

# Domanda di concordato preventivo “in bianco” e gare pubbliche: le condizioni per evitare l’esclusione

## Lettura della normativa vigente alla luce dell’Adunanza Plenaria n. 9/2021

di **Beatrice Armeli**

“ L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza del 27 maggio 2021, n. 9, fissa tra i principi di diritto che la presentazione di una domanda di concordato in bianco, ai sensi dell’art. 161, comma 6, l. fall., 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, l. fall. – valutare la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale. ”

### 1. Quadro normativo

Ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) “[l]e stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico” qualora lo stesso “si trovi in stato [...] di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione” di tale situazione, “fermo restando quanto previsto dall’articolo 110 del presente codice e dall’articolo 186-bis del regio decreto 17 marzo 1942, n. 267”<sup>(1)</sup>.

(1) A norma dell’art. 372, comma 1, lett. b), d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza), come modificato dall’art. 5, comma 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. “decreto liquidità”, convertito con modificazioni dalla l. 5 giugno 2020, n. 40, a decorrere dal 1° settembre 2021 (data a cui è stata differita l’entrata in vigore del pre-

A sua volta, l’art. 110, comma 4, primo periodo, d.lgs. 50/2016 stabilisce che “alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all’articolo 161, anche ai sensi del sesto

detto d.lgs. 14/2019), la citata disposizione è sostituita dalla seguente: le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto “l’operatore economico [che] sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti 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”. In generale, sulle novità introdotte dal Codice della crisi in materia di contratti pubblici, cfr. B. ARMELI, *Affidamento di contratti pubblici e procedure concorsuali: le novità introdotte dal Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza e le modifiche previste dal decreto “Sblocca cantieri”*, in questa Rivista, 2019, 6, pp. 11-41.

comma, del regio decreto 17 marzo 1942, n. 267 [n.d.r. domanda di concordato preventivo, anche con riserva], si applica l'articolo 186-bis del predetto regio decreto"<sup>2</sup>. Il citato art. 186-bis r.d. 267/1942 (di seguito l. fall.) – così come modificato e integrato dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, c.d. "sblocca cantieri", convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, a decorrere dal 18 giugno 2019 – al comma 4 testualmente prevede che "[s]uccessivamente al deposito della domanda di cui all'art. 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" (fermo restando che, a seguito dell'ammissione a concordato preventivo, la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici viene altresì subordinata, dal seguente comma 5, anche alla presentazione, già in fase di gara, di una relazione favorevole da parte di un professionista qualificato, attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto).

Il secondo periodo del menzionato comma 4 dell'art. 110 d.lgs. 50/2016 aggiunge inoltre che "[p]er la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo [n.d.r. domanda di concordato preventivo, anche con riserva] ed il momento del deposito del decreto previsto dall'art. 163 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 [n.d.r. decreto di ammissione a concordato preventivo] è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto" (a differenza di quanto invece previsto per il caso in cui l'impresa sia già ammessa a concordato preventivo, con riguardo al quale il successivo comma 5 del medesimo art.

110 espressamente esclude la necessità di avvalimento dei requisiti di altro soggetto, salva la necessità di un eventuale avvalimento che l'ANAC potrà richiedere, tanto per la partecipazione alla gara quanto per la stipulazione del contratto, a norma dell'art. 110, comma 6, a seguito dell'emanazione di apposite linee guida, al momento ancora assenti)<sup>3</sup>.

Il comma 3 dell'art. 186-bis l. fall. prevede poi, quale regola, la prosecuzione dei contratti pendenti di cui l'impresa che ha richiesto il concordato è parte, nel senso che "i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura", sanzionando peraltro con l'inefficacia eventuali patti contrari (fermo restando anche qui che, a seguito dell'ammissione a concordato preventivo, la continuazione dei contratti pubblici viene subordinata alla relazione favorevole del professionista).

Con particolare riguardo al caso in cui l'impresa partecipi alla procedura di affidamento di contratto pubblico riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, lo stesso art. 186-bis, comma 6, l. fall. stabilisce in aggiunta che la stessa, ove in concordato, possa concorrere "purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale" (per la legittimità costituzionale di tale previsione: Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85).

A chiusura, l'art. 80, comma 6, d.lgs. 50/2016 impone alla stazione appaltante di escludere "un operatore economico in qualunque momento della procedura", qualora risulti che lo stesso si trovi "a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura", *inter alia*, in una delle situazioni elencate al comma 5 della medesima disposizione, tra cui quelle contemplate dalla lett. b) sopra citata (e quindi, l'obbligo di esclusione "sussiste anche dopo la conclusione della

(2) In particolare, ai sensi del comma 6 del citato art. 161 "[l]'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione [...] entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni". Resta ferma, quale alternativa, la possibilità di depositare domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. In questo caso la disciplina è diversa, non assumendo comunque la stessa espressamente rilievo per la normativa sull'evidenza pubblica.

(3) Cfr., a riguardo, ANAC, Atto di segnalazione, 2 dicembre 2020, n. 10, concernente la "Disciplina dei requisiti aggiuntivi per la partecipazione a nuove gare, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti da parte delle imprese in concordato", con cui l'Autorità ha segnalato al legislatore l'opportunità di sospendere la vigenza dell'art. 110, comma 6, d.lgs. 50/2016 e di allineare la sua entrata in vigore con quella dell'art. 372, comma 1, d.lgs. 14/2019.

*gara, nel senso che l'operatore economico che incorre in una causa di esclusione, seppure aggiudicatario, non può essere ammesso alla stipulazione del contratto*": TAR Lazio, Roma, sez. I-quater, 14 gennaio 2020, n. 384, proprio con riferimento alla predetta ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), del Codice dei contratti).

## 2. Le condizioni per partecipare alla gara quando la domanda di concordato (con riserva) è presentata prima dell'offerta

La regola generale impone l'esclusione dalla gara dell'operatore economico a carico del quale, non solo sia già stato aperto un concordato preventivo, ma anche penda il procedimento per la relativa dichiarazione di apertura. Detta regola, precludente la partecipazione alla gara (e il conseguente affidamento), viene però stemperata da un'eccezione al ricorrere delle condizioni previste dal combinato disposto di cui all'art. 186-bis, l. fall. e all'art. 110, d.lgs. 50/2016, in virtù dell'intervento operato dal decreto "Sblocca cantieri". Dalla lettura integrata di tali disposizioni, risulta in particolare che, in pendenza del procedimento per la dichiarazione di apertura del concordato preventivo (quindi: dopo il deposito della domanda di accesso alla procedura e fino al deposito del decreto giudiziale di apertura della procedura stessa), per la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici **occorrono:**

i) **l'avvalimento di tutti i requisiti** (art. 110, comma 4, d.lgs. 50/2016), per cui, in sostanza, sarà necessaria la dichiarazione di altro operatore economico in possesso dei requisiti (di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione) richiesti per l'affidamento dell'appalto (dichiarazione che, nel caso di RTI, può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento: art. 186-bis, comma 6, secondo periodo, l. fall.), con cui quest'ultimo si impegna nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, o comunque

non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto;

ii) **l'autorizzazione giudiziale** (art. 186-bis l. fall.; già l'ANAC, ex AVCP, Determinazione 8 aprile 2015, n. 5, aveva esplicitato che spetta in ogni caso al giudice valutare se autorizzare la suddetta partecipazione), la quale potrebbe intervenire finanche con il decreto di omologazione, ponendo il legislatore un termine iniziale per la sua adozione ("*[s]uccessivamente al deposito della domanda di cui all'art. 161*": art. 186-bis, comma 4, l. fall.), ma non un momento finale (Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69).

La possibilità di partecipazione alla gara da parte dell'operatore economico che ha presentato domanda di concordato preventivo è dunque condizionata all'adempimento di **precisi obblighi documentali** (aggiungendosi ai suddetti anche la presentazione di una relazione favorevole del professionista abilitato in caso di ammissione alla procedura concorsuale richiesta), i quali vengono definitivamente **superati solo con il decreto di omologazione** (Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 2235).

**Lo stesso è a dirsi pure nel caso in cui la domanda di concordato preventivo sia stata presentata, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., "con riserva"** (di presentazione della proposta di concordato, del relativo piano e della documentazione rilevante attinente alla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa), da sciogliersi in un termine fissato dal giudice, compreso tra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni.

La giurisprudenza amministrativa, seppur con voci discordanti, ha già più volte sostenuto la possibilità per l'impresa che ha presentato domanda di concordato c.d. "in bianco" (v. art. 110, comma 4, del Codice), di partecipare ad una gara indetta per l'affidamento di un contratto pubblico di appalto, ovvero di rimanere parte del procedimento già in corso (TRGA, Bolzano, 25 luglio 2018, n. 253), in quanto la suddetta domanda di accesso alla procedura concorsuale, di per sé, non determina la perdita dei requisiti in capo all'operatore economico in questione (Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2018, n. 1772; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 5 novembre 2019, n. 2305; TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 19 settembre 2019, n. 11143), fermo l'assol-

vimento degli obblighi prescritti (avvalimento di tutti i requisiti e autorizzazione giudiziale). Ovvero, se si preferisce, in termini speculari: l'istanza dell'impresa di ammissione a concordato preventivo (in bianco o meno) costituisce sì una condizione impeditiva alla partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche, ma tale situazione ostativa può essere superata mediante l'adempimento dei prescritti obblighi documentali (Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2019, n. 3984; Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225).

Da ultimo, è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza del 27 maggio 2021, n. 9<sup>4</sup>,

(4) La pronuncia trae origine da un caso nel quale, nel corso di una procedura di gara, l'impresa mandante di un RTI concorrente presentava domanda di concordato in bianco. Tuttavia, solo ad aggiudicazione già intervenuta nei confronti del predetto RTI, il tribunale fallimentare autorizzava l'impresa concordataria (direttamente) alla stipula del contratto di appalto. Il concorrente secondo classificato presentava ricorso, lamentando la sussistenza del motivo di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. 50/2016, sul presupposto che la presentazione della domanda di concordato con riserva precludesse la partecipazione a procedure ad evidenza pubblica. In appello, rilevata la presenza di un contrasto di orientamenti sia sul rapporto tra domanda di concordato in bianco e partecipazione alle gare pubbliche, sia sulla legittimità della sostituzione di un componente del RTI, la sezione V del Consiglio di Stato, con ordinanza 8 gennaio 2021, n. 309, rimetteva all'Adunanza Plenaria quattro questioni (di cui le prime tre sono riportate anche nell'ordinanza 8 gennaio 2021, n. 313). In particolare, veniva richiesto: "a) 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; b) se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti, ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione; c) 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; d) se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17,

la quale fissa tra i principi di diritto che la presentazione di una domanda di concordato in bianco, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., 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, l. fall. – valutare la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale. A tal fine, l'operatore che ha chiesto il concordato si deve tempestivamente attivare, con istanza di autorizzazione al giudice, fornendo le informazioni necessarie. Precisa, infatti, il Consiglio di Stato che la partecipazione alle gare pubbliche, a seguito del deposito della domanda di concordato con riserva, è considerata dal legislatore come un atto che deve essere comunque autorizzato dal tribunale<sup>5</sup>, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato, ai sensi dell'art. 186-bis, comma 4, l. fall., richiamato anche dagli artt. 80 e 110 del Codice dei contratti e per questo l'operatore che presenta domanda di concordato in bianco è tenuto a richiedere senza indugio l'autorizzazione, anche qualora sia già partecipante alla gara, e ad informarne prontamente la stazione appaltante. Il Supremo Consesso della giustizia amministrativa chiarisce inoltre che l'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo invece che in tale momento l'impresa che ha presentato domanda di concordato (anche) con riserva, sia già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale.

18, 19-ter del d.lgs. n. 50/2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire la sostituzione della mandante che abbia presentato ricorso di concordato preventivo c.d. in bianco ex art. 161, comma 6, cit. con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara, ovvero se sia possibile soltanto la mera estromissione della mandante e, in questo caso, se l'esclusione del r.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione".

(5) A prescindere dalla sua qualifica di "atto di straordinaria amministrazione" e dal suo carattere "urgente" (cfr. art. 161, comma 7, l. fall.).

### 3. Le condizioni per sottoscrivere il contratto di affidamento quando la domanda di concordato (con riserva) è presentata dopo l'aggiudicazione

Occorre ora chiarire se la disciplina giuridica sin qui delineata – che impone all'operatore economico che ha presentato domanda di concordato preventivo, anche in bianco, di dotarsi di avalimento e autorizzazione giudiziale ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento di contratto pubblico, pena la sua esclusione – resti immutata altresì nel caso in cui l'operatore economico depositi la suddetta domanda di concordato preventivo con riserva, anziché prima della scadenza della presentazione delle offerte o comunque in tempo antecedente al provvedimento conclusivo del procedimento di gara, dopo l'intervenuta aggiudicazione a suo favore, nelle more della stipula del contratto.

Anzitutto è bene premettere che, come espressamente chiarito dalla recente sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2021 (v. punti 7 e 8), la conclusione, che subordina la partecipazione alle procedure di gara al prudente apprezzamento del tribunale, vale sia per l'ipotesi in cui l'impresa abbia già assunto la qualità di debitore concordatario nel momento in cui è indetta la procedura ad evidenza pubblica, sia per il caso in cui la domanda di concordato segua temporalmente quella già presentata di partecipazione alla gara. Pertanto, qualora l'impresa avanzi un'istanza di concordato (in bianco) dopo aver già presentato la domanda di partecipazione alla gara, essa dovrà chiedere al tribunale di essere autorizzata a (continuare a) partecipare alla procedura. Sebbene peraltro la legge non indichi un termine *ad hoc* per la presentazione dell'istanza di autorizzazione, è del tutto ragionevole – secondo il canone di buona fede oggettivo richiamato dal Consiglio di Stato – ritenere che l'istanza debba essere presentata senza indugio, anche per acquisire quanto prima l'autorizzazione ed essere nella condizione utile di poterla trasmettere alla stazione appaltante con la procedura ad evidenza pubblica ancora in corso. Anche in tal caso, infatti, dell'avvenuta presentazione della domanda di concordato, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., l'operatore deve mettere prontamente a conoscenza la stazione appaltante, anche perché – come ricorda la stessa Adunanza Plenaria – qualora fosse omessa tale informazione, la stazione appaltante sarà tenuta a valutarne l'incidenza alla stregua di una condotta

reticente, ancorché senza automatismi (alla luce di quanto chiarito da Cons. Stato, ad. plen., 2020, n. 16), facendo quindi applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c-bis*) – anziché lett. *f-bis*) – d.lgs. 50/2016<sup>6</sup>.

Tanto chiarito, tornando quindi all'ipotesi in cui la domanda di concordato in bianco sia depositata dopo l'aggiudicazione, si osserva che tale fattispecie, non trovando espressa regolamentazione normativa, è stata risolta dalla giurisprudenza alla stregua dell'ipotesi in cui l'istanza di concordato in bianco intervenga in fase di gara. Se da un lato, il TAR Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 19 settembre 2019, n. 11143, a fronte del fatto che il ricorso per l'ammissione al concordato preventivo con riserva fosse successivo alla data del provvedimento di aggiudicazione, ha concluso che la mera presentazione della domanda di concordato in bianco non è di per sé sufficiente a determinare la perdita dei requisiti di partecipazione ad una gara pubblica previsti dall'art. 80, comma 5, lett. *b*), del Codice, con conseguente conferma del provvedimento di aggiudicazione già disposto, dall'altro lato, il Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3405 ha confermato la regola generale contenuta nella predetta norma per il caso di ammissione alla procedura di concordato intervenuta dopo l'aggiudicazione, nella fase di verifica dei requisiti, prodromica alla stipula del contratto, per il conseguente venir meno del requisito di carattere generale in capo all'aggiudicatario. In altri termini, proprio con riguardo alla presentazione di una domanda di concordato preventivo in bianco, ritenendosi nel caso *sub iudice* violato il disposto del predetto art. 80, comma 5, lett. *b*) – per l'assenza dei presupposti legittimanti la deroga all'esclusione – la stessa giurisprudenza chiarisce che la disciplina delineata non consente di distinguere, ai fini dell'adozione del provvedimento di esclusione, tra i diversi momenti della procedura di gara, "imponendo perciò l'esclusione anche nella fase successiva all'aggiudicazione e

(6) Giova peraltro a tal riguardo altresì ricordare la pronuncia della Corte di giustizia UE, 28 marzo 2019, C-101/18, la quale si è espressa nel senso che, presentando ricorso per ammissione a concordato preventivo, l'operatore economico riconosce di trovarsi in uno stato di difficoltà finanziaria che può mettere in discussione la sua affidabilità economica. Infatti, proprio l'assenza di un piano e di una proposta di concordato (pre-)definiti depone verso una maggiore aleatorietà con riguardo alla capacità dell'impresa a far fronte alle prestazioni richieste, minando in definitiva l'affidabilità dell'operatore economico.

*anteriore alla stipula del contratto*": TRGA Bolzano, 10 febbraio 2020, n. 42.

La sentenza n. 9/2021 dell'Adunanza Plenaria affronta solo indirettamente la questione – e senza formalizzare a riguardo un principio di diritto – richiamando quell'approdo interpretativo in base al quale *"in tanto la partecipazione dell'impresa in concordato con riserva di presentazione della proposta e del piano è consentita, in quanto l'autorizzazione del Tribunale fallimentare che accerti la capacità economica della stessa di eseguire l'appalto intervenga nel corso della procedura di gara [...], dal momento che solo nella gara è concepibile che sia fatta quella 'valutazione in concreto circa l'affidabilità dell'impresa' invocata, e non quando la procedura si è oramai conclusa"* (Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1328; ANAC, Deliberazione 22 aprile 2020, n. 362). Tuttavia, per l'Adunanza Plenaria (v. punto 10 della sentenza), fermo restando che *"il rilascio e il deposito di tale autorizzazione debbano intervenire prima che il procedimento dell'evidenza pubblica abbia termine e, dunque, prima che sia formalizzata da parte della stazione appaltante la scelta del miglior offerente attraverso l'atto di aggiudicazione"*, è comunque rimesso alle stazioni appaltanti nel singolo caso concreto 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. Ad ogni modo, è evidente che si tratti di principi resi (e dunque vevoli) in relazione a casi in cui l'istanza di concordato in bianco risulti depositata in corso di gara, ma l'autorizzazione giudiziale intervenga solo successivamente all'aggiudicazione.

*Quid iuris*, dunque, nel caso di istanza successiva all'aggiudicazione? Parrebbe, in realtà (come rilevato dalla sopra-riportata pronuncia del TRGA Bolzano), che nulla cambi. Del resto, anche dopo l'aggiudicazione il coinvolgimento dell'operatore economico nell'affidamento di pubblico appalto, istante *ex art.* 161, comma 6, l. fall., è subordinato alle condizioni prescritte dalla legge, secondo il quadro normativo attualmente vigente e sopra prospettato. Ad esempio, il TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 29 luglio 2020, n. 1462, proprio in un caso di domanda di concordato preventivo in bianco presentata dopo l'aggiudicazione, ha espressamente rifiutato la tesi sostenuta nel gravame dall'aggiudicataria esclusa, secondo la quale: i) l'aggiudicataria potrebbe mantenere l'aggiudicazione e stipulare il relativo

contratto senza necessità di munirsi di avalimento, in virtù del fatto che tale obbligo è espressamente previsto dall'art. 110 del Codice dei contratti solo in caso di partecipazione alla gara dopo il deposito dell'istanza di concordato; ii) e l'autorizzazione da parte del giudice fallimentare potrebbe anche sopravvivere, trattandosi di un elemento meramente integrativo dell'efficacia dell'aggiudicazione. Il TAR, infatti, ha ritenuto tali argomentazioni infondate, considerando che, *"se è pur vero che il nuovo testo dell'art. 110, quale risultante dalle modifiche introdotte dalla legge n. 55/2019, vuole favorire la partecipazione alle gare delle imprese richiedenti l'ammissione al concordato, anche in bianco, parimenti tale possibilità viene per così dire assistita da una serie di rigorosi requisiti, volti a garantire che l'amministrazione, in caso di aggiudicazione, possa ottenere l'esatto adempimento della prestazione contrattuale (esigenza questa di primario interesse pubblico, secondo la citata sentenza n. 85/2020 della Corte Costituzionale). Soltanto l'impresa già ammessa al concordato non ha bisogno di avalimento (così il comma 5 dell'art. 110), che invece appare necessario non solo in caso di deposito dell'istanza di concordato prima della partecipazione, ma anche qualora l'istanza sia presentata nel corso della procedura di gara e financo dopo l'aggiudicazione. Non si ravvisano, infatti, differenze fra le citate situazioni tali da giustificare la possibilità di non utilizzare nel caso di specie l'avalimento, che risponde invece ad esigenze di tutela della serietà dell'offerta e quindi di garanzia dell'affidabilità del contraente della pubblica amministrazione"*. Nella medesima pronuncia si chiarisce inoltre che, **in caso di avalimento mancante, neppure potrebbe configurarsi una sorta di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016, trattandosi della mancanza di un requisito essenziale *ex art.* 80 del medesimo Codice e non della carenza di un elemento formale della domanda oppure della semplice assenza di una dichiarazione da rendersi in sede di gara.** Dunque, nel caso sottoposto a giudizio, avendo riscontrato, non solo che l'avalimento non era mai stato ottenuto, ma che neppure risultava rilasciata formale autorizzazione da parte del competente tribunale, il TAR ha concluso che bene avesse fatto la stazione appaltante ad accertare la mancanza di un requisito di partecipazione a norma dell'art. 80, comma 5, correttamente determinandosi nel senso dell'esclusione dell'operatore economico in applicazione del disposto di cui alla lett. b).

#### 4. Le condizioni per sottoscrivere il contratto quando la domanda di concordato (con riserva) è presentata da una mandante del RTI aggiudicatario

Si è dunque sin qui assodato che, affinché l'operatore economico, istante *ex art.* 161, comma 6, l. fall. dopo l'aggiudicazione intervenuta a suo favore, possa mantenere i requisiti di partecipazione (anche in ossequio al principio di continuità dei requisiti, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, per tutti: *Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, v. infra, sub § 7*) in vista della stipula del contratto di appalto, lo stesso deve essere munito di avvalimento e ottenere autorizzazione giudiziale, documentando la sussistenza delle predette condizioni di legge alla stazione appaltante (e dunque assolvendo un preciso obbligo documentale). Si deve ora appurare se il fatto che l'operatore economico abbia preso parte alla gara nella forma del raggruppamento temporaneo di imprese possa avere una qualche incidenza.

A riguardo, si osserva anzitutto che, mentre risulta disciplinato il caso in cui sia in corso il procedimento per la dichiarazione di concordato preventivo a carico dell'operatore economico singolo e il caso in cui il concordato sia già aperto a carico di uno dei raggruppati del RTI concorrente/affidatario, (anche) l'ipotesi in questione non risulta espressamente normata. Pertanto, il quadro che si prospetta è il frutto di quanto desumibile in virtù di un'interpretazione teleologica e sistematica della normativa in esame.

In particolare, l'art. 186-*bis*, comma 6, l. fall. richiede, perché l'impresa (già) in concordato possa concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo, che:

- i) l'impresa stessa non rivesta la qualità di mandataria;
- ii) e che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale.

Il fatto, peraltro, che il secondo periodo della medesima disposizione (a norma del quale la dichiarazione dell'ausiliario può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento) sia rimasto inalterato anche dopo l'intervento del decreto "sblocca cantieri" – che ha invece eliminato la necessità di avvalimento per l'impresa già ammessa in concordato – tende ad avvalorare la tesi per cui le condizioni attualmente prescritte per l'operatore economico istante *ex art.* 161, comma 6, l. fall., partecipante in forma singola (come sopra esplici-

tate: avvalimento e autorizzazione giudiziale), restino ferme anche per il caso di partecipazione in forma aggregata. Semmai, in tale ipotesi, secondo un'interpretazione più rigorosa, varranno pure le ulteriori due condizioni (ancorché) previste espressamente per il solo caso di concordato già aperto (istante non mandataria e nessuna procedura concorsuale a carico degli altri raggruppati), non foss'altro alla luce della lettura dell'art. 186-*bis* l. fall. offerta dalla sentenza della Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85, per la quale la *ratio* di tale norma è individuabile nella finalità di tutelare l'interesse pubblico al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni oggetto del contratto, scongiurandosi così il rischio che la parte pubblica, all'esito della procedura di affidamento, si trovi in una relazione contrattuale con imprenditori non affidabili sotto il profilo economico e finanziario, a tutta evidenza che la diversa modalità di partecipazione non è indifferente dal punto di vista dell'interesse della stazione appaltante, per la quale segnatamente la posizione dell'impresa mandataria di un RTI assume rilievo e valore differenziato.

Pertanto, in virtù della considerazione secondo la quale non è consentito distinguere, ai fini dell'esclusione, tra i diversi momenti della procedura di gara antecedenti alla stipula del contratto (ante e post aggiudicazione)<sup>7</sup>, affinché l'operatore economico, che ha presentato domanda di concordato preventivo con riserva dopo l'aggiudicazione intervenuta a favore del RTI di cui è parte, possa mantenere i requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento in vista della stipula del contratto pubblico di appalto, in deroga alla regola generale che impone l'esclusione quando è in corso un procedimento per la dichiarazione di apertura di concordato preventivo (ferme le modifiche soggettive ammesse ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18 e 19-*ter*, d.lgs. 50/2016, su cui v. *infra*, § 5), devono ricorrere le seguenti condizioni:

- i) avvalimento di tutti i requisiti (con la precisazione che la dichiarazione dell'ausiliario, può provenire da un operatore facente parte del raggruppamento);
- ii) autorizzazione del tribunale fallimentare, previo parere del commissario giudiziale ove già nominato (autorizzazione – meglio – da richiedersi già con il

(7) V. *supra*, ad esempio: TRGA Bolzano, 10 febbraio 2020, n. 42 e TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 29 luglio 2020, n. 1462, *sub § 3*.

deposito dell'istanza di concordato o comunque tempestivamente, anche su insegnamento della Plenaria);

- iii) **qualità di mandante** (e non di mandataria) dell'operatore economico di cui trattasi;
- iv) **assenza di procedure concorsuali** a carico delle altre imprese partecipanti al RTI.

### 5. La possibile modifica soggettiva del RTI aggiudicatario

Si è quindi chiarito che la mandante, che ha chiesto l'ammissione a concordato preventivo, deve essere munita di avvalimento e che la stessa – ovvero la mandataria del RTI aggiudicatario in nome e conto di essa – deve provvedere, con la comunicazione dell'intervenuto deposito dell'istanza con riserva, a documentare l'autorizzazione giudiziale. In assenza di tale riscontro, che la stazione appaltante è tenuta a rilevare in sede di verifica dei requisiti, dovrà propendersi per la sopravvenuta perdita del requisito di partecipazione *ex art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. 50/2016*.

Cionondimeno, detta assenza, sia essa determinata dalla mancanza di avvalimento e/o di autorizzazione giudiziale (che, come spiegato, potrebbe anche intervenire in sede di omologa del concordato – ove aperto – e quindi ben oltre i tempi più contingentati dell'affidamento della commessa pubblica), potrebbe non essere sufficiente a prospettare l'esclusione del RTI, nella misura in cui sia dato riscontrare la modifica soggettiva che l'art. 48 d.lgs. 50/2016, in deroga alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, ammette tanto in fase di gara (comma 19-ter), quanto in fase esecutiva (comma 18).

Se è pur vero, infatti, che, a norma del comma 19 del citato art. 48, il recesso di una o più imprese raggruppate è ammesso esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e non già se finalizzato ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara, è altresì vero che il comma 18 della medesima disposizione espressamente stabilisce che, non solo in caso di concordato preventivo (già aperto) di uno dei mandanti, ma anche in caso di perdita dei requisiti di cui all'art. 80 in capo allo stesso (e quindi anche quando non ricorrano le condizioni per l'operare dell'eccezione

alla regola dell'esclusione prevista *sub* comma 5, lett. b), nella specie: avvalimento e autorizzazione giudiziale), il mandante stesso può essere "estromesso" – senza che per ciò si determini l'esclusione dell'intero RTI o il venir meno del rapporto di appalto già instaurato – qualora la mandataria:

- i) indichi un altro operatore subentrante in possesso dei requisiti (su cui però *v. infra*);
- ii) ovvero provveda all'esecuzione direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i necessari requisiti in relazione alle prestazioni da eseguire.

Sul punto è intervenuta, con l'ultimo principio di diritto affermato, anche la più volte citata **sentenza n. 9/2021 del Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria**, il quale si è in particolare interrogato se, per effetto del combinato disposto dei commi 17, 18, 19 e 19-ter dell'art. 48 del Codice, debba ritenersi ammessa, dal legislatore nazionale, nelle ipotesi ivi contemplate, una modifica soggettiva di tipo anche additivo quindi in aumento, nella fase dell'esecuzione come in quella della gara. A riguardo, la Plenaria (superando di fatto lo stretto tenore letterale della legge) ritiene che *"la deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, sia solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'aggiunta di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi) [...], tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di diversi compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni"* (*v. punto 15 della sentenza*). A maggior ragione, prosegue il Supremo Consesso della giustizia amministrativa, la medesima conclusione si impone nella fase di gara, non essendo consentita l'ammissione di un soggetto esterno diverso da quello che ha presentato offerta. Pertanto, **(anche) in sede di gara (come in fase esecutiva) deve ritenersi ammessa solo una modifica della composizione del raggruppamento c.d. per sottrazione ovvero per riduzione**, in quanto la sola coerente con i principi di

parità di trattamento e di concorrenza (v. punto 18), escludendosi quindi la sostituzione esterna per la figura della mandante, come anche logicamente per quella della mandataria. Sul piano procedurale, l'Adunanza Plenaria non si risparmia poi nel precisare, ancora una volta, che l'evento che conduce alla sostituzione interna deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, qualora questa non ne abbia già avuto notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara, anche – qui si aggiunge – dopo l'aggiudicazione, in vista della stipula del contratto.

Già, comunque, anche altra giurisprudenza, molto recente, si è rivelata chiara nel precisare che il divieto di modifica per mancanza di requisiti, in funzione anti-elusiva, si riferisce alle ipotesi nelle quali la carenza dei requisiti risale al momento della presentazione dell'offerta, e quindi ai casi in cui i requisiti mancavano *ab origine*, non invece anche alle ipotesi in cui la carenza dei requisiti sia sopravvenuta alla domanda di partecipazione, nelle quali, ai sensi dei commi 17 (per il mandatarario) e 18 (per il mandante), è consentita la modifica in riduzione della compagine del raggruppamento (v. Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245, richiamata da: Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2020, n. 4858). In altri termini, nella medesima pronuncia da ultimo citata, il Consiglio di Stato afferma che “[l]’elusione, quale limite della modifica in riduzione, va [...] apprezzata in ragione [...] del tempo di emersione del relativo motivo: infatti, l’esercizio della facoltà non deve configurarsi come strumentale a sanare *ex post* una situazione di preclusione all’ammissione alla procedura riguardante il soggetto uscente/recedente sussistente al momento dell’offerta [...]. Qualora invece [...] l’uscita [...] dal raggruppamento sia sopravvenuta all’aggiudicazione definitiva [...], le sopravvenute esigenze organizzative – tra le quali rientrano i casi in cui una delle imprese raggruppate sia colpita da un evento non volontario [...] per effetto di una sopravvenuta situazione [...] di crisi aziendale implicante la perdita del requisito generale di cui all’art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016 – consentono la modificazione soggettiva”. Nel caso *sub iudice*, in particolare, la perdita del requisito

era sopravvenuta all’aggiudicazione, in conseguenza della presentazione dell’istanza di concordato preventivo in bianco (lì della mandataria), con conseguente riduzione della compagine del raggruppamento. Riduzione che, a detta del Collegio, trovava “*la propria giustificazione nell’esigenza di riorganizzare il raggruppamento proprio per la perdita del requisito generale di cui all’art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016 in capo alla mandataria*”.

In sintesi, dunque, qualora si dovesse riscontrare l’assenza di avalimento e/o di autorizzazione giudiziale, perché possano sussistere i presupposti per l’esclusione del RTI aggiudicatario – per la pendenza di un procedimento preordinato alla dichiarazione di concordato preventivo a carico di una delle mandanti, che ha instato *ex art.* 161, comma 6, l. fall. – dovrà altresì appurarsi, in subordine, che sia mancata la modifica soggettiva – permessa dalla Plenaria esclusivamente in riduzione – ai sensi dell’art. 48 del Codice dei contratti pubblici ovvero che la stessa, qualora avvenuta, non risponda alle condizioni normative (perché ad esempio il diverso mandante indicato per la quota parte di lavori/servizi/forniture, assunta in seguito all’estromissione dell’impresa richiedente concordato, non sia in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati anche per l’esecuzione della predetta quota). Si badi peraltro, per inciso, che la modifica soggettiva del raggruppamento (che può ad esempio avvenire tramite accordo transattivo), per estromissione della mandante che ha chiesto ammissione a concordato preventivo con istanza presentata in bianco, vista dalla prospettiva della disciplina concorsuale, necessita – anch’essa – di apposita autorizzazione giudiziale, qui ai sensi dell’art. 161, comma 7, l. fall. (si ritiene, quale atto urgente di straordinaria amministrazione).

## 6. *Quid iuris* in caso di esecuzione anticipata in via d’urgenza?

La conclusione cui si è giunti rimane ferma anche qualora vi sia stata esecuzione anticipata delle prestazioni oggetto di affidamento, ancorché, a riguardo, non si rinvenga – nuovamente – alcuna previsione normativa specifica<sup>8</sup>.

(8) A seguito dell’intervenuta abrogazione dell’originario comma 4 dell’art. 110 d.lgs. 50/2016, per opera del decreto

Ad oggi, dunque, viene soltanto confermata la regola della prosecuzione del contratto pubblico in corso (ex art. 186-bis, comma 3, l. fall.), che pertanto non si risolve (di diritto) neppure a seguito di (e per il solo fatto dell') ammissione a concordato preventivo, purché (ma solo in caso di apertura della procedura concorsuale e non già per effetto della mera domanda di accesso) vi sia la relazione favorevole del professionista abilitato, salvo quanto previsto – per il caso di insorgenza della crisi durante, propriamente, la fase esecutiva del contratto pubblico – dall'art. 5, comma 4, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, c.d. "semplificazioni", convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, a decorrere dal 15 settembre 2020<sup>9</sup>.

"sblocca cantieri", neppure viene regolata la vera e propria fase esecutiva del rapporto di appalto, post formale stipula del relativo contratto, qualora sia in corso il procedimento per la dichiarazione di concordato preventivo a carico dell'impresa affidataria. Diversamente, in base alla previgente disposizione citata (ante d.l. 32/2019), l'impresa che avesse "presentato domanda di concordato a norma dell'art. 161, sesto comma" l. fall., avrebbe potuto "eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione" giudiziale, non richiedendosi a riguardo ulteriori condizioni. Per approfondimenti in merito all'esecuzione del contratto in caso di procedure concorsuali, si segnala: V. VITALONE, G.R. MACRÌ, *La crisi di impresa e i suoi effetti nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Maggioli Editore, 2021.

(9) Così recita la norma: "[n]el caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo, ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, non possa procedere con il soggetto designato, né, in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento designato, ove in possesso dei requisiti adeguati ai lavori ancora da realizzare, la stazione appaltante, previo parere del collegio consultivo tecnico, salvo che per gravi motivi tecnici ed economici sia comunque, anche in base al citato parere, possibile o preferibile proseguire con il medesimo soggetto, dichiara senza indugio, in deroga alla procedura di cui all'articolo 108, commi 3 e 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la risoluzione del contratto, che opera di diritto", provvedendo in tale caso – ove non proceda alle altre alternative espressamente indicate – ad "interpella[re] progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato" (in ciò, peraltro, differendo dalla regola di cui all'art. 110, comma 2, d.lgs. 50/2016, in virtù della quale, a seguito dello scorrimento della graduatoria, "[l]'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in

Pertanto, e ad ogni modo, il fatto che il RTI aggiudicatario – di cui, al tempo dell'aggiudicazione, risulti parte una mandante poi richiedente concordato preventivo in bianco – abbia già provveduto, nelle more della stipula del contratto, ad eseguire le prestazioni oggetto di affidamento in via d'urgenza su richiesta della stazione appaltante, non comporta, ai fini della verifica dei requisiti di partecipazione, condizioni ulteriori rispetto a quelle sopra delineate. Continuerà dunque a rimanere necessario il solo riscontro:

- i) dell'avvalimento e dell'autorizzazione giudiziale;
- ii) ovvero, in mancanza dei predetti, dell'intervenuta modifica soggettiva (necessariamente) per riduzione.

## 7. Forme di tutela

Qualora si avesse riscontro dell'assenza delle condizioni legittimanti la partecipazione alla gara ovvero il mantenimento dell'aggiudicazione in capo al RTI primo classificato, la stazione appaltante è tenuta, rispettivamente, a procedere all'esclusione dell'operatore economico interessato ovvero all'esercizio del proprio potere di autotutela esterna. In questo secondo caso, infatti, è chiaro che, in virtù del principio di continuità nel possesso dei requisiti (in ossequio al quale "i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa, fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità": Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, cit.), la perdita del requisito in una fase successiva all'aggiudicazione, ma precedente la stipulazione del contratto, impedisce alla stazione appaltante la stipula dello stesso ed anzi impone all'amministrazione medesima di provvedere sugli effetti dell'aggiudicazione, dichiarando la decadenza dell'aggiudicatario dall'ag-

sede di offerta"). La nuova previsione del decreto "semplificazioni", seppur non di stretta pertinenza ai fini della presente trattazione, merita comunque di essere richiamata in quanto menzionata anche dalla stessa Adunanza Plenaria n. 9/2021 quale argomento a suffragio della tesi escludente una modifica addittiva all'interno del RTI (v. punto 13 della sentenza).

giudicazione, essendo vietata dalla legge la conclusione di contratti di appalto con operatori economici privi dei requisiti (così: TAR Lazio, Roma, sez. I-quater, 14 gennaio 2020, n. 384; TAR Lazio, Roma, 25 febbraio 2019, n. 2547). La medesima giurisprudenza precisa peraltro come non si tratti, in tal caso, di esercizio di un potere di autotutela decisoria, discrezionale e orientato al perseguimento dell'interesse pubblico, bensì di attività amministrativa vincolata, proprio perché, come detto, la conclusione di contratti di appalto con operatori economici privi dei requisiti è vietata dalla legge, con l'importante conseguenza che il mancato esercizio del potere, vincolato, legittimerebbe chi vi abbia interesse ad agire per violazione dell'obbligo di provvedere (non già con un ricorso sul silenzio, bensì con ricorso incardinato secondo il rito speciale *ex art. 120 e ss. c.p.a.*, "*applicabile razione materiae*"). Pertanto, qualora, illegittimamente, sia stato stipulato un contratto di appalto con un operatore economico privo dei requisiti, è consentito, a chi vi abbia interesse e sia legittimato a contestare la stipulazione, agire in giudizio per chiedere l'accertamento della illegittimità del comportamento della pubblica amministrazione, collegato al mancato esercizio del potere di dichiarare la decadenza dell'aggiudicatario, per ottenere dal giudice amministrativo la privazione di efficacia del contratto eventualmente stipulato (in questo senso cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2019, n. 946). E ancora, la stessa pronuncia del TAR Lazio da ultimo citata puntualizza altresì che la perdita del requisito rileva al fine della stipulazione del contratto, ma non incide sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione che deve essere valutata in base agli elementi di fatto e di diritto sussistenti al momento dell'adozione del provvedimento.

Se pertanto l'ammissione a concordato preventivo è stata chiesta dopo l'aggiudicazione, quest'ultima non potrebbe, solo per tale motivo essere annullata, ma (quand'anche legittima, in assenza di vizi propri e originari di essa) sarebbe inidonea a produrre effetti legali, essendo incorso l'aggiudicatario in una causa di decadenza (v. anche: TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 8 novembre 2019, n. 2574, che richiama Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5498, da cui chiaramente si evince che anche l'inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati, in forza di vincolante precetto normativo, alla verifica di correttezza dell'aggiudicazione importa l'adozione di una misura propriamente decadenziale, che incide, con attitudine rimotiva, sull'efficacia dell'aggiudicazione, legittimando il "rifiuto di stipulare" il contratto; così pure: TAR Lazio, Roma, sez. I-quater, 14 gennaio 2020, n. 384, cit.; nonché: TAR Toscana, Firenze, 1° giugno 2020, n. 664, che sottolinea come ciò che rileva nella fase prodromica alla stipula del contratto sia l'affidabilità dell'aggiudicatario, con la conseguenza che l'"annullamento" dell'aggiudicazione – in realtà qualificabile in termini di vera e propria decadenza – può conseguire a un difetto di essa, con possibilità per la stazione appaltante di utilizzare lo scorrimento della graduatoria *ex art. 110 d.lgs. 50/2016*).

In conclusione, dunque, la sopravvenuta perdita del requisito di partecipazione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. 50/2016 impone alla stazione appaltante di provvedere sugli effetti dell'aggiudicazione, dichiarando, propriamente, la decadenza dell'operatore economico vincitore dall'aggiudicazione stessa, con conseguente esclusione dello stesso e scorrimento della graduatoria a favore del secondo classificato<sup>10</sup>.

(10) L'annullamento vero e proprio dell'aggiudicazione potrà invece involgere profili di illegittimità differenti rispetto alla sopravvenuta perdita del requisito determinata dalla domanda di concordato preventivo in bianco non accompagnata, sul fronte pubblicistico, dalle "cautele" per legge prescritte (o avvalimento unitamente ad autorizzazione giudiziale, o modifica soggettiva del raggruppamento, necessariamente in riduzione).