

il FALLIMENTARISTA

RTI aggiudicatario con mandante istante “in bianco” per ammissione a concordato: le condizioni per evitare l'esclusione

di **Beatrice Armeli**

Focus del 17 novembre 2020

Il presente contributo si concentra sui rapporti tra partecipazione ad una gara d'appalto e sottoposizione a procedure concorsuali, con particolare riferimento al concordato preventivo, alla luce della normativa vigente e delle ultime pronunce (tra cui la sentenza Corte Cost. n. 85/2020 e la recente sentenza TAR Lombardia, Milano, n. 1462/2020). In particolare, vengono analizzate le condizioni per partecipare ad una gara quando la domanda di concordato è presentata prima dell'offerta, per sottoscrivere il contratto di affidamento quando la domanda di concordato è presentata dopo l'aggiudicazione e per sottoscrivere il contratto quando la domanda di concordato è presentata da una mandante del RTI aggiudicatario.

SOMMARIO: 1. Quadro normativo - 2. Le condizioni per partecipare alla gara quando la domanda di concordato è presentata prima dell'offerta - 3. Le condizioni per sottoscrivere il contratto di affidamento quando la domanda di concordato è presentata dopo l'aggiudicazione - 4. Le condizioni per sottoscrivere il contratto quando la domanda di concordato è presentata da una mandante del RTI aggiudicatario - 5. La possibile modifica soggettiva del RTI aggiudicatario - 6. Quid iuris in caso di esecuzione anticipata in via d'urgenza?

1. Quadro normativo

Ai sensi dell'[art. 80, comma 5, lett. b\) del d.lgs. 50/2016](#) ([Codice dei contratti pubblici](#), di seguito [c.c.p.](#)) “[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](#)”.

A sua volta, l'[art. 110, comma 4, primo periodo, c.c.p.](#) stabilisce che “alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 161, anche ai sensi del sesto 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”.

Il citato [art. 186-bis del 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 c.c.p.** 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 c.c.p.](#) 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).

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, c.c.p.](#) 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 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\), c.c.p.](#)).

2. Le condizioni per partecipare alla gara quando la domanda di concordato è presentata prima dell'offerta

Alla luce del quadro normativo sopra delineato può osservarsi quanto segue.

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 c.c.p.](#), 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, c.c.p.](#)), 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. Non sussiste infatti oggi più alcun dubbio sulla possibilità per l'impresa che ha presentato domanda di concordato c.d. "in bianco" (v. [art. 110, comma 4, c.c.p.](#)), 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'assolvimento 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](#)).

3. Le condizioni per sottoscrivere il contratto di affidamento quando la domanda di concordato 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.

Si osserva al riguardo che tale fattispecie, non trovando espressa regolamentazione normativa, viene 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\), c.c.p.](#), 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'aggiudicataria.

In altri termini, proprio con riguardo alla presentazione di una domanda di concordato preventivo in bianco, ritenendosi nel caso *sub iudice* violato il disposto dell'[art. 80, comma 5, lett. b\), c.c.p.](#) (per l'assenza dei presupposti legittimanti la deroga all'esclusione), la stessa giurisprudenza chiarisce che la disciplina delineata dall'art. 80 citato 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 anteriore alla stipula del contratto": **TRGA Bolzano, 10 febbraio 2020, n. 42**.

Affinché non ricorrano i presupposti per disporre la sancita esclusione, è peraltro doveroso precisare come, con riferimento al caso qui in esame, da un lato, è pur vero che non possa richiamarsi 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), per l'ovvia evidenza che si tratta di un principio reso (e dunque valevole) 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. Cionondimeno, dall'altro lato, è altrettanto vero che 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. Tant'è che, recentissimamente, 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, secondo la quale: a) 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 c.c.p.](#) solo in caso di partecipazione alla gara dopo il deposito dell'istanza di concordato; b) e l'autorizzazione da parte del giudice civile potrebbe anche

sopravvenire, 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 **avvalimento** (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'avvalimento, 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 avvalimento mancante, "neppure potrebbe configurarsi una sorta di soccorso istruttorio di cui all'art. 83 comma 9 del codice, trattandosi della mancanza di un requisito essenziale ex art. 80 menzionato 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'avvalimento 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, c.c.p.](#), 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 è presentata da una mandante del RTI aggiudicatario

Assodato quindi 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. anche *infra*) 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.

Al 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, 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:

- l'**impresa** stessa **non** rivesta la qualità di **mandataria**;
- 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 esplicitate: avvalimento e autorizzazione giudiziale), restino ferme anche per il caso di partecipazione in forma aggregata. Semmai, in tale ipotesi, secondo l'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.

In sintesi, dunque, **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, c.c.p.](#), su cui v. *infra*, § 5), **devono ricorrere le seguenti condizioni:**

- **avvalimento di tutti i requisiti** (con la precisazione che la dichiarazione dell'ausiliario, può provenire da un operatore facente parte del raggruppamento);
- **autorizzazione del tribunale "fallimentare", previo parere del commissario giudiziale ove già nominato** (autorizzazione da richiedersi già con il deposito dell'istanza di concordato anche in bianco);
- **qualità di mandante** (e non di mandataria) dell'operatore economico di cui trattasi;
- **assenza di procedure concorsuali** a carico delle altre imprese partecipanti al RTI.

5. La possibile modifica soggettiva del RTI aggiudicatario

Si è dunque sin qui 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\), c.c.p.](#)

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 c.c.p.](#), 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;
- ii. ovvero **provveda all'esecuzione direttamente o a mezzo degli altri mandanti**, purché questi abbiano i necessari requisiti in relazione alle prestazioni da eseguire.

La modifica soggettiva è quindi consentita quale conseguenza di un evento che privi l'impresa che lo subisce della capacità di contrarre con la pubblica amministrazione. Del resto, al riguardo, la giurisprudenza, anche 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 manca(va)no ab origine, non invece anche alle ipotesi - quale quella *sub iudice* - in cui la carenza dei requisiti sia sopravvenuta alla domanda di partecipazione, nelle quali ai sensi dei commi 17 (per il mandatario) 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](#))."
([Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2020, n. 4858](#)). In altri termini, nella medesima pronuncia da ultimo citata, il Supremo Consesso della giustizia amministrativa 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 (come nel caso che qui occupa) era sopravvenuta all'aggiudicazione, in conseguenza della presentazione dell'istanza di concordato preventivo in bianco (li della mandataria, mentre qui di una mandante), 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 avvalimento 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 ai sensi dell'[art. 48 c.c.p.](#) ovvero che la stessa, qualora avvenuta, non risponda alle condizioni normative** (perché ad esempio l'operatore economico subentrante o 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, ai sensi dell'[art. 161, comma 7, l.fall.](#) (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, al riguardo, non si rinvenga alcuna previsione normativa specifica.

Invero, l'assenza di disciplina positiva si riscontra non solo con riferimento al caso, peculiare e ora ipotizzato, dell'impresa, mandante del RTI aggiudicatario, che ha presentato domanda di concordato preventivo in bianco a gara conclusa, nelle more della stipula del contratto di appalto, di cui la stazione appaltante ha chiesto l'esecuzione in via d'urgenza [ex art. 32, comma 8, c.c.p.](#), la quale, esecuzione, è pertanto già in essere. E infatti, a seguito dell'intervenuta abrogazione dell'originario comma 4 dell'[art. 110 c.c.p.](#), per opera del più volte citato decreto "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.

Ad oggi, dunque, viene soltanto confermata la regola della prosecuzione del contratto pubblico in corso ([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.

In sintesi, dunque, **il fatto che il RTI aggiudicatario, di cui, al tempo dell'aggiudicazione, risulta 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.** Pertanto, continuerà a rimanere necessario il solo riscontro:

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