

Concordato preventivo "in bianco" e partecipazione agli appalti pubblici.

giovedì 14 maggio 2015

Ultimo aggiornamento giovedì 14 maggio 2015

Di Giovanni Attilio De Martin. Nel riportare i contenuti della Determinazione del Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione 8 aprile 2015 n. 4 reputo di fare cosa gradita agli Amici del sito visto e considerato che, attesa la moltiplicazione (direi quasi esponenziale) delle Procedure Concorsuali di concordato preventivo (sia esso cc.dd. liquidatorio, cc.dd. "in continuità aziendale", ordinario oppure "in bianco" o "prenotativo") come previste dalla Legge Fallimentare, non risulta affatto inconsueto avere a che fare quotidianamente, o quasi, con detti istituti i quali fuoriescono dalla Nostra classica preparazione di Avvocati Amministrativisti. Ora, un tanto premesso e per entrare subito in medias res, va rilevato che il Consiglio della medesima Autorità, con precedente Determinazione n. 3 del 23 aprile 2014 aveva 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 pubblici) afferenti alle Procedure di concordato preventivo a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 186 bis della Legge Fallimentare (vale a dire la Procedura di concordato in continuità aziendale). In sintesi, la citata Determinazione del 2014 ha affrontato il tema delle novità introdotte dall'Art. 33 "Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale" del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese", convertito con modificazioni dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134. Il citato Art. 33 ha introdotto, infatti, l'Art. 186 bis al Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Legge Fallimentare), prevedendo l'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale, e ha modificato l'Art. 38, comma 1, lettera a) del Codice dei contratti pubblici, facendo espresso rinvio alla previsione dell'Art. 186 bis della L.F, 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 previa Determinazione del Consiglio dell'Autorità dell'anno 2014 aveva 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 L.F. è consentita la partecipazione dell'impresa alla gara d'appalto. La determinazione del 2014, inoltre, aveva affrontato specificamente i temi del regime di qualificazione delle imprese in ipotesi di: 1. concordato preventivo ordinario; 2. concordato preventivo cc.dd. "in continuità aziendale"; 3. concordato preventivo "in bianco" o "prenotativo". Nella prima ipotesi si era 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 ed agli appalti pubblici in genere ma anche il conseguimento ed il rinnovo dell'attestazione di qualificazione. Nella seconda fattispecie sopra indicata vale a dire la presentazione di una procedura concordataria in cc.dd. "in continuità aziendale", 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 e di cui l'attestato di qualificazione costituisce presupposto necessario e sufficiente e 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 attestata) o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione (per le imprese non attestata). 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 vale a dire la presentazione di una domanda di concordato "in bianco" (denominato anche "prenotativo"), poiché l'Art. 161, comma VI^a, 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 Delegato) la Determinazione n. 3/2014 aveva 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 IX^a ter del Codice dei contratti pubblici (decadenza dell'attestazione) per perdita del corrispondente requisito. Tuttavia, alcuni dati portati a conoscenza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione hanno dimostrato come sia prassi assai diffusa che le imprese, nel 99% dei casi, ricorrano alla domanda "in bianco", sia pure, se del caso, finalizzata ad un concordato preventivo "con continuità aziendale" ex Art. 186 bis della Legge Fallimentare. Ciò posto, nella Determinazione del Consiglio ANAC 8 aprile 2015, n. 4 si legge che un'analisi accurata delle disposizioni normative 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 "in 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. Scrive ancora il Consiglio dell'Autorità, ciò deve avvenire, 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. Per quanto concerne il modus operandi, la disposizione normativa relativa

al concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186 bis, comma IV[^], della Legge Fallimentare, che ammette la partecipazione a procedure di gara, fa espresso riferimento al parere del Commissario Giudiziale, se nominato; e 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 della Procedura Concorsuale, ex Art. 163, comma II[^], n. 3) della citata Legge Fallimentare – è quella del cc.dd. concordato "in bianco" di cui all'Art. 161, comma VI[^]. Secondo quest'ultima previsione, infatti, con Decreto motivato che fissa il termine di cui al primo periodo, il Tribunale Fallimentare può nominare il Commissario Giudiziale, di cui all'Art. 163, comma II[^], 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 VI[^], L.F.), con riserva di produrre ulteriore documentazione, ivi compreso il piano di continuità aziendale, entro il termine stabilito dal Giudice Fallimentare nel proprio 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, sia pure anche 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 cc.dd. "in bianco". È evidente che in quest'ultima ipotesi sarà, in ogni caso, il Giudice Fallimentare a valutare se autorizzare la suddetta partecipazione, sulla base dell'effetto effettivamente prenotativo della domanda in ordine alla futura presentazione del piano e verificando che sussistano le condizioni per consentire intanto la partecipazione medesima. Un tanto posto, continua l'Autorità tenuto conto che nei lavori condizione necessaria e sufficiente per partecipare a gare d'appalto, di importo superiore alla soglia degli € 150.000,00 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 "in bianco" 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 I[^], 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 VI[^] (ossia "in bianco") è lo stesso Art. 182 quinquies della Legge Fallimentare, 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 I[^], 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 - ad avviso dell'Autorità - 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 I[^], lett. a) dei Contratti Pubblici, 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 normativa del Codice dei contratti pubblici. Peraltro, la medesima giurisprudenza citata dall'ANAC (cfr., in terminis, Consiglio di Stato, Sez. 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 L.F. (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 risulta risolutivamente condizionata alla decisione del Giudice Fallimentare (Collegio) che dovesse dichiarare inammissibile la proposta di concordato con continuità aziendale. A presidio della legittima partecipazione dell'impresa alla gara, inoltre, l'Ordinamento Giuridico ha previsto l'emanazione di un provvedimento giurisdizionale ad hoc sotto forma di autorizzazione, preceduta dal parere del Commissario Giudiziale. Infine un breve accenno ai contratti in corso di esecuzione. Ad avviso del Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, come si legge nella Determinazione n. 4/2015, coerentemente rispetto a quanto precedentemente ritenuto, per le stesse motivazioni estrapolate dalla formulazione letterale dell'Art. 38, comma 1, lett. a) Codice dei contratti pubblici, 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 di concordato cc.dd. "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 essere con la Pubblica Amministrazione 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 II[^], del D.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207. Sulla base alle considerazioni sopra 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 contemperamento 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, il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha parzialmente modificato (in maniera assai importante), con la Deliberazione in oggetto n. 4 dell'8 aprile 2015 la propria previa Deliberazione n. 3 del 23 aprile 2014, secondo quanto specificamente sopra indicato. Preme sottolineare che il presente contributo riporta fedelmente i contenuti di quanto in disamina. Padova, lì 10.05.2015