del tribunale.

Ciò posto, l'art. 186 bis L.F., nel consentire, a determinate condizioni, la possibilità per l'impresa di partecipare alle procedure di gara, riguarda le sole ipotesi in cui "il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la

prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione” e in cui il piano abbia i contenuti di cui al comma secondo lettere a) e c) della disposizione e sia accompagnato dalla relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma L.F. la quale “deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori” (art. 186 bis comma 2 lettera b L.F.).

L'art. 186 bis L.F., pertanto, presuppone l'avvenuta presentazione di un piano di concordato e della relazione del professionista che, invece, mancano nelle fattispecie di c.d. “concordato in bianco”, quale quella in esame; dalla memoria di replica depositata dalle ricorrenti il 21/06/19 risulta, infatti, che il piano di concordato è stato depositato solo il 10/06/19 e, quindi, in epoca di gran lunga successiva all'adozione del gravato provvedimento di esclusione dalla gara.

A ciò si aggiunga che:

- l'art. 186 bis comma 4 L.F., laddove prevede che “successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale” presuppone, comunque, in ragione di quanto detto, la preventiva presentazione di un piano di concordato e della relazione del professionista e, comunque, si applica alle ipotesi di partecipazione alle gare iniziate dopo la presentazione della domanda di concordato;
- l'art. 186 bis comma 5 L.F., nello stabilire che “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”, riguarda espressamente le imprese già ammesse al concordato. Per altro tale disposizione richiede anche l'autorizzazione del Tribunale e la presentazione di specifica documentazione (in questo senso Cons. Stato n. 5966/18; Cons. Stato n. 101/14; Cons. Stato n. 3344/14; Cons. Stato n. 6272/13), requisiti nella fattispecie mancanti nel momento in cui è stato adottato il provvedimento di esclusione;

- alla medesima conclusione deve pervenirsi per il comma 6 della medesima disposizione (“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”) come emerge dall'espressa clausola di salvezza del comma precedente, ivi presente, che ne sancisce l'identità del perimetro applicativo.

Per queste ragioni nemmeno l'art. 186 bis L.F. può essere utilmente invocato per legittimare la partecipazione alla gara dell'impresa che abbia presentato una domanda di concordato “in bianco”.

Quanto fin qui evidenziato induce a ritenere che la ricorrente non è in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, in conseguenza della domanda di concordato “in bianco” per la continuità aziendale presentata il 27/11/18, così come previsto

dagli artt. 80 comma 5 lettera b) d. lgs. n. 50/16 e 161 comma 7 L.F., e ciò a prescindere dalla preclusione dell'art. 186 bis comma 5 L.F., che, laddove vieta alla mandataria in concordato di partecipare alla procedura ad evidenza pubblica, come già precisato, riguarda "l'impresa in concordato" ovvero l'impresa già ammessa al concordato (Cons. Stato ord. n. 3938/19).

Sul punto va precisato che nel provvedimento impugnato la presentazione dell'istanza di concordato viene assunta quale presupposto dell'esclusione sotto due distinti profili e cioè:

- a) in ragione della mera presentazione dell'istanza di concordato "in bianco" quale condizione ex sé ostativa ai sensi degli artt. 80 comma 5 lettera b) d. lgs. n. 50/16 e 161 L.F.;
- b) in quanto, in riferimento a quanto previsto dall'art. 186 bis comma 6 L.F., l'impresa riveste il ruolo di mandataria del raggruppamento.

Tale ultimo aspetto, come già precisato, non è significativo ai fini dell'esclusione delle ricorrenti che, invece, è imposta dall'avvenuta presentazione della domanda di concordato "in bianco", che costituisce ragione sufficiente per l'estromissione dalla procedura.

Da ciò consegue, per altro, l'irrilevanza, ai fini della decisione del giudizio, della questione di legittimità costituzionale sollevata, in riferimento agli artt. 3, 41 e 97 Cost., dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 3938 del 12/06/19, avente ad oggetto l'art. 186-bis comma 6 L.F. nella parte in cui prevede che 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.

L'opzione ermeneutica seguita dal Collegio, nel ritenere ostativa alla partecipazione alla gara la presentazione di un'istanza di concordato "in bianco", è coerente con la normativa comunitaria.

In merito, va segnalato che con sentenza del 28/03/19 la Corte di Giustizia ha stabilito che:

- è conforme al diritto dell'Unione e soprattutto al principio di uguaglianza nella procedura di aggiudicazione di appalti pubblici per la legislazione nazionale escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico un operatore economico che ha presentato una domanda di «concordato in bianco» piuttosto che non escluderlo (paragrafo 48);
- inoltre, la situazione in cui detto operatore non s'impegna già, alla data in cui la decisione di esclusione è adottata, a procedere al concordato preventivo al fine di proseguire la sua attività non è paragonabile, con riguardo alla sua affidabilità economica, alla situazione di un operatore economico che s'impegna a tale data a proseguire la propria attività economica (paragrafo 49)
- l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente di escludere da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico un operatore economico che, alla data della decisione di esclusione, ha presentato un ricorso al fine di essere ammesso al concordato preventivo, riservandosi di presentare un piano che prevede la prosecuzione dell'attività (paragrafo 50).

Proprio la diversità (confermata dalla citata sentenza della Corte di Giustizia) delle situazioni che caratterizzano le due fasi, quella precedente e quella successiva all'ammissione al concordato, induce il Tribunale a ritenere inapplicabile alla fattispecie l'art. 3 Cost. e, quindi, a reputare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 80 comma 5 lettera b) d. lgs. n. 50/16, prospettata dalla ricorrente proprio in riferimento alla dedotta ingiustificata disparità di trattamento di due situazioni, a suo dire, omogenee.

Quanto fin qui evidenziato induce il Collegio a ritenere che il provvedimento del Tribunale di Roma del 03/04/19 sia stato emesso sulla base di un'interpretazione del quadro normativo che non può essere condivisa; per altro, l'autorizzazione del giudice civile ha esplicitamente ad oggetto la sola esecuzione del contratto e non anche la partecipazione alla gara.

Con la terza censura la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., 1 e 3 l. n. 241/90, 80 comma 4 d. lgs. n. 50/16 e 167, 168 e 182 quinquies L.F. ed eccesso di potere sotto vari profili in quanto la stazione appaltante avrebbe ritenuto esistente un debito tributario definitivamente accertato senza considerare la procedura di definizione agevolata alla quale la società sarebbe stata ammessa ed il fatto che, per le rate con scadenza in epoca successiva (per effetto della proroga disposta dal d.l. n. 119/18) al 27/11/18, data di presentazione della domanda di concordato, vi sarebbe stata un'impossibilità giuridica di procedere al pagamento proprio in considerazione dell'avvio della procedura di concordato; in quest'ottica, l'esponente richiama anche la disciplina prevista dall'art. 5 d.m. 30/01/15, applicabile ai debiti tributari, che considera l'impresa in situazione di regolarità fino alla pubblicazione del decreto di omologazione del concordato, ed evidenzia un'ingiustificata differenziazione tra la disciplina in esame e quella concernente i debiti contributivi.

Il motivo è inammissibile ed infondato.

Va, innanzi tutto, rilevato che l'infondatezza delle prime due censure comporta l'inammissibilità, per carenza d'interesse, del terzo motivo il cui accoglimento non potrebbe giammai comportare l'annullamento del provvedimento impugnato persistendo la causa ostativa alla partecipazione costituita dall'avvenuta presentazione della domanda di concordato "in bianco".

Con riferimento, poi, al merito della doglianza va rilevato che:

- la Cicchetti Remo e Figlio s.r.l., ai sensi degli artt. 6 d. l. n. 193/16 e 1 d. l. n. 148/17, ha presentato il 09/11/17 richiesta di definizione agevolata delle pendenze tributarie;
- con provvedimento del 14/06/18 l'Agencia delle entrate ha ammesso la società al beneficio consentendo il pagamento dilazionato con rate in scadenza dal 31/07/18 in poi (ultima rata con scadenza al 28/02/19);
- la ricorrente non ha provveduto al pagamento della rata con scadenza al 31/10/18.

Secondo l'art. 1 quater d.l. n. 50/17:

“1. I certificati di regolarità fiscale, compresi quelli per la partecipazione alle procedure di appalto di cui all'articolo 80, comma 4, del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel caso di definizione agevolata di debiti tributari ai sensi dell'articolo 6 del decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2016, n. 225, sono rilasciati a seguito della presentazione da parte del debitore della dichiarazione di volersene avvalere effettuata nei termini di cui al comma 2 dello stesso articolo 6 del decreto-legge n. 193 del 2016, limitatamente ai carichi definibili oggetto della dichiarazione stessa.

2. La regolarità fiscale viene meno dalla data di esclusione dalla procedura di definizione agevolata di cui all'articolo 6 del decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2016, n. 225, anche a seguito del mancato, insufficiente o tardivo versamento dell'unica rata ovvero di una di quelle in cui è stato dilazionato il pagamento delle somme dovute ai fini della predetta definizione”.

La disposizione da ultimo richiamata prevede che la regolarità fiscale cessa automaticamente con l'omesso versamento di una delle rate concordate con l'amministrazione finanziaria a seguito della richiesta di definizione agevolata dei carichi tributari.

Ne consegue che il mancato pagamento alla data del 31/10/18 e, comunque, alla data del 07/12/18 (in base alla proroga invocata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 3 comma 21 d. l. n. 119/18) integra la causa ostativa alla partecipazione alla gara prevista dall'art. 80 comma 4 d. lgs. n. 50/16 rilevante, ai sensi del comma 6 della medesima disposizione, in quanto sopravvenuta prima della stipula del contratto.

In senso contrario, non assume significatività quanto dedotto da parte ricorrente circa l'impossibilità giuridica di adempiere all'obbligazione tributaria in conseguenza della domanda di concordato in quanto la circostanza non è prevista come esimente dall'art. 80 d. lgs. n. 50/16 e costituisce evento riconducibile alla libera scelta della ricorrente di presentare la domanda di concordato "in bianco".

Inoltre, l'art. 5 d.m. del 30/01/15 non è idoneo parametro di legittimità della fattispecie se non altro perché la disposizione si applica al "caso di concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267", ipotesi che, come già precisato, non ricorre nel presente giudizio.

Per questi motivi il ricorso è infondato e deve esser respinto.

La ricorrente, in quanto soccombente, deve essere condannata al pagamento delle spese del presente giudizio il cui importo viene liquidato come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definendo il giudizio:

- 1) respinge il ricorso;
- 2) condanna la ricorrente a pagare, in favore delle parti resistenti, le spese del presente giudizio il cui importo si liquida, per ognuna delle predette parti, in euro quattromila/00, per compensi di avvocato, oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Fabio Mattei, Consigliere

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Michelangelo Francavilla

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO