

Pubblicato il 20/03/2023

N. 00286/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00016/2023 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 la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 16 del 2023, proposto da Nigro & C. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Giovannelli, Mauro Giovannelli, Francesca Bevilacqua e Luca Giagnoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio degli stessi in Firenze, corso Italia 2;

contro

Azienda U.s.l. Toscana Centro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Federigi e Liliana Molesti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

NBI S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni e Leonardo Frattesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della delibera/determina n. 2708 del 02.12.2022 del Direttore Generale dell'Azienda USL Toscana Centro di aggiudicazione, in favore di NBI Spa, della gara di affidamento dei “lavori per realizzazione di un nuovo corpo di fabbrica a servizio del nuovo Ospedale Santo Stefano di Prato per la realizzazione di circa ulteriori 100 posti letto – CUP 37H17000370005 – CIG 9359157CAC” e della comunicazione di aggiudicazione inviata all'odierna ricorrente;
- di tutti i verbali di gara, relativi sia alle operazioni dell'Organismo di verifica della documentazione amministrativa che all'attività della Commissione Giudicatrice, e quindi alle sedute pubbliche del 19.09.2022 e del 20.09.2022 (All. A del provvedimento di aggiudicazione), alla seduta pubblica del 23.9.2022 (All. B, al provvedimento di aggiudicazione), alle sedute riservate del 29.09.2022, 04.10.2022 e 10.10.2022 e relativo allegato (All. B al provvedimento di aggiudicazione) e alla seduta pubblica del 13.10.2022 e relativo allegato (All. B al provvedimento di aggiudicazione), limitatamente alle parti in cui ammettono (e/o approvano l'ammissione) e/o comunque non escludono (e/o approvano la non esclusione) di NBI Spa dalla richiamata selezione, valutano (e/o approvano la valutazione de) l'offerta dalla medesima presentata, le attribuiscono il punteggio (e/o approvano l'attribuzione del punteggio), inseriscono la controinteressata in graduatoria, valutano la congruità dell'offerta da essa presentata ed infine formulano la proposta di aggiudicazione in suo favore;
- della determina dirigenziale n. 2019 del 20.09.2022 con cui il Direttore della SOC Appalti e supporto amministrativo-Dipartimento Area Tecnica dell'Azienda USL Toscana Centro ha approvato l'elenco degli ammessi alla gara limitatamente alla parte in cui include in esso NBI Spa;
- della graduatoria approvata dall'Amministrazione resistente, limitatamente alla parte in cui classifica al primo posto NBI Spa, anziché escluderlo e/o classificarlo al secondo posto;

- della nota del 24.10.2022 (All. D al provvedimento di aggiudicazione) con cui il RUP ha effettuato la verifica di congruità dell'offerta presentata da NBI Spa senza ritenerla anomala e formulato la proposta di aggiudicazione in favore della controinteressata;
- della Relazione del RUP del 14.11.2022 (All. E al provvedimento di aggiudicazione) con cui sono state positivamente effettuate la verifica dell'idoneità tecnico professionale dell'aggiudicataria e la verifica del costo della manodopera indicato da NBI Spa, ritenuto congruo;
- del disciplinare di gara, limitatamente alla parte in cui prevede (al paragrafo 17.1, lett. a) e b), doc. 2, p. 49 e ss.) la riparametrazione dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica e (al paragrafo 17.2, doc. 2, p. 51) la valutazione dell'offerta economica secondo il metodo non lineare, quadratico con coefficiente α 0,50 e la conseguente formula di attribuzione del punteggio;
- della determina dirigenziale n. 2021 del 20.9.2022 di nomina della commissione giudicatrice;
- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ancorché incognito, ivi compresi la relazione del RUP del 28.11.2022 (All. C al provvedimento di aggiudicazione) e tutti gli atti (non conosciuti) dei sub-procedimenti di verifica di congruità dell'offerta avanzata dalla NBI S.p.a. e di verifica sul possesso dei requisiti di cui all'art. 80 D. Lgs. 50/2016;
- nonché la dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione (ove eventualmente medio tempore intervenuta).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Usl Toscana Centro e di Nbi S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 marzo 2023 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nigro & C. Costruzioni S.r.l. ha partecipato alla procedura aperta indetta dall'Azienda U.s.l. Toscana Centro, con bando pubblicato il 12 agosto 2022, per l'affidamento dei lavori di costruzione di un nuovo corpo di fabbrica a servizio dell'Ospedale Santo Stefano di Prato.

La base d'asta era fissata nell'importo di 19.385.955,53 euro, I.V.A. esclusa.

Alla procedura ha partecipato un solo altro concorrente, NBI S.p.a., impresa in concordato preventivo con continuità aziendale omologato dal Tribunale di Roma con decreto del 9 ottobre 2020.

In esito alla valutazione delle offerte tecniche, la stazione appaltante ha attribuito il punteggio massimo di 70 a NBI, contro i 48,07 punti di Nigro Costruzioni, la quale ha conseguito invece il miglior punteggio per l'offerta economica, a fronte di un ribasso del 12,71%.

La graduatoria finale, in virtù della sommatoria dei punteggi, ha visto NBI collocarsi al primo posto con 83,76 punti complessivi. Nigro Costruzioni, seconda, ha ottenuto 78,07 punti. È seguita, da parte del R.U.P., la proposta di aggiudicazione in favore dell'odierna controinteressata.

Nigro Costruzioni ha quindi presentato un'istanza per denunciare asseriti vizi del procedimento e sollecitare l'annullamento in autotutela del disciplinare di gara, con contestuale richiesta di accesso agli atti.

Con provvedimento del 2 dicembre 2022, l'Azienda U.s.l. ha aggiudicato l'appalto a NBI S.p.a..

1.1. L'aggiudicazione è impugnata da Nigro Costruzioni, che ne chiede l'annullamento sulla scorta di sei motivi in diritto.

Resistono all'impugnazione la stazione appaltante e l'aggiudicataria.

1.2. Nella camera di consiglio del 24 gennaio 2023, il collegio ha respinto la domanda cautelare formulata dalla ricorrente con l'atto introduttivo del giudizio.

1.3. Nel merito, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 1 marzo 2023, preceduta dallo scambio fra le parti di memorie difensive e repliche.

2. È impugnata l'aggiudicazione della procedura indetta dall'Azienda U.s.l. Toscana Centro per l'appalto dei lavori di costruzione di un nuovo corpo di fabbrica dell'Ospedale Santo Stefano di Prato, disposta in favore della controinteressata NBI S.p.a..

L'illustrazione dei motivi di ricorso e delle difese sarà contenuta nei limiti imposti dal rispetto del principio di sinteticità (artt. 3 e 120 co. 6 c.p.a.) e dalla rilevanza delle questioni.

2.1. Con il primo motivo è dedotta la violazione dell'art. 80 co. 5 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016.

NBI ha dichiarato, nel proprio DGUE, di trovarsi in concordato preventivo con continuità aziendale, ma di non necessitare di autorizzazione del giudice delegato ai fini della partecipazione alla gara, stante la già intervenuta omologa del concordato. Nondimeno, "anche nell'interesse della stazione appaltante", essa ha allegato alla propria offerta l'asseverazione di un professionista attestante la conformità dell'appalto al piano concordatario e la ragionevole capacità dell'impresa di adempiere al contratto.

La ricorrente Nigro Costruzioni lamenta che, in disparte la necessità o meno dell'autorizzazione, la U.s.l. Toscana Centro avrebbe ammesso la controinteressata alla gara senza in alcun modo verificarne l'effettiva capacità di adempimento. La normativa di riferimento andrebbe rinvenuta nel d.lgs. n. 14/2019 ("*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*") e nelle modifiche da esso apportate al d.lgs. n. 50/2016: in particolare, l'ammissione delle imprese in stato di crisi alle procedure di affidamento di contratti pubblici sarebbe subordinata alle due condizioni cumulativamente previste dall'art. 95 co. 3 e 4 del predetto d.lgs. n. 14/2019, vale a dire l'autorizzazione del Tribunale competente e il deposito della relazione di un professionista

indipendente attestante la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto.

Ad avviso della ricorrente, mentre i più recenti orientamenti della giurisprudenza sembrerebbero non reputare essenziale il requisito dell'autorizzazione, l'attestazione della capacità del concorrente di adempiere al contratto sarebbe indispensabile anche nella fase successiva all'omologazione del concordato preventivo, non configurandosi alcuna cesura tra la fase concorsuale del concordato e quella della sua esecuzione. Di conseguenza, la stazione appaltante avrebbe il dovere non soltanto di accertare l'esistenza della relazione sottoscritta dal professionista indipendente, ma anche di esaminarne il contenuto onde verificare la coerenza, con il piano concordatario, degli impegni connessi all'eventuale aggiudicazione del contratto e la loro sostenibilità da parte dell'impresa in situazione di crisi, ancorché in regime di continuità aziendale.

L'Azienda U.s.l. Toscana Centro, all'opposto, non avrebbe neppure esaminato il contenuto della relazione prodotta dal NBI a corredo dell'offerta. Se lo avesse fatto, si sarebbe avveduta dell'erroneità e infondatezza delle conclusioni raggiunte dal professionista, a partire dalla mancata considerazione del ribasso percentuale offerto in gara, che porterebbe i margini di redditività della commessa al di sotto della percentuale minima occorrente per assicurare la rispondenza dell'operazione al piano concordatario e la sua sostenibilità finanziaria.

Con la memoria *ex art. 73 c.p.a.*, Nigro Costruzioni reitera le proprie doglianze alla luce della documentazione prodotta in giudizio dall'Azienda sanitaria, dalla quale emergerebbe la forte situazione debitoria di NBI, per di più sottoposta al rischio di un pesante aggravio stante la condanna al pagamento di oltre 19 milioni di euro riportata all'esito di un contenzioso civile (più specificamente si riferisce a detta condanna il terzo motivo di ricorso, su cui *infra*).

Aggiunge la ricorrente che la mancata considerazione del rischio connesso alla pendenza di detta condanna, senza l'accantonamento di somme a copertura del pagamento, integrerebbe la violazione dell'art. 80 co. 5 lett. c-*bis*) del d.lgs. n. 50/2016, per avere NBI fornito informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

In ogni caso, sarebbe confermata l'inattendibilità della relazione asseverata prodotta in gara dall'aggiudicataria, che risulterebbe affetta da lacune e omissioni gravi, evidenziate dal parere del professionista incaricato dalla ricorrente, in atti.

Replica l'Azienda U.s.l. che, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, la procedura concordataria avrebbe termine con l'omologa del concordato, intervenuta la quale l'impresa in concordato con continuità aziendale non necessiterebbe di ulteriori autorizzazioni del giudice delegato o del tribunale, essendo il ruolo di quest'ultimo limitato al controllo dell'attività tramite il commissario giudiziale.

A sua volta, la controinteressata afferma che il piano e la proposta concordatari, omologati dal Tribunale di Roma nel 2020, espressamente consentirebbero anche l'acquisizione di nuove commesse e la partecipazione a gare per l'aggiudicazione di contratti. Posto che la partecipazione alla gara sarebbe, pertanto, conforme al piano e sottoposta unicamente al controllo del commissario giudiziale, la presentazione della relazione asseverata redatta da un professionista, finalizzata ad attestare la coerenza con il piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto, avrebbe un valore meramente cautelativo.

NBI, con la propria memoria di replica, eccepisce inoltre l'inammissibilità delle doglianze inerenti la pretesa violazione dell'art. 80 co. 5 lett. c-*bis*) d.lgs. n. 50/2016 e la mancata acquisizione dell'autorizzazione del Tribunale fallimentare, tardivamente introdotte in giudizio dalla ricorrente, nonché dei

rilievi inerenti la pretesa inattendibilità della relazione asseverata da essa prodotta in gara, nella misura in cui non coincidono con le critiche svolte in seno al primo motivo di ricorso.

2.1.1. Il motivo è infondato.

In primo luogo, occorre circoscrivere l'esatto perimetro della censura che, per come proposta con il ricorso, non include alcun riferimento alla violazione dell'art. 80 co. 5 lett. c-*bis*) del d.lgs. n. 50/2016, profilo introdotto solo con la memoria difensiva depositata ai sensi dell'art. 73 c.p.a. e del quale non si terrà pertanto conto.

È altresì vero che le ragioni dell'impugnativa non afferiscono al fatto che NBI abbia partecipato alla gara senza munirsi di autorizzazione giudiziale, ma esclusivamente al mancato esame, da parte della stazione appaltante, della relazione asseverata a corredo dell'offerta della controinteressata, nonché all'inidoneità di detta relazione a dimostrare la coerenza della partecipazione alla gara di appalto con il piano concordatario di NBI e la capacità di quest'ultima di eseguire il contratto. Tuttavia, il tema dell'autorizzazione dovrà essere giocoforza affrontato perché inscindibilmente associato a quello del deposito della relazione sottoscritta da un professionista indipendente.

Tanto premesso, l'art. 80 co. 5 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, nel testo introdotto dall'art. 372 co. 1 lett. b) del Codice della crisi d'impresa, approvato, con d.lgs. n. 14/2019, stabilisce che le stazioni appaltanti escludono dalla procedura l'operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo, o nei cui confronti sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, *“fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n.155 e dall'articolo 110”*.

L'art. 110 dello stesso d.lgs. n. 50/2016 rinvia parimenti all'art. 95 del Codice della crisi d'impresa, che, per quanto qui interessa, al comma terzo prevede

che *“Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 40, 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”*, e, al comma quarto, che *“L'autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto”*.

Nigro Costruzioni sostiene che, ai sensi dell'art. 95 cit., la partecipazione a procedure di appalto pubblico delle imprese in concordato preventivo sarebbe sottoposta a due condizioni cumulative, il conseguimento dell'autorizzazione del giudice e il deposito della relazione attestante la conformità dell'iniziativa al piano concordatario e la capacità di adempimento del contratto.

L'affermazione è senz'altro condivisibile per le imprese che si trovino nella fase successiva *“al deposito della domanda di cui all'art. 40”*, rinvio che identifica la disciplina del procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale.

Dopo il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo, e fino al decreto di apertura del concordato, il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, mancando la quale gli atti compiuti sono inefficaci. Successivamente al decreto di apertura e fino all'omologazione, sull'istanza di autorizzazione provvede il giudice delegato (art. 46 d.lgs. n. 14/2019).

Il combinato disposto delle norme appena richiamate chiarisce che l'autorizzazione del giudice è necessaria per tutto il periodo compreso tra la presentazione della domanda di accesso al concordato e fino all'omologazione. Conferma se ne trae dal successivo art. 94, che disciplina gli effetti della presentazione della domanda di concordato. Correlativamente, ai fini della partecipazione a gare pubbliche di appalto, l'autorizzazione deve

essere preceduta dal deposito della relazione sottoscritta dal professionista indipendente, ai sensi dell'art. 95 co. 3 e 4 del medesimo d.lgs. n. 14/2019.

La procedura di concordato preventivo si chiude con la sentenza di omologazione, che segna l'inizio della fase di esecuzione del concordato, sotto la sorveglianza del commissario giudiziale. Questi deve riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori e, qualora rilevi che il debitore non sta provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta, o ne sta ritardando il compimento, deve senza indugio riferirne al Tribunale. Il Tribunale, sentito il debitore, può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti e può procedere alla nomina di un amministratore giudiziario affinché compia gli atti necessari a dare esecuzione alla proposta omologata (art. 118 d.lgs. n. 14/2019).

Dopo l'omologazione, e salvo che non intervengano la risoluzione o l'annullamento del concordato, viene meno l'esigenza dell'autorizzazione al compimento degli atti di straordinaria amministrazione e quella richiesta dall'art. 95, la cui necessità costituisce, come detto, uno degli effetti della presentazione della domanda di concordato. L'impresa è restituita alla disponibilità del debitore, tenuto all'adempimento degli obblighi assunti con la proposta concordataria e soggetto alla sorveglianza del commissario, mentre i poteri del giudice si spostano sul versante dei rimedi previsti per il caso di inosservanza di quegli obblighi.

D'altro canto, la continuità aziendale serve a tutelare l'interesse dei creditori ed a preservare, nella misura possibile, i posti di lavoro (art. 84 co. 2 d.lgs. n. 14/2019), richiedendo comunque il voto favorevole dei creditori o il superamento degli eventuali dissensi secondo la disciplina all'uopo stabilita (art. 112 d.lgs. n. 14/2019). E il piano di concordato, oggetto dell'omologa, consta di un piano industriale che deve contenere l'indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, nonché l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi

attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente. Il piano deve essere inoltre accompagnato dalla relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità e fattibilità dello stesso e, in caso di continuità aziendale, la sua idoneità a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale (art. 87 d.lgs. n. 14/2019).

A fugare ogni dubbio circa la non necessità dell'autorizzazione giudiziale, dopo l'omologa, è la previsione secondo cui la sentenza di omologazione chiude la procedura di concordato preventivo, determinando la cessazione del regime di amministrazione previsto nel corso della procedura, come già chiarito dalla stessa giurisprudenza civile invocata dalla ricorrente, pronunciata con riguardo alla disciplina dettata dal R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare). La circostanza che l'esecuzione del concordato preventivo non rappresenti una fase a sé stante rispetto a quella che l'ha preceduta sta a significare che il debitore deve conformare il proprio operato al conseguimento degli obiettivi prefigurati nel piano concordatario omologato, ma non che la sua attività continui a essere sottoposta al medesimo regime previsto durante il corso della procedura di concordato, oramai conclusa (cfr. Cass. civ., sez. VI, 4 febbraio 2021, n. 2656; id., sez. I, 10 gennaio 2018, n. 380).

Se così è, gli artt. 80 co. 5 lett. b) e 110 co. 4 d.lgs. n. 50/2016 vanno intesi nel senso che, per le imprese in stato di concordato preventivo con continuità aziendale, la partecipazione all'affidamento di pubbliche commesse è subordinata all'autorizzazione del giudice soltanto se non sia ancora intervenuta l'omologa del concordato. Dopo l'omologa, l'autorizzazione non occorre, come non occorre che la partecipazione sia accompagnata dal deposito della relazione di un professionista indipendente attestante la

conformità al piano concordatario e la capacità dell'impresa di adempiere al contratto, che, nel sistema delineato dall'art. 95 co. 3 e 4 del d.lgs. n. 14/2019, costituisce appunto il presupposto dell'autorizzazione.

Che la necessità dell'autorizzazione del giudice e la presupposta relazione indipendente si collochi nella sola fase che intercorre fra la presentazione della domanda di concordato preventivo e l'omologa del concordato trova conferma, oltre che dalla collocazione della norma nella sezione dedicata agli *“Effetti della presentazione della domanda di concordato”*, nella lettera dell'art. 95 co. 4. La norma esige che la relazione attesti la conformità al piano concordatario *“ove predisposto”*, la quale non avrebbe senso se riferita alla fase successiva all'omologazione; e ancora meno senso avrebbe in chiave sistematica, considerato che, lo si è visto, ai fini dell'omologazione è l'intero piano concordatario, e non la partecipazione a una singola gara pubblica d'appalto, a dover essere attestato, mediante relazione di un professionista indipendente, nella sua fattibilità e nella garanzia della sostenibilità economica dell'impresa.

Né, evidentemente, sarebbe ragionevole interpretare l'art. 85 co. 5 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 nel senso di riservare l'ammissione alle gare ai soli concorrenti per i quali la procedura di concordato sia pendente, con esclusione delle imprese per le quali il concordato sia stato omologato, cui l'art. 95 co. 3 e 4 d.lgs. n. 14/2019 non si applica.

2.1.2. La società ricorrente, a sostegno della necessità (dell'autorizzazione giudiziale e comunque) del deposito della relazione di un professionista indipendente a corredo della domanda di partecipazione, invoca la giurisprudenza amministrativa formatasi nel vigore del testo dell'art. 80 co. 5 lett. b) d.lgs. n. 50/2016 come sostituito dal d.l. n. 32/2019, convertito con modificazioni in legge n. 55/2019, che per la partecipazione alle gare delle imprese in stato di concordato preventivo rinviava all'art. 186-*bis* della legge fallimentare (R.D. n. 267/2942 cit.), ancora applicabile in virtù della disciplina transitoria dettata dall'art. 390 d.lgs. n. 14/2019.

Non occorre ricostruire il contrasto giurisprudenziale insorto, sulla base dell'art. 186-*bis* l. fall., circa la necessità dell'autorizzazione giudiziale anche a seguito dell'omologazione del concordato. Sul punto, basta ricordare che da ultimo si registra il ritorno all'orientamento maggioritario, che esclude la necessità dell'autorizzazione, dopo l'emersione di un indirizzo più rigoroso in forza del quale l'autorizzazione sarebbe stata necessaria anche dopo l'omologa (per una puntuale rassegna dei due orientamenti e delle rispettive ragioni, cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 ottobre 2022, n. 9147).

Il collegio condivide l'orientamento maggioritario, dovendosi ritenere che l'autorizzazione del giudice ai fini della partecipazione a procedura di affidamento di contratti pubblici sia richiesta nella sola fase compresa fra il deposito della domanda di concordato e l'omologazione, e questo sulla base sia dell'elemento testuale (il quarto comma dell'art. 186-*bis* prevede che la partecipazione deve essere autorizzata dal giudice “successivamente al deposito della domanda” di concordato), sia, *mutatis mutandis*, di argomenti analoghi a quelli già svolti con riferimento alla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 14/2019, per molti aspetti sovrapponibile a quella dettata dalla legge fallimentare a proposito dei contenuti del piano di concordato (accompagnato dalla relazione di un professionista attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, e recante l'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura: artt. 161 co. 3 e 186-*bis* co. 2 l. fall.), degli effetti dell'omologazione (che chiude la procedura di concordato: artt. 180 e 181 l. fall.) e dell'esecuzione del concordato (finalizzata all'adempimento degli impegni assunti con la proposta di concordato e soggetta alla sorveglianza del commissario giudiziale: art. 185 l. fall.).

Quanto alla necessità della relazione asseverata, che qui rileva, l'art. 186-*bis* co. 5 l. fall. stabilisce 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”.

Ancora una volta, il dato testuale depone nel senso di circoscrivere la necessità della relazione alla fase di ammissione al concordato, che si apre con il decreto di cui all'art. 163 l. fall. e si chiude con l'omologazione del concordato. Questa segna il termine della procedura concordataria e l'avvio della fase esecutiva, sottoposta a un differente ed autonomo regime, pur nella persistente funzionalizzazione dell'attività dell'impresa al perseguimento degli obiettivi stabiliti dal piano concordatario omologato. Le opposte conclusioni della giurisprudenza sopra richiamata (Cons. Stato, n. 9147/2022) non sono dunque condivisibili, anche alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione, che non permette interpretazioni estensive di obblighi dichiarativi e documentali privi, dopo l'omologazione del concordato, di finalità pratica, dovendo l'amministrazione valutare la capacità di eseguire l'opera pubblica da parte dell'impresa concorrente sulla base della sua situazione economica e finanziaria attuale (così Cons. Stato, sez. V, del 29 maggio 2018, n. 3225).

In questa ottica, la tutela dell'interesse pubblico al corretto adempimento delle prestazioni oggetto dell'affidamento è assicurata proprio dall'omologazione del concordato con continuità aziendale, che implica un giudizio positivo in ordine alla capacità dell'impresa di operare nel circuito economico-produttivo e, così facendo, di soddisfare i creditori attraverso l'esercizio delle proprie attività, ivi inclusa l'acquisizione di contratti pubblici sulla base dei requisiti di idoneità tecnico-professionale ed economico-finanziaria di volta in volta richiesti.

La controinteressata NBI S.p.a. è espressamente autorizzata dal piano concordatario omologato ad acquisire nuove commesse e a partecipare a gare per l'aggiudicazione di contratti, nel rispetto della percentuale minima di soddisfazione proposta ai creditori. È pertanto legittima la sua ammissione

alla gara indetta dall'Azienda U.s.l. Toscana Centro senza che vi fosse alcun obbligo di corredare la domanda di partecipazione con la relazione indipendente volta ad attestare la conformità della partecipazione al piano e l'affidabilità della concorrente, così come, al contrario di quanto sostiene la ricorrente Nigro Costruzioni, la stazione appaltante non era tenuta ad esaminare la relazione ed a fornire riscontro delle proprie valutazioni.

2.2. Con il secondo motivo, la società ricorrente denuncia la violazione dell'art. 80 co. 4 d.lgs. n. 50/2016, per essere stata l'aggiudicataria ammessa alla procedura di affidamento nonostante le gravi violazioni commesse nell'adempimento delle proprie obbligazioni tributarie.

La censura ha formato oggetto di espressa rinuncia a seguito delle difese avversarie (si veda la memoria *ex art. 73 c.p.a.*, par. 17), e non va perciò esaminata.

2.3. Con il terzo motivo, Nigro Costruzioni si duole della scelta della stazione appaltante di ritenere non ostativa alla partecipazione di NBI il grave inadempimento accertato dal Tribunale di Genova, con sentenza del 30 aprile 2022, in relazione all'appalto di lavori stipulato con Funivie S.p.a. da un raggruppamento temporaneo del quale la controinteressata faceva parte quale mandante. La risoluzione giudizialmente accertata sarebbe dipesa proprio da NBI, la quale avrebbe omesso di esibire le fatture quietanzate di alcuni subappaltatori, condotta alla quale sarebbe seguito il blocco dei pagamenti da parte della committenza e l'interruzione dei lavori.

Nel valutare la dichiarazione resa in gara dalla controinteressata a proposito di detta condanna, il seggio di gara si sarebbe limitato a rilevare l'assenza di annotazioni riservate ANAC, trascurando i numerosi elementi rivelatori dell'inaffidabilità del concorrente. La gravità dell'inadempimento, unita allo stato di crisi dell'impresa, avrebbero dovuto condurre l'Azienda a un approfondimento istruttorio e, se del caso, all'adozione di un provvedimento di ammissione adeguatamente motivato.

A rendere evidente l'errore di valutazione commesso dalla U.s.l. Toscana Centro, vi sarebbe poi il fatto che la stessa sentenza del Tribunale di Genova avrebbe condannato la controinteressata al pagamento di circa 19 milioni di euro a vario titolo, importo a copertura del quale NBI non avrebbe effettuato alcun accantonamento.

Replica NBI che gli effetti della sentenza del Tribunale di Genova, impugnata in appello, sarebbero stati sospesi ai sensi dell'art. 283 c.p.c.. Alla stazione appaltante non potrebbero imputarsi carenze dell'istruttoria o della motivazione, giacché la sospensione degli effetti della sentenza e l'assenza di annotazioni ANAC legittimerebbero l'ammissione alla gara, a maggior ragione alla luce degli approfondimenti istruttori consistiti nell'acquisizione della sentenza stessa, dei provvedimenti inibitori resi dalla Corte d'appello di Genova e del decreto del Tribunale di Roma attestante l'impossibilità per NBI di pagare i propri subappaltatori, pena la violazione della *par condicio creditorum* e, quindi, la non imputabilità dell'inadempimento su cui si fonderebbe la risoluzione contrattuale disposta in danno di NBI.

Inoltre, NBI sarebbe stata condannata in solido con la mandataria del raggruppamento appaltatore, cui il creditore potrebbe rivolgersi per l'intero senza pregiudizio per la massa del concordato, fermo restando che il credito sarebbe da pagare nei limiti stabiliti dal piano concordatario (10%).

La U.s.l. Toscana Centro sostiene che la sentenza del Tribunale di Genova, invocata dalla ricorrente, non consentirebbe di dubitare della capacità di NBI di eseguire correttamente i lavori e di portare a termine l'appalto.

2.3.1. Neppure tale censura può trovare accoglimento.

Il Tribunale di Genova, con sentenza comunicata il 30 aprile 2022, ha dichiarato legittima la risoluzione contrattuale disposta da Funivie S.p.a. in danno del Consorzio Stabile Arcale, raggruppamento del quale faceva parte come mandante NBI. La decisione ha accertato come l'inadempimento fosse imputabile proprio a quest'ultima, per avere omesso il pagamento di alcuni subappaltatori, provocando con tale condotta il blocco dei lavori; ed ha

condannato NBI al risarcimento dei danni patiti dalla stazione appaltante, per circa 15 milioni di euro, nonché al pagamento di ulteriori 4,2 milioni di euro a titolo di regresso verso la stessa Funivie S.p.a. (cessionaria del corrispondente credito vantato nei confronti di NBI dall'impresa assicuratrice che aveva prestato la garanzia per l'esecuzione del contratto).

L'efficacia esecutiva della sentenza è stata peraltro sospesa dalla Corte d'appello di Genova con decreto presidenziale del 7 luglio 2022, confermato dall'ordinanza collegiale dell'8 novembre 2022, la quale ha rilevato la sussistenza del *fumus boni iuris* avuto riguardo alla complessità delle questioni sollevate dalle parti appellanti e all'insussistenza di evidenti e ragionevoli probabilità di rigetto dell'impugnazione.

L'Azienda U.s.l. Toscana Centro, in sede di verifica dei requisiti di partecipazione, ha acquisito da NBI il testo integrale dei predetti provvedimenti giurisdizionali, dinanzi ai quali la mancata esclusione della controinteressata è il frutto di una scelta forse opinabile, ma non irragionevole, ben potendo la delibazione di non manifesta infondatezza dell'appello operata dal giudice competente costituire un valido riferimento per orientare le valutazioni della stazione appaltante, chiamata a giudicare la pregressa condotta dell'operatore economico, in termini di incertezza della dimostrazione richiesta dall'art. 80 co. 5 lett. c-ter) d.lgs. n. 50/2016 ai fini dell'esclusione del concorrente.

Si vuol dire che – in presenza di una situazione ancora *sub iudice* e, comunque, dell'intervenuta sospensione in appello degli effetti della sentenza pronunciata in danno di NBI – la stazione appaltante non illogicamente si è attenuta al criterio della massima partecipazione, in ciò confortata anche dal decreto del Tribunale di Roma – Sezione Fallimentare del 9 aprile 2019, anch'esso acquisito dall'Azienda, che assume come doverose le condotte (il mancato pagamento dei subappaltatori) altrove addebitate a NBI.

2.4. Il quarto motivo, subordinato, investe il disciplinare di gara.

Nigro Costruzioni sostiene che il criterio stabilito dalla stazione appaltante per la valutazione dell'offerta economica sarebbe manifestamente irragionevole ed avrebbe sostanzialmente distorto la competizione, di fatto annullando le significative differenze tra le due offerte economiche. Se fosse stato applicato un criterio corretto, NBI avrebbe conseguito il punteggio complessivo di 76,23 punti, contro i 78,07 punti di Nigro, e si sarebbe collocata al secondo posto della graduatoria. Al contrario, l'applicazione del metodo non lineare quadratico (con coefficiente α 0,50) avrebbe determinato un macroscopico errore nella valutazione complessiva dell'offerta, stante la presenza in gara di solo due imprese partecipanti; e la distorsione della concorrenza sarebbe ancor più grave tenendo conto delle modalità di valutazione dell'offerta tecnica, che, grazie alla riparametrazione dei punteggi, avrebbe premiato l'aggiudicataria al di là dei suoi meriti.

Le parti resistenti eccepiscono la tardività della censura, che a loro avviso avrebbe dovuto essere proposta con l'impugnazione immediata della legge di gara, e comunque oppongono la legittimità del criterio di valutazione, mutuato dalle Linee Guida ANAC.

2.4.1. Il motivo non afferisce a una clausola ostativa alla partecipazione e, per questo, suscettibile di impugnazione immediata. Esso è pertanto tempestivo, ancorché infondato.

L'art. 17.2 del disciplinare di gara prescrive, per la valutazione delle offerte economiche dei concorrenti, l'impiego del metodo non lineare, quadratico, con coefficiente α 0,50, previsto dalle Linee Guida ANAC n. 2 in materia di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, approvate dall'Autorità con delibera n. 1005/2016 e aggiornate con delibera n. 424/2018.

Le stesse Linee Guida illustrano puntualmente la ragion d'essere dell'utilizzo dell'uno o dell'altro criterio, in relazione agli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante. La formula adottata dall'Azienda resistente, nella specie, rientra fra quelle che le Linee Guida suggeriscono allo scopo di ridurre il rischio di

attribuire differenze di punteggio elevate pur a fronte di scostamenti di prezzo minimi, nonché di incentivare ribassi troppo elevati.

Il metodo di valutazione prescelto, con l'espresso richiamo alle Linee Guida ANAC, è dunque indicativo della volontà della stazione appaltante di privilegiare il confronto concorrenziale sui profili qualitativi delle offerte, ferma per le offerte economiche la soglia dei 30 punti, che in ogni caso rappresenta il punteggio massimo attribuibile ai sensi dell'art. 95 co. 10-*bis* d.lgs. n. 50/2016. Nell'ambito dell'ampia discrezionalità di cui le stazioni appaltanti dispongono, si tratta ancora una volta di una scelta opinabile, ma non di per sé manifestamente irragionevole nella misura in cui mantiene il collegamento fra l'entità del ribasso offerto e il punteggio attribuito ai concorrenti (giurisprudenza consolidata: cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7389; id., 2 settembre 2019, n. 6065; id., 23 novembre 2018, n. 6639), senza che la ricorrente svolga alcuna specifica censura per dimostrare che l'attenzione riservata dall'Azienda sanitaria alle componenti qualitative non sarebbe giustificata dai contenuti tecnici e tecnologici dell'appalto.

Nella medesima e non irragionevole ottica della valorizzazione del contenuto tecnico delle offerte si colloca la seconda riparametrazione dei punteggi tecnici, anch'essa prevista dal disciplinare di gara ed espressione della discrezionalità della stazione appaltante. La seconda riparametrazione ha il dichiarato scopo di garantire il rispetto del rapporto ponderale tra offerta tecnica ed offerta economica (70/30), e, in assenza di allegazioni che consentano di apprezzarne l'irragionevolezza in concreto, riferita cioè allo specifico oggetto dell'appalto, non può essere censurata.

2.5. Con il quinto motivo di ricorso, Nigro Costruzioni contesta la valutazione di congruità dei costi della manodopera esibiti da NBI ed effettuata dal R.U.P. nella relazione del 14 novembre 2022, approvata con l'aggiudicazione. Il R.U.P. si sarebbe limitato a esaminare il rispetto delle tabelle ministeriali sul costo del lavoro senza, tuttavia, esaminare il monte-ore

complessivo, il che impedirebbe di accertare i costi effettivamente sostenuti dall'aggiudicataria.

Questa avrebbe peraltro indicato un costo della manodopera esattamente coincidente con quello stimato dalla stazione appaltante, con una stima costruita "a tavolino" e "per far quadrare i conti". Ma, così facendo, non si sarebbe avveduta della inadeguatezza di tale indicazione, viziata da una palese sottostima.

NBI replica di avere indicato un importo rispettoso dei minimi retributivi stabiliti dalla contrattazione collettiva e dalle tabelle ministeriali, oltre che coincidenti con le indicazioni della stazione appaltante, mentre sarebbero generiche e sprovviste di prova le contestazioni della ricorrente, non potendosi attribuire alcun rilievo comparativo ai maggiori costi indicati nell'offerta di Nigro Costruzioni.

2.5.1. Il motivo è infondato.

Il costo della manodopera indicato dalla controinteressata, pacificamente congruo rispetto ai costi medi risultanti dalle tabelle ministeriali, coincide con il valore posto a base d'asta. La verifica della stazione appaltante circa la congruità dell'importo dichiarato è stata peraltro condotta sul monte-ore complessivo esibito da NBI in sede di chiarimenti, mentre la tesi della ricorrente, secondo cui lo stesso valore a base d'asta sarebbe sottostimato, è rimasta priva di qualsivoglia riscontro: non vi è, in particolare, alcun dato oggettivo a comprovare che il monte orario indicato dall'aggiudicataria sia insufficiente, né in tal senso possono trarsi argomenti concludenti dalla semplice circostanza che esso finisce per ricalcare alla lettera le indicazioni della stazione appaltante.

Del pari, nessun valido alcun argomento di prova a supporto della doglianza si ricava dal raffronto fra il costo per la manodopera offerto dalla controinteressata e i maggiori costi previsti dalla società ricorrente, anche perché non è neppure noto quale sia il monte-ore computato da Nigro Costruzioni.

2.6. Con il sesto motivo, infine, è censurata la composizione della commissione di gara, asseritamente viziata dalla presenza di un componente che era già stato membro della commissione nominata nella procedura per l'affidamento dei servizi di progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e direzione lavori della stessa opera, la cui realizzazione è stata aggiudicata a NBI.

Ne risulterebbe violato il disposto dell'art. 77 co. 4 d.lgs. n. 50/2016, in forza del quale i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

2.6.1. Il motivo è infondato.

La causa di incompatibilità prevista dall'art. 77 co. 4 d.lgs. n. 50 del 2016 soddisfa la volontà del legislatore di tenere separata la fase di preparazione della documentazione di gara dalla fase di valutazione delle offerte, a garanzia della trasparenza della procedura e dell'imparzialità del giudizio della commissione, che non deve apparire neanche potenzialmente influenzato dalle scelte effettuate con la compilazione della *lex specialis*. Quel che la norma intende evitare è, in buona sostanza, che nella commissione siano presenti membri i quali abbiano rivestito un ruolo significativo, tecnico o amministrativo, nella predisposizione degli atti di gara (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 167, e i precedenti ivi menzionati).

Di contro, è pacifico che un tale ruolo non sia stato rivestito dal commissario che, secondo la ricorrente, verserebbe nella situazione di incompatibilità. Quest'ultima non può farsi discendere dal pregresso svolgimento dell'attività di commissario nell'ambito dell'autonoma e distinta procedura di affidamento avente a oggetto la progettazione esecutiva dello stesso intervento: l'art. 77 co. 4 si riferisce infatti al "contratto del cui affidamento si tratta" e costituisce norma di stretta interpretazione, non applicabile estensivamente o per analogia (per tutte, Cons. Stato, sez. V, 5 gennaio 2021, n. 144; id., 5 novembre 2019, n. 7557).

Al riguardo, è appena il caso di precisare che avere contribuito quale commissario di gara alla selezione del progettista non equivale certo ad avere redatto il progetto dell'intervento, né, del resto, la ricorrente ha in alcun modo circostanziato le proprie deduzioni (illustrando, ad esempio, il contenuto delle valutazioni demandate alla commissione di gara nella procedura per l'affidamento della progettazione esecutiva), di modo che mancano elementi dai quali possa in concreto desumersi il rischio di un indebito condizionamento del giudizio.

3. In forza di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso va respinto.

Quanto all'istanza incidentale proposta dalla ricorrente *ex art.* 116 co. 2 c.p.a., la documentazione acquisita dalla stazione appaltante ai fini della verifica di congruità dei costi della manodopera e del possesso dei requisiti di partecipazione è stata versata in atti ed ha formato oggetto del contraddittorio, con conseguente cessazione dell'interesse. Le delibere del Direttore generale dell'Azienda resistente, inerenti le modalità di nomina delle commissioni giudicatrici, sono invece irrilevanti ai fini della decisione.

3.1. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in euro 5.000,00, oltre agli accessori di legge, in favore di ciascuna delle controparti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 1 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

Silvia De Felice, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO