

Publicato il 06/03/2023

N. 03736/2023 REG.PROV.COLL.
N. 13199/2022 REG.RIC.



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13199 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Leonardo s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Crisci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Commissario Straordinario per la Sicurezza Antisismica delle autostrade A24 e A25, Ministero dell'Economia e delle Finanze e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Sinelec s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Arturo Cancrini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Euroimpianti s.p.a. e Itinera s.p.a, non costituiti in giudizio;

Gruppo PSC s.p.a. ed Alpitel s.p.a., in persona dei rispettivi legali

rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Gianluca Maria Esposito e Valeria Ciervo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del decreto n. 15 del 28 settembre 2022 – notificato ai sensi dell'art. 76 d.lgs. 50/2016 in data 3 ottobre 2022 – con cui il Commissario Straordinario decretava l'aggiudicazione dell'appalto “*a favore della costituenda ATI SINELEC S.p.A. (Capogruppo Mandataria), ITINERA S.p.A. (Mandante), EUROIMPIANTI S.p.A. (Mandante), GRUPPO PSC S.p.A. (Mandante) e ALPITEL S.p.A. (Mandante)*”;

nonché ove necessario:

- del bando di gara, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- del disciplinare di gara e dei suoi allegati, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- del capitolato speciale d'appalto, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- dei verbali di gara, sconosciuti, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- del provvedimento con cui la s.a. ha dichiarato non anomala l'offerta del R.T.I. Sinelec, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- delle giustifiche depositate in gara dal R.T.I. Sinelec, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi inclusi tutti gli atti della procedura la cui ostensione, allo stato, non è stata ancora consentita al R.T.I. ricorrente;

nonché per la declaratoria di inefficacia dell'Accordo Quadro, nell'eventualità della sua sottoscrizione nelle more della decisione del presente giudizio, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 122 e ss. cod.proc.amm.;

e per la condanna a disporre il subentro del R.T.I. ricorrente nell'aggiudicazione e nel contratto, nonché, in subordine, delle Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno per equivalente ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 cod.proc.amm.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Leonardo s.p.a. il 22 dicembre 2022:

per l'annullamento:

- degli atti impugnati con il ricorso introduttivo alla luce degli ulteriori vizi emersi a seguito del riscontro all'istanza di accesso agli atti;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Commissario Straordinario per la Sicurezza Antisismica delle autostrade A24 e A25, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, di Sinelec s.p.a., di Gruppo PSC s.p.a. e di Alpitel s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2023 la dott.ssa Marianna Scali e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determina a contrarre del 22 dicembre 2021, il Commissario Straordinario per l'adeguamento e la messa in sicurezza antisismica delle autostrade A24 e A25 – nominato ex art. 206 co. 1 d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (di seguito anche solo Commissario straordinario) – indiceva una procedura di gara per l'affidamento, in forma di accordo quadro, della *“progettazione esecutiva e realizzazione dei sistemi SMART ROAD e MONITORAGGIO DINAMICO sulle autostrade A24-A25, comprensivi degli apparati tecnologico di telecomunicazione, degli impianti elettrici di distribuzione e alimentazione, degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti*

rinnovabili e degli impianti meccanici, nonché delle opere civili funzionali connesse (canalizzazioni, green island fabbricati tecnologici)”.

Il valore dell'accordo, posto a base di gara, era individuato in euro 230.129.150,00, di cui:

- euro 211.497.534,00 per lavori, al netto dell'importo inerente gli oneri per l'attuazione dei piani della sicurezza;
- euro 3.031.616,00 per progettazione;
- euro 15.600.000,00 per oneri per l'attuazione dei piani della Sicurezza non soggetti a ribasso d'asta.

L'affidamento era governato dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con previsione di un punteggio massimo di 80 punti per l'offerta tecnica e di 20 punti per l'offerta economica.

La gara è stata aggiudicata al R.T.I. con capogruppo mandataria Sinelec s.p.a. e con mandanti Itinera s.p.a., Euroimpianti s.p.a., PSC s.p.a. e Alpitel s.p.a. (di seguito anche solo A.T.I. Sinelec o Sinelec), il quale, con un punteggio “massimo” di 100 (80,00 per gli elementi tecnico temporali e 20,00 per gli elementi economici), è risultato primo in graduatoria.

In data 17 ottobre 2022, l'A.T.I. Leonardo s.p.a., seconda graduata (di seguito anche solo Leonardo s.p.a.), con un punteggio di 76,82 (71,22 per gli elementi tecnico temporali e 5,60 per gli elementi economici) ha presentato istanza di accesso agli atti di tutta la documentazione di gara e, segnatamente, della documentazione inerente la comunicazione delle possibili cause escludenti risultanti dalla consultazione dei registri pubblici.

L'accesso veniva concesso ed espletato in data 14 novembre 2022.

2. Con il presente gravame Leonardo s.p.a. agisce al fine di ottenere l'esclusione del R.T.I. Sinelec dalla gara, chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in suo favore, nonché di tutti gli atti presupposti e conseguenti, al fine del proprio subentro nella posizione di prima graduata e, dunque, nella stipula dell'accordo quadro.

3. A fondamento del gravame, come integrato dall'atto di motivi aggiunti, Leonardo s.p.a. ha fatto valere i seguenti motivi di ricorso:

1) *“A. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ART. 80 CO. 5 E 6 D. LGS. 50/2016. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ART. 110 D. LGS. 50/2016. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ART. 186 BIS R.D. 267/1942. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE D. LGS. 14/2019. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE 5 E DIFETTO ISTRUTTORIO. ECCESSO DI POTERE PER MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA ED INCONGRUITÀ. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DEI PRESUPPOSTI E TRAVISAMENTO DEI FATTI. SVIAMENTO.”;*

2) *“B. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ART. 80 CO. 5 E 6 D. LGS. 50/2016. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ART. 110 D. LGS. 50/2016. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ART. 186 BIS R.D. 267/1942. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE D. LGS. 14/2019. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE E DIFETTO ISTRUTTORIO. ECCESSO DI POTERE PER MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA ED INCONGRUITÀ. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DEI PRESUPPOSTI E TRAVISAMENTO DEI FATTI. SVIAMENTO.”;*

3) *“C. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ART. 80 CO. 5 E 6 D. LGS. 50/2016. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ART. 110 D. LGS. 50/2016. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ARTT. 161 E 186 BIS R.D. 267/1942. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE D. LGS. 14/2019. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE 4 E DIFETTO ISTRUTTORIO. ECCESSO DI POTERE PER MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA ED INCONGRUITÀ. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DEI PRESUPPOSTI E TRAVISAMENTO DEI FATTI. SVIAMENTO.”;*

4) “*D. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ART. 80 CO. 5 E 6 D. LGS. 50/2016. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ART. 110 D. LGS. 50/2016. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ARTT. 161 E 186 BIS R.D. 267/1942. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE D. LGS. 14/2019. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE 12 E DIFETTO ISTRUTTORIO. ECCESSO DI POTERE PER MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA ED INCONGRUITÀ. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DEI PRESUPPOSTI E TRAVISAMENTO DEI FATTI. SVIAMENTO*”.

4. Il Commissario Straordinario, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ed il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, quali amministrazioni resistenti, nonché Sinelec s.p.a., gruppo PSC s.p.a. (di seguito anche solo PSC) e Alpitel s.p.a., in qualità di controinteressati, si sono costituiti per resistere al ricorso, articolando eccezioni in rito e difese nel merito.

5. Nel corso della camera di consiglio del 22 novembre 2022 parte ricorrente ha chiesto di rinviare al merito l'esame dell'istanza cautelare.

6. All'esito dell'udienza pubblica del 22 febbraio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Il ricorso è infondato. Ciò esime il Collegio, per ragioni di sintesi, dal motivare in ordine alle ragioni di infondatezza delle eccezioni in rito sollevate da PSC s.p.a. e da Sinelec s.p.a..

8. In premessa allo scrutinio dei motivi di ricorso è opportuno preliminarmente ricostruire il quadro normativo di riferimento applicabile *ratione temporis*.

8.1. L'art. 80, lett. b) del comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 (di seguito anche solo “codice dei contratti pubblici”), nella formulazione vigente alla data di pubblicazione del bando, prevede quale causa di esclusione dalla gara la sottoposizione a fallimento od il trovarsi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o l'essere in corso 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'.

Tale disposizione, dunque, stabilisce, quale regola generale, l'incompatibilità tra partecipazione a bandi per l'affidamento dei contratti pubblici e sottoposizione a procedura concorsuale, ma prevede una specifica deroga per l'ipotesi di concordato con continuità aziendale.

Tale istituto è disciplinato dall'articolo 186-bis del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (di seguito anche solo legge fallimentare), il quale dispone quanto segue:

- 1) l'impresa in crisi può presentare una domanda di concordato sensi dell'art. 161, del citato R.D., contenente un piano di risanamento e di liquidazione dei creditori, da sottoporre al Tribunale fallimentare;
- 2) *“Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 161 la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato”* (186-bis, comma 4).

Nel caso di specie, viene in rilievo, più specificatamente, il concordato con continuità aziendale “in bianco” o con riserva di presentazione della domanda di concordato per continuità aziendale, la cui disciplina è ricavabile dal combinato disposto tra l'articolo 161, comma 6 ed il citato articolo 186-bis della legge fallimentare. Attraverso tale istituto l'imprenditore può depositare un ricorso contenente una domanda di concordato, riservandosi di procrastinare di sessanta o centoventi giorni la presentazione del piano e della proposta di concordato, così da anticipare i tempi dell'emersione della crisi, ma avendo uno spazio maggiore per elaborare una via d'uscita dalla stessa, e nel frattempo beneficiare degli effetti “protettivi” previsti dall'art. 168 della legge fallimentare nei confronti delle iniziative di terzi, con la possibilità di compiere atti di ordinaria amministrazione e anche, purché urgenti, di straordinaria amministrazione su autorizzazione del tribunale, come anche di assicurare la prededuzione ai nuovi creditori.

L'art. 161, comma 6, del R.D. 267/1942, in particolare, prevede la possibilità che il tribunale – nel fissare il termine entro il quale l'imprenditore deve presentare la proposta e il piano di concordato nonché depositare la documentazione - nomini subito un commissario giudiziale affinché vigili sull'impresa nel tempo, che potrebbe anche essere non breve, compreso tra la presentazione della domanda di concordato e l'ammissione alla procedura.

A tale ipotesi è espressamente riferito l'articolo 110, comma 4, del codice dei contratti pubblici il quale dispone che alle imprese che hanno depositato domanda di concordato con riserva si applichi l'articolo 186 bis della legge fallimentare.

Il concordato in bianco, dunque, ai fini della partecipazione alla gara, gode dell'analogo trattamento di "favore" previsto per il concordato con continuità aziendale.

Dal suesposto quadro normativo emerge come la regola generale dell'incompatibilità tra procedure concorsuali e procedure ad evidenza pubblica subisca un'eccezione per l'ipotesi del concordato preventivo con continuità aziendale, nel vigore del quale si consente all'impresa di partecipare alle procedure di gara, a determinate condizioni. E ciò in coerenza con la finalità recuperatoria che connota l'istituto, che sarebbe frustrata dalla sanzione espulsiva prevista dalla prima parte della richiamata lettera b), del comma 5, dell'articolo 80 del codice dei contratti pubblici.

Come ha chiarito la Corte Costituzionale con la sentenza 7 maggio 2022, n. 85, il combinato disposto tra la legge fallimentare (art. 186-bis) e le norme di raccordo contenute nel d.lgs. 50/2016, è *"frutto del complesso bilanciamento operato dal legislatore tra l'interesse della stazione appaltante al corretto e puntuale adempimento della prestazione affidata nella particolare ipotesi del contratto concluso con un'impresa, e l'interesse al superamento della crisi dell'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale, da perseguire anche attraverso la partecipazione dell'impresa stessa alle*

procedure di affidamento dei contratti pubblici al fine della migliore soddisfazione dei creditori”.

8.2. È doveroso inoltre ricordare che il tema delle interferenze tra il concordato preventivo con continuità aziendale, in particolare nella versione del concordato in bianco o con riserva o pre-concordato e le vicende dei contratti pubblici, con specifico riferimento alla fase dell'evidenza pubblica, è stato oggetto di due recenti pronunce dell'Adunanza plenaria (n. 9 e 11 del 27 maggio 2021).

In particolare, all'Adunanza Plenaria, per quel che interessa il presente decidere, erano stati posti i seguenti quesiti:

- *“Se la presentazione di un’istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare (r.d. n. 267/1942) debba ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell’ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale”;*
“in quale fase della procedura di affidamento l’autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedura e dell’aggiudicazione della gara”.

Tali pronunce, all’esito di una puntuale ricostruzione dell’istituto del concordato con “riserva”, del quale hanno sottolineato la funzione prenotativa della domanda di concordato, hanno formulato i seguenti principi di diritto:

“a) la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva, ai sensi dell’art. 161, comma 6, legge fallimentare non integra una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, essendo rimesso in primo luogo al giudice fallimentare in sede di rilascio dell’autorizzazione di cui all’art. 186-bis, comma 4, e al quale l’operatore che ha chiesto il concordato si deve tempestivamente rivolgere fornendo all’uopo

le informazioni necessarie, valutare la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale”;

b) la partecipazione alle gare pubbliche è dal legislatore considerata, a seguito del deposito della domanda di concordato anche in bianco o con riserva, come un atto che deve essere comunque autorizzato dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato, ai sensi dell’art. 186-bis, comma 4, da ultimo richiamato anche dagli articoli 80 e 110 del codice dei contratti; a tali fini l’operatore che presenta domanda di concordato in bianco o con riserva è tenuto a richiedere senza indugio l’autorizzazione, anche qualora sia già partecipante alla gara, e ad informarne prontamente la stazione appaltante ;

c) l’autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell’aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l’impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale” (A.P. 9 e 11 del 2021).

In relazione al momento in cui debba intervenire l’autorizzazione la Plenaria, con le citate Adunanze, ha chiarito che *“resta ferma la possibilità per la stazione appaltante di valutare, nel singolo caso concreto se un’autorizzazione tardiva, ma pur sempre sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto o di concessione, possa avere efficacia integrativa o sanante”*.

Tale impostazione è stata confermata anche dalla giurisprudenza successiva, la quale ha avuto modo di precisare che l’ultimo termine utile per ottenere l’autorizzazione alla partecipazione della gara è rappresentato dalla stipulazione del contratto, dovendosi evitare che *“il ritardo nel rilascio dell’autorizzazione del tribunale si ripercuota sui tempi di definizione o conclusione del procedimento di affidamento dell’appalto, nel caso concreto tale pregiudizio non si è concretizzato, poiché - come si è veduto - il decreto*

del tribunale è intervenuto dopo l'aggiudicazione ma in tempo utile per la stipula del contratto.” (Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 2078 del 22 marzo 2022).

8.3. Venendo al caso di specie, quanto alle tempistiche e le interferenze tra la procedura di concordato e quella di evidenza pubblica risulta quanto segue:

- in data 17 giugno 2022 la Gruppo PSC ha presentato domanda di concordato in bianco presso il Tribunale di Lagonegro;
- in data 23 giugno 2022 il Tribunale di Lagonegro ha assegnato i termini per la presentazione del piano;
- in data 3 ottobre 2022 veniva comunicato il decreto n. 15 del 28 settembre 2022 di aggiudicazione della gara;
- in data 26 ottobre 2022 PSC presentava l'istanza di autorizzazione ex art. 186 bis l. fallimentare;
- l'autorizzazione veniva concessa in data 3 novembre 2022 dal Tribunale di Lagonegro;
- in data 16 dicembre 2022 è stato stipulato l'accordo quadro.

9. Così premessa la cornice giuridica e fattuale di riferimento, in ordine ai motivi di ricorso si osserva quanto segue.

Sul ricorso introduttivo

9.1. Con il primo motivo di ricorso, Leonardo s.p.a. sostiene che *«la mandante Gruppo PSC S.p.A. risulta aver presentato domanda di ammissione al concordato “in bianco” ai sensi dell’art. 161 co. 6 l. falli. Domanda allo stato – per quanto consta – non ancora conclusa con l’ammissione della società alla richiesta procedura” (p. 5 ricorso) e per questa ragione avrebbe perso i requisiti generali per partecipare alla gara; di conseguenza, l’aggiudicazione dovrebbe essere annullata».*

A tal fine parte ricorrente invoca la previsione di cui all'articolo 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016, che, come visto, commina la sanzione espulsiva ai soggetti sottoposti a procedura concorsuale.

L'ATI Leonardo, nello specifico, sostiene che la presentazione della domanda di concordato “*in bianco*” in corso di gara sarebbe segno di “*incertezza assoluta*” sulla capacità della mandante di adempiere ai propri obblighi contrattuali, e per ciò stesso motivo di automatica esclusione dalla gara.

La censura è infondata.

Quanto osservato da parte ricorrente con il presente motivo, difatti, si scontra con il quadro normativo richiamato al precedente punto 8.2., per come interpretato dalle citate pronunce “gemelle” dell'Adunanza Plenaria, i cui principi di diritto affermano testualmente l'inesistenza di un automatismo espulsivo a carico dell'impresa che presenti un'istanza di concordato preventivo; e ciò, in ragione della condivisibile esigenza di conciliare il ricorso all'istituto del concordato con continuità aziendale, anche nella sua versione “in bianco” con il principio di massima partecipazione alle gare pubbliche (il punto di equilibrio tra tali esigenze viene rinvenuto nell'autorizzazione concessa a tal fine dal tribunale fallimentare).

Ne deriva l'infondatezza del primo motivo di ricorso, in applicazione dei principi affermati dalle Adunanze Plenarie n. 9 e 11 richiamate in precedenza.

9.2. Con il secondo motivo, parte ricorrente lamenta che la mancata esclusione del RTI Sinelec si ponga in violazione del comma 6 dell'art. 186-bis cit., a mente del quale “*Fermo quanto previsto dal comma precedente l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purchè non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale*”.

Invero, secondo la prospettazione di parte ricorrente:

- solo un'impresa già ammessa al concordato in continuità potrebbe associarsi in RTI al fine di partecipare a una gara, mentre il PSC s.p.a. (di seguito anche solo PSC), al momento della presentazione della domanda di gara, non era stata ancora ammessa al concordato avendo solo presentato una istanza “prenotativa”;

- anche un'altra mandante del RTI (la Alpitel) si troverebbe in concordato.

Il motivo è infondato in entrambe le sue articolazioni.

Deve anzitutto evidenziarsi che la possibilità per le imprese che abbiano presentato domanda di concordato con continuità aziendale di partecipare alla gara non si configura, come sembra intendere parte ricorrente, quale ipotesi eccezionale, essendo, viceversa, contemplata in via generale dall'art. 186-bis, comma 4 della legge fallimentare laddove prevede che: *“Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 161, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato”*. Tale conclusione, del resto, è confermata dai principi espressi nelle citate Adunanze Plenarie, le quali hanno affermato l'indubbia capacità a contrarre anche delle imprese che abbiano presentato domanda prenotativa e ottenuto, come la PSC, l'autorizzazione del tribunale fallimentare.

In secondo luogo, va sottolineato che l'articolo 186-bis, comma 4, diversamente da quanto ipotizza parte ricorrente, non pone alcun divieto alle imprese che abbiano concorso in forma di RTI di presentare domanda di concordato in continuità aziendale, ma, al contrario ammette tale possibilità in via generale alle condizioni previste dal comma 5 della medesima disposizione, prevedendo, tuttavia, le seguenti eccezioni:

- 1) l'impresa mandataria non deve essere in concordato;
- 2) le altre imprese aderenti al raggruppamento non devono essere assoggettate ad altre procedure concorsuali.

Nel caso di specie non ricorre né l'una né l'altra condizione, in quanto l'impresa che ha presentato istanza di concordato in bianco è la mandante e non la mandataria e le altre imprese costituenti il R.T.I. non sono assoggettate a procedura concorsuale. La mandante Alpitel, il cui capitale appartiene (peraltro indirettamente) a PSC, ha infatti richiesto soltanto l'applicazione delle misure protettive previste dal codice della crisi d'impresa. Senonché,

l'accesso a tali misure non equivale affatto a una procedura concorsuale, risultando al contrario la loro applicazione finalizzata a salvaguardare *“il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, anche prima dell'accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza”*, e quindi a scongiurare la sottoposizione al concordato o ad altre procedure concorsuali.

In ogni caso, in assenza di norme che prevedano l'automatica e indiscriminata estensione dello stato di crisi di una singola impresa anche alle altre riconducibili al medesimo gruppo societario, o che considerino la richiesta di applicazione delle misure protettive rilevante ai fini dell'applicazione di cui al citato articolo 80, comma 5, lett. b) ne deriva l'assoluta ininfluenza dell'assetto proprietario della Alpitel e delle misure di protezione dalla stessa richieste, ai fini dell'operatività della clausola di esclusione invocata dalla ricorrente. Tanto, in applicazione del principio di tipicità delle cause di esclusione, che osta ad interpretazioni estensive o analogiche (tra le molte cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 9415 del 31 ottobre 2022: *“le norme di legge...che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato dell'Unione Europea”* (T.a.r. Lazio, sez. II, 4 febbraio 2022, n. 1318)”).

Stante quando precede, anche il secondo motivo di ricorso va respinto.

Sull'atto di motivi aggiunti

9.3. Con il primo motivo dell'atto dei motivi aggiunti parte ricorrente, dopo aver rimarcato la non condivisione dei principi espressi dalle citate Adunanza Plenaria, in *“adesione all'orientamento più rigido e restrittivo, per il quale la sola apertura del pre-concordato in sede di gara costituisce causa oggettiva ed immediata di esclusione ai sensi dell'art. 80 co. 5 let. b) d. lgs. 50/2016”*, ha comunque affermato la loro inapplicabilità al caso di specie, stanti:

- l'asserita tardività della presentazione della richiesta di autorizzazione;
- l'asserita tardività con cui PSC ha comunicato alla stazione appaltante la presentazione di una domanda di concordato in bianco.

A supporto di tal conclusione parte ricorrente richiama il seguente passaggio motivazione dell'Adunanza Plenaria: *“Sebbene la legge non indichi un termine ad hoc per la presentazione di una tale istanza (di autorizzazione), è del tutto ragionevole ritenere che, secondo un elementare canone di buona fede in senso oggettivo, l'istanza debba essere presentata senza indugio, anche per acquisire quanto prima l'autorizzazione ed essere - per quanto si dirà - nella condizione utile di poterla trasmettere alla stazione appaltante con la procedura ad evidenza pubblica ancora in corso. In casi di questo tipo, il richiamo alla buona fede, e agli obblighi di protezione che ne discendono nel corso delle trattative e della formazione del contratto (cfr. AP n. 5/2018), vale anche a ritenere che della avvenuta presentazione della domanda di concordato ai sensi dell'art. 161, comma 6, l'operatore debba mettere prontamente a conoscenza la stazione appaltante, trattandosi di un'informazione rilevante, ancorché la domanda di concordato sia pubblicata nel registro delle imprese e sia quindi in linea di principio conoscibile”* (Cons. Stato, Ad. Plen., 9 e 11 del 2021).

Dall'esame di siffatto passaggio motivazionale delle citate adunanze plenarie, parte ricorrente fa derivare le seguenti conclusioni:

- *«La continuità dei requisiti di partecipazione, dunque, è garantita da un comportamento proattivo della concorrente che, conscia della posizione deve:*
- *comunicare immediatamente la situazione di pre-concordato, in ossequio al principio del clare loqui; - attivarsi “senza indugio” a richiedere l'autorizzazione alla prosecuzione della gara»* (p. 5 atto di motivi aggiunti);
- *«istanza di autorizzazione, proprio in ossequio alla locuzione “senza indugio” utilizzata dall'Assise Plenaria, DEVE obbligatoriamente essere presentata dalla concorrente PRIMA dell'aggiudicazione».*

È opinione del Collegio che l'interpretazione proposta da parte ricorrente, nella misura in cui fa derivare dalla affermata "tardività" della presentazione dell'istanza in discussione l'impossibilità per l'impresa di beneficiare dell'autorizzazione del Tribunale alla partecipazione alla gara, non possa essere condivisa per le considerazioni che seguono.

Deve, anzitutto, evidenziarsi che né la legge fallimentare né il codice dei contratti pubblici prevedono un termine perentorio per la presentazione della richiesta di autorizzazione. Del resto la stessa Adunanza Plenaria, quando afferma che la richiesta di autorizzazione debba avvenire "senza indugio", lo fa, come si evince dalla lettura dell'intera motivazione del provvedimento (cui si rinvia per ragioni di sintesi), nella prospettiva di poter acquisire quanto prima l'autorizzazione del Tribunale da trasmettere alla stazione appaltante. A ben vedere, quindi, ciò che l'Adunanza Plenaria sembra considerare decisivo è il momento in cui interviene l'autorizzazione alla partecipazione alla procedura e, rispetto ad esso, quello della presentazione dell'istanza assume significato solo "strumentale" in quanto funzionale all'ottenimento "in tempo utile" dell'autorizzazione. La circostanza che il concorrente non si attivi immediatamente per presentare l'istanza di autorizzazione, dunque, non è elemento idoneo, di per sé, ad inficiare la validità dell'autorizzazione ottenuta, quanto piuttosto una circostanza che espone l'operatore economico al rischio di ottenerla in tempi non compatibili con una celere definizione della gara e per la stipula del contratto. Ciò che, nel caso di specie, pacificamente non è avvenuto, anche considerato che l'autorizzazione, secondo quanto rappresentato dalla stazione appaltante (p. 4 della memoria e depositata in data 4 febbraio 2023) è intervenuta in fase di pendenza di verifica dei requisiti ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dunque, a procedura ancora in corso.

Sotto altro profilo, la circostanza che le richiamate pronunce, in luogo di stabilire un termine fisso, abbiano utilizzato la locuzione "senza indugio" non può che significare che, a giudizio dell'Adunanza Plenaria, sia opportuno

riservare alla stazione appaltante un margine di apprezzamento in ordine alla valutazione della tempestività o meno della richiesta di autorizzazione. Sempre in quest'ottica deve leggersi l'affermazione contenuta in entrambe le predette adunanze che *“resta ferma la possibilità per la stazione appaltante di valutare, nel singolo caso concreto se un'autorizzazione tardiva, ma pur sempre sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto o di concessione, possa avere efficacia integrativa o sanante”*.

Una volta stabilito che spetta alla stazione appaltante valutare se un'autorizzazione tardiva (ma pur sempre sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto) *“possa avere efficacia integrativa o sanante la partecipazione alla gara”*, e che, parimenti, spetta a quest'ultima valutare se l'istanza di autorizzazione sia stata presentata *“senza indugio”*, ne deriva la piana inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 80 co. 5, lett. b) prima parte del d.lgs. n. 50 del 2016 al caso di specie. Siffatta disposizione, difatti, come chiarito in premessa, configura un'ipotesi esclusione *“obbligata”*, incompatibile, quindi, con il tipo di valutazione che la s.a. è chiamata ad effettuare quando deve valutare la tempestività o meno dell'autorizzazione rispetto alle tempistiche di conclusione della gara.

Ad accedere alla tesi della Leonardo s.p.a., d'altro canto, si finirebbe per tramutare il dato meramente formale dell'asserita *“tardiva”* presentazione della richiesta di autorizzazione in una surrettizia causa di esclusione priva di appigli normativi; e ciò con i seguenti deprecabili effetti di: giustificare l'estromissione di un concorrente che, in forza dell'autorizzazione ex art. 186-bis, non ha mai perso i requisiti di partecipazione, invalidare la decisione del giudice fallimentare finalizzata alla tutela dell'impresa e dei suoi creditori, eludere l'inderogabile principio di tassatività delle cause di esclusione.

Infine, in senso contrario alla correttezza della conclusione di parte ricorrente secondo cui l'autorizzazione non avrebbe sanato la partecipazione alla gara depone la circostanza che l'effetto prenotativo della presentazione della domanda di concordato con continuità aziendale risale all'epoca in cui è

proposto il ricorso ex art. 161, comma 6, l. fall. e non a quello in cui è richiesta l'autorizzazione a partecipare alla gara. Se così non fosse, difatti, si avrebbe un'inevitabile perdita di continuità dei requisiti di partecipazione alla gara ogni qual volta viene presentata un'istanza di concordato con continuità aziendale, circostanza, viceversa, esclusa dell'Adunanza Plenaria, in linea con il dettato normativo di riferimento.

Ne derivano i seguenti importanti corollari:

- la deroga al divieto di partecipazione a procedure di affidamento per imprese sottoposte a procedure concorsuali ex art. 80, comma 5, lett. b) del codice dei contratti pubblici opera a partire dalla data di proposizione del ricorso ex art. 161, comma 6, l. fall. (Cass. civ. I, 29 maggio 2019, n. 14713);
- l'autorizzazione del Tribunale, pena la vanificazione dell'effetto prenotativo, retroagisce alla data di proposizione della domanda di concordato con continuità aziendale (in tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1328) e non a quella in cui è stata presentata l'istanza di autorizzazione alla partecipazione alla gara.

9.4. L'aver rilevato che spetta alla stazione appaltante, nell'ambito della sua discrezionalità, valutare la tempestività dell'autorizzazione del Tribunale fallimentare rispetto alle tempistiche di conclusione della gara, rende evidente come parte ricorrente, per supportare una richiesta di annullamento degli atti impugnati, avrebbe dovuto formulare censure specificamente volte a dimostrare l'abnormità nella scelta dell'Amministrazione di mantener ferma l'aggiudicazione al RTI Sinelec. Siffatto onere, tuttavia, non è stato assolto, essendosi la linea difensiva di parte ricorrente limitata all'affermazione dell'esistenza di un automatismo espulsivo, nel caso di specie, per quanto chiarito, insussistente.

A fini di completezza espositiva occorre comunque precisare che l'esame degli atti di causa non ha fatto emergere profili di abnormità nelle valutazioni del Commissario straordinario, anche considerati i seguenti elementi:

- non risulta che le tempistiche di richiesta dell'autorizzazione abbiano arrecato alcun pregiudizio alla regolare conclusione della procedura, considerato il dato, oggettivo, per cui l'autorizzazione è intervenuta in tempo utile per la stipula dell'accordo quadro (cfr. pure Cons. Stato, n. 2078/2022, cit., che ha ritenuto il fatto oggettivo del rilascio dell'autorizzazione in tempo utile per la stipula del contratto, idoneo a escludere che ripercussioni negative *“sui tempi di definizione o conclusione del procedimento di affidamento dell'appalto”*).

- il Tribunale di Lagonegro ha motivato ampiamente in ordine alla compatibilità della partecipazione alla gara in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale, in ciò dunque ritenendo la Società solida a sufficienza da poter portare a termine la commessa.

In relazione a tale ultimo profilo va anche evidenziato che, diversamente da quanto sostenuto dalla parte ricorrente (cfr. pag. 8 dei motivi aggiunti), l'autorizzazione del 3 novembre 2022 ha avuto lo specifico effetto di convalidare *ex tunc* – e dunque con funzione di ratifica alla partecipazione alla gara - la sussistenza dei requisiti generali in capo a PSC, essendo state specificamente autorizzate sia la partecipazione alla gara sia la stipula dei *“relativi contratti di appalto”*. Né rileva, in senso contrario a quanto appena esposto, che di ratifica non si parli nella parte dispositiva ma *“solo”* in quella motiva del provvedimento autorizzatorio del Tribunale (in cui si specifica che essa rappresenta *“la convalida di un impegno precedentemente assunto e conclusivo di un percorso adeguatamente vagliato dalla stazione appaltante che ha provveduto, sulla base dei profili delle imprese partecipanti all'A.T.I. a decretare l'aggiudicazione della commessa”*). Si deve, infatti, preferire alla formalistica interpretazione proposta dalla parte ricorrente, una lettura sostanziale del provvedimento autorizzatorio, precipuamente volto a consentire alla Società l'aggiudicazione della presente commessa; il che, all'evidenza, postula che la stessa sia autorizzata anche alla pregressa partecipazione della gara.

Alla luce delle suesposte considerazioni anche il primo atto dei motivi aggiunti va respinto.

9.5. Parte ricorrente, con il secondo atto dei motivi aggiunti predica la necessità dell'esclusione del raggruppamento perché, a suo dire, lo “stato di pre-insolvenza” della mandante non sarebbe stato reso noto al Commissario (cfr. i motivi aggiunti, pagg. 12 ss.) e ciò configurerebbe un grave illecito professionale, sub specie di omissione di informazioni rilevanti o false ex articolo 80, lett. c-bis e f-bis del comma 5 dell'art. 80 d.lgs. 50/2016.

Ai fini dello scrutinio della censura, deve anzitutto rimarcarsi in punto di fatto che PSC, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non era sottoposta alla procedura di concordato (e tantomeno aveva presentato ricorso ex articolo 161, legge fallimentale), di talché deve ritenersi infondata la pretesa violazione dell'art. 80, comma 5, lettere c bis) - f bis), del codice dei contratti pubblici ove fanno riferimento alla “falsa dichiarazione”.

Deve poi, a fini di completezza, evidenziarsi che, secondo quanto rappresentato dall'Amministrazione, l'intervenuta ammissione al concordato “con riserva” è stata rappresentata da PSC in data 5 settembre 2022 e dunque in un momento antecedente all'aggiudicazione, di talché non sarebbe configurabile nemmeno un'omissione informativa.

L'Amministrazione, in particolare, rileva che *«Gruppo PSC aveva peraltro inoltrato al Commissario Straordinario il provvedimento di ammissione al concordato in data 5 settembre 2022 (doc. 8), ben prima dell'avvenuta aggiudicazione del 28 settembre 2022. Dalla sequenza temporale dei fatti emerge, come ricordato, che la mandante della costituenda ATI aggiudicataria ha presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo nella fase finale della procedura di gara, ossia “a ridosso” dell'adozione del procedimento di aggiudicazione. Questa circostanza, una volta conosciuta dal Commissario, è stata comunque tenuta in considerazione nella pendenza della fase di verifica della sussistenza dei requisiti – poi conclusasi positivamente per il RTI aggiudicatario – ed in*

attesa della conclusione della quale l'efficacia del decreto di aggiudicazione è subordinato. Dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, ma sempre nella pendenza della verifica, la mandante dell'ATI controinteressata ha ottenuto l'autorizzazione del Tribunale fallimentare alla stipula del contratto pubblico. Occorre inoltre ricordare che non solo, al momento della presentazione dell'offerta, PSC non era in concordato e perciò era in pieno possesso di tutti i requisiti, ma, anche dopo aver proposto domanda di concordato in continuità, essa ha ricevuto l'autorizzazione del Tribunale a partecipare alla gara e ad eseguire il contratto, e pertanto ha conservato il pieno possesso dei requisiti previsti dalla legge». (p. 3 memoria depositata in data 4 febbraio 2023).

A dimostrazione di ciò, l'Amministrazione deposita in giudizio una nota, datata 5 settembre 2022, ed indirizzata al Commissario straordinario, in cui effettivamente si comunica che: *“la Società Gruppo PSC Spa ha depositato, in data 16.06.2022, presso il Tribunale di Lagonegro, ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art. 161 co. 6 L. Fall., ed in data 23.06.2022 è stata ammessa, con decreto di assegnazione termini per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui al predetto articolo, alla suddetta procedura concorsuale (...)”*.

Orbene, pur non potendosi ritenere – in linea con quanto correttamente evidenziato da parte ricorrente - che tale produzione documentale sia idonea a dimostrare che PSC abbia comunicato alla stazione appaltante la proposizione dell'istanza di concordato nella data del 5 settembre 2022 (tale documento non solo non è firmato e non ha data ma non c'è prova della sua trasmissione al Commissario straordinario), depongono nel senso dell'infondatezza della presente doglianza le seguenti considerazioni.

È pacifico dagli atti di causa che PSC abbia informato, in pendenza della fase di verifica dei requisiti, e quindi prima della stipula dell'accordo quadro, il Commissario straordinario sia della presentazione della domanda di

concordato in bianco e che dell'istanza di autorizzazione di partecipazione alla gara, nonché dell'accoglimento di siffatta richiesta da parte del Tribunale.

Il fatto che l'Amministrazione abbia deciso di concludere l'accordo quadro consapevole di tali circostanze dimostra che la stessa abbia considerato non intempestive le predette comunicazioni e non ostative alla stipula dell'accordo quadro le vicende ad esse sottese.

Al riguardo occorre evidenziare che, secondo i noti principi affermati dall'Adunanza Plenaria, 28 agosto 2020, n.16, l'omissione informativa, di per sé, non determina alcun automatismo espulsivo, essendo rimessa alla stazione appaltante la valutazione in ordine alla rilevanza del contegno omissivo.

Orbene, se pur è vero che nelle citate Adunanze Plenarie n. 9 e 11 del 2021, si afferma che la proposizione di una domanda di ammissione al concordato preventivo sia un'informazione rilevante, deve però rimarcarsi che in siffatte pronunce si puntualizza significativamente che si tratta di informazione comunque conoscibile in linea di principio dalla stazione appaltante perché evincibile dal registro delle imprese e che qualora fosse omessa tale informazione valuterà la stazione appaltante l'incidenza di una condotta reticente, senza automatismi (cfr. 9.3 della presente sentenza dove sono richiamati i corrispondenti passaggi dell'Adunanza Plenaria).

Ebbene nel caso di specie, il Commissario straordinario, nel procedere alla stipula dell'accordo quadro, ha dimostrato di ritenere che l'omissione informativa in contestazione non abbia posto in discussione la fiducia riposta nell'esecuzione dell'accordo quadro da parte del RTI aggiudicatario, e segnatamente di PSC; e rispetto a tale valutazione, le censure di parte ricorrente non hanno fatto emergere alcun vizio di macroscopica illogicità, irragionevolezza o erroneità, che giustificino il richiesto sindacato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentenza 14 giugno 2022, n. 4831 secondo cui *“Relativamente al giudizio svolto dalla stazione appaltante operano i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare il punto di rottura*

dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente; limiti che non escludono in radice il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione").

Supporta tale conclusioni la già più volte richiamata sentenza n. 2078/2022 del Consiglio di Stato, la quale ha avuto modo di precisare che anche un effettivo ritardo nella comunicazione della presentazione della domanda “in bianco”, non riveste “*il valore di una omissione dichiarativa idonea ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera c-bis), del codice dei contratti*”.

Alla luce delle suesposte considerazioni il presente ricorso va respinto.

9.6. Il rigetto delle censure sin qui analizzate conferma la legittimità dell'aggiudicazione a favore del RTI Senelec nell'attuale composizione. Ciò che esime il Collegio dall'esaminare l'ulteriore questione, pure posta dalle parti negli scritti difensivi, se in caso di estromissione della mandante e sua sostituzione “interna” con i membri superstiti l'ATI sarebbe in possesso dei necessari requisiti di partecipazione ai sensi dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici così come interpretato dalle citate Plenarie nn. 10/2021 e 2/2022.

10. Per ciò che attiene all'istanza cautelare, il cui esame è stato rinviato al merito, oltre a rilevarsi il difetto di *fumus boni iuris*, per quanto sin qui detto, occorre inoltre evidenziare il difetto del requisito del *periculum in mora*. Difatti la considerazione della natura della procedura (accordo quadro di durata quadriennale) e del suo oggetto - realizzazione di lavori di messa in sicurezza sismica, con risorse finanziate dal PNRR – avrebbe comunque indotto, nel bilanciamento tra le contrapposte esigenze cautelari, a ritenere prevalente quello alla realizzazione dell'opera pubblica.

11. La complessità della questione trattata giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Marianna Scali, Referendario, Estensore

Giuseppe Grauso, Referendario

L'ESTENSORE

Marianna Scali

IL PRESIDENTE

Roberto Politi

IL SEGRETARIO