ANAC: il concordato “in bianco” non osta più alla SOA

24 Aprile 2015
La diffusa prassi di ricorrere alla domanda di concordato “in bianco”, quando finalizzata alla “continuità aziendale”, non comporta più la decadenza dell’attestazione SOA e, in ogni caso, consente la prosecuzione dell’appalto, laddove la stessa sia autorizzata dal giudice preposto.

A quasi un anno di distanza, l’Autorità rivede la propria posizione, stabilendo la non ricorrenza della causa di esclusione dalle gare pubbliche di appalto, prevista dall’art. 38, comma 1, lett. *a)* del Codice dei contratti, laddove l’imprenditore si sia avvalso della facoltà di depositare il solo ricorso contenente la domanda di concordato “in bianco”, specificando però che tale domanda deve avere effetti prenotativi della continuità aziendale.

E’ quanto emerge dalla Determinazione n. 5, dell’8 aprile 2015, pubblicata sul sito informatico dell’Autorità nazionale anticorruzione, concernente gli «*effetti della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e ss.mm.ii. (c.d. concordato “in bianco”) sulla disciplina degli appalti pubblici*».

L’atto modifica la precedente determinazione dell’Autorità n. 3 del 23 aprile 2014 (*cfr.* News ANCE del 16 maggio 2014) e, indirettamente, interviene anche sulle disposizioni contenute nel Manuale sulla qualificazione SOA (*cfr.* News ANCE del 24 ottobre 2014 e s.s.).

L’obiettivo dell’Autorità è di evitare che le imprese in crisi si vedano preclusa la possibilità della continuità aziendale proprio nel momento in cui preannunciano la presentazione del relativo piano.

1. Concordato “in bianco”

Il concordato preventivo con continuità aziendale è una delle novità introdotte dal decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 – recante «*Misure urgenti per la crescita del Paese”, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134*» – e, in particolare, dall’art. 33, – «*Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*».

In particolare, l'articolo 33, oltre a prevedere il concordato preventivo con continuità aziendale, inserendo un nuovo articolo al Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (esattamente l'art. 186-bis della legge fallimentare), ha modificato l'art. 38, comma 1, lettera *a)* del Codice dei contratti pubblici.

A seguito di tale modifica il Codice dei contratti pone il concordato preventivo con continuità aziendale quale eccezione alla regola generale dell'esclusione dalle procedure di gara e dalla conseguente possibilità di stipula del contratto (ivi compreso quello di subappalto) per i concorrenti che si trovino in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo.

In questo ambito, l'Autorità interviene per chiarire quali siano le conseguenze per l'impresa che sia avvalsa della facoltà, come sopra accennata, di depositare il ricorso contenente una domanda di concordato "in bianco", con riserva espressa di presentare, entro un termine fissato dal giudice, il piano recante la proposta di prosecuzione dell'attività di impresa e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo del medesimo articolo 186-bis (art. 161, comma 6, della citata legge fallimentare).

2. Partecipazione a gara e qualificazione

Il punto di partenza interpretativo della determinazione è rappresentato dalla disposizione concernente il concordato con continuità aziendale, nell'eventualità che l'impresa faccia richiesta di poter partecipare a procedure di gara di appalto (art. 186-bis, comma 4, della legge fallimentare) prima del decreto di ammissione.

Secondo l'Autorità, in tal caso, è consentito al Tribunale emettere un provvedimento *ad hoc,* sulla basedel deposito della domanda di concordato "in bianco", con effetti prenotativi di continuità aziendale (artt. 161, comma 6, e. 163, comma 2, n. 3 della citata legge fallimentare).

Al riguardo, occorre, quindi, precisare che, secondo l'ANAC, non è la presentazione di una mera domanda in "bianco" a consentire la partecipazione, essendo richiesta l'ulteriore condizione che questa presenti **«chiari e inconfutabili» effetti prenotativi del concordato con continuità aziendale.**

Ciò in coerenza con la dottrina che ritiene non sussistere alcun automatismo tra domanda di concordato in bianco ed accesso a tutte le garanzie previste per il debitore, poiché è necessaria un'integrazione del contenuto minimo del ricorso, al

fine di evitare un uso strumentale e speculativo dell'effetto prenotativo, nell'intento di ritardare una diversa procedura.

La domanda "prenotativa" secca, pertanto, sebbene assolutamente in sé legittima, non garantisce una piena verifica della coerenza tra situazione dell'impresa e il tipo di provvedimento richiesto al tribunale, cui è delegato il difficile compito di valutare l'equilibrio fra le possibilità di difesa che la legge riconosce al debitore e gli interessi dei creditori.

Se, come evidenziato dall'Autorità, sussiste la possibilità che l'impresa sia autorizzata a partecipare alle gare pubbliche di lavori anche di importo superiore a 150.000 euro, la medesima norma non può che consentire all'impresa di mantenere la SOA nelle more del termine intercorrente tra la presentazione della domanda e la presentazione del piano di continuità.

Al fine di avvalorare tale interpretazione, l'Autorità evidenzia il dato letterale dello stesso Codice dei contratti (art. 38, comma 1, lett. *a*) che, facendo salva l'ipotesi di "concordato con continuità" (art. 186-bis della legge fallimentare), considera ostativi alla partecipazione alla gara e alla conservazione dell'attestato SOA, la sola pendenza del procedimento per l'ammissione al concordato preventivo ordinario, ossia di natura liquidatoria.

Nessun riferimento è, infatti, presente nel Codice circa la valenza ostativa della semplice domanda di concordato "in bianco".

Ciò è coerente con la giurisprudenza in materia, secondo la quale, considerato il rinvio del Regolamento sui contratti pubblici (art. 78 del D.P.R. 5 ottobre 2011, n. 207) alle disposizioni del relativo Codice ai fini dell'accertamento dei requisiti generali dell'impresa qualificata, non può ritenersi carente del requisito prescritto dal citato articolo 38, comma 1, dalla lettera *a)* del Codice stesso, l'impresa nei confronti della quale sia pendente un concordato non liquidatorio, ma "in bianco", con effetti prenotativi di continuità aziendale (*cfr.* Consiglio di Stato, Sezione IV, 3 luglio 2014, n. 3344).

Ne consegue, secondo all'Autorità, che la domanda di concordato "in bianco" 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.

A presidio della qualificazione, sarà onere della SOA assicurarsi della compatibilità

tra attestazione e decisione del giudice, il quale potrebbe anche dichiarare inammissibile la proposta di concordato con continuità aziendale.

Resta fermo che, ai fini della legittima partecipazione dell'impresa alla gara, per l'ANAC è indispensabile **l'emanazione di un provvedimento giurisdizionale *ad hoc,*** sotto forma di autorizzazione, ancorché non venga chiarito quale sia la documentazione (es. una bozza di piano) sulla base della quale tale provvedimento dovrà basarsi.

Prima di tale autorizzazione, è, poi, logico ritenere che la domanda di concordato "in bianco", anche se con effetti prenotativi, non consenta *"tout court"* la partecipazione alla gara.

Quanto agli effetti sull'attestazione SOA, non viene specificato cosa accada nell'intervallo di tempo sussistente tra il deposito della domanda "in bianco", avente le caratteristiche sopra evidenziate, e il provvedimento del Tribunale che autorizza l'impresa alla partecipazione alle gare di appalti pubblici.

Al riguardo sarebbe opportuna un'ulteriore precisazione.

3. Contratti in corso di esecuzione

Coerentemente a quanto ritenuto sulla formulazione letterale dell'art. 38, comma 1, lett. a), l'Autorità ritiene che la presentazione di una domanda "in bianco", non costituisca causa di risoluzione del contratto in quanto «*non viene meno – durante la pendenza del termine per la presentazione del piano – il requisito di qualificazione che è necessario anche per l'esecuzione del contratto, come si evince dalla formulazione dell'art. 60, comma 2 del D.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207*».

* * * *

Tanto rappresentato, ciò che sembrerebbe rimanere in ombra nella determinazione in commento è che il concordato "in bianco", pur presagendo un possibile risanamento dell'impresa, permette al debitore di usufruire di protezione dai creditori, senza però avere già pronto un piano definitivo, diretto a loro (parziale) soddisfacimento o al concreto risanamento dell'attività d'impresa.

E' vero che in cambio della "protezione" dagli attacchi dei creditori, il debitore si sottopone alla vigilanza del tribunale (che ha ampia discrezionalità) ed a una

rigorosa tempistica delle operazioni. Tuttavia, il fatto che il concordato “in bianco” si possa concludere di fatto con il fallimento può essere considerato del tutto fisiologico.

Tale possibile esito pone più di un quesito di fondo sulla compatibilità tra tale situazione di incertezza e gli interessi sottesi alla realizzazione dell’opera pubblica, nonché sul possibile impatto di tali soggetti sul mercato degli appalti.

20254-Determinazione ANAC 5_2015.pdfApri