



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1165 del 2012, proposto da:

Ergon Engineering And Contracting Consorzio Stabile - S. Cons. A R.L., rappresentato e difeso dagli avv. Piero D'Amelio, Donatella Bardelloni, Maria Ughetta Bini, con domicilio eletto presso Maria Ughetta Bini in Brescia, via Ferramola, 14; Rti - Ergon S.C. A R.L., Prevedello Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Donatella Bardelloni, Maria Ughetta Bini, Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso Maria Ughetta Bini in Brescia, via Ferramola, 14;

***contro***

Anas Spa, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale Stato, domiciliata in Brescia, via S. Caterina, 6;

***nei confronti di***

Ics Grandi Lavori Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Alberto Salvadori, Andrea Musenga, Davide Angelucci, con domicilio eletto presso Alberto Salvadori in Brescia, via XX Settembre, 8; Carena Spa, Fimet Spa;

***per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari,***

del provvedimento 25 settembre 2012, comunicato in pari data con nota via telefax prot. n°CDG-0128002-P, con il quale la Commissione giudicatrice della gara di appalto MI 27/07 codice CIG 009648993b, indetta dall'ANAS S.p.a. con bando spedito alla Gazzetta ufficiale della Unione Europea il 16 novembre 2007 per l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dei lavori per la realizzazione del raccordo autostradale tra l'autostrada A4 e la Val Trompia, tronco Ospitaletto-Sarezzo, tratto Concesio-Sarezzo compreso lo svincolo di Concesio, lotto n°1, ha escluso dalla gara stessa il RTI formato dal consorzio ricorrente e dalla Prevedello S.p.a.:

di tutte le operazioni della Commissione di gara;

del provvedimento in pari data con il quale la predetta Commissione ha aggiudicato in via provvisoria la suddetta gara al RTI formato da ICS Grandi Lavori S.p.a., Carena S.p.a. e Fimet S.p.a.;

del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ove intervenuto;

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Ics Grandi Lavori Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Ics Grandi Lavori Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Musenga, Davide Angelucci, Alberto Salvadori, con domicilio eletto

presso Alberto Salvadori in Brescia, via XX Settembre, 8;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2013 il dott. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Il Consorzio Stabile Ergon, odierno ricorrente, ha partecipato in raggruppamento temporaneo con altra impresa alla gara d'appalto di cui meglio in epigrafe (doc. 4 ricorrente, copia del bando relativo) si è dapprima classificato primo con offerta anomala nella graduatoria provvisoria, ma -con provvedimento della Commissione giudicatrice reso a verbale n°44 della seduta del 25 settembre 2012 e di seguito comunicato- ne è stato escluso "per la perdita del requisito generale prescritto dall'articolo 38 comma 1 lettera a)" del d. lgs. 12 aprile 2006 n°163 (doc. 2 ricorrente, copia verbale citato, v. p. 1, ove la classifica provvisoria, e p. 3, ove l'esclusione; la citazione è dal penultimo paragrafo; doc. 1 ricorrente, copia comunicazione).

In merito, la Commissione giudicatrice ha preso atto che del Consorzio Ergon era parte altra impresa, denominata "Consorzio Etruria"; che a carico del Consorzio Etruria era stato deliberato un concordato preventivo come da sentenza del Tribunale di Firenze, sezione III, collegio fallimentare, 9 maggio 2012; che in base a tale concordato, definito in tale sentenza "con continuità aziendale", il Consorzio Etruria è stato scisso in due soggetti, il ramo "concordato", che rimane in capo al Consorzio Etruria medesimo, e il ramo "continuità", attribuito ad una neo costituita "L'Avvenire 1921 S.c. a r.l."; infine che tutti i requisiti di partecipazione alle gare a termini dell'atto di scissione erano stati trasferiti alla neo costituita, restando oltretutto il rapporto pendente di cui alla gara in capo al consorzio Etruria; per tutto ciò, la Commissione ha quindi ritenuto la sopravvenuta mancanza in capo al Consorzio Ergon dei requisiti di partecipazione, appunto in forza dell'art. 38 citato, per essere intervenuto concordato preventivo a carico di una consorziata (doc. 5 ricorrente, copia sentenza di omologa citata; a p. 24 ultima riga è menzione della continuità aziendale; doc. 6 ricorrente, copia atto di scissione, ove all'art. 1 sono indicati i rami "concordato" e "continuità"; doc. 2 ricorrente, cit., p. 2).

Avverso tale esclusione ed i conseguenti provvedimenti, in particolare di aggiudicazione provvisoria (doc. 5 ANAS ultima parte, copia verbale n°45 del 25 settembre 2012, ove quest'ultima), il Consorzio Ergon propone impugnazione con ricorso articolato in due censure, riconducibili ad un unico motivo di violazione degli artt. 38 d. lgs. 163/2006 e 186 bis R.D. 16 marzo 1942 n°267, nel testo risultante dal c.d. decreto sviluppo, ovvero dall'art. 33 comma 1 n°5 lettera h) e comma 2 del d.l. 22 giugno 2012 n°83 convertito nella l. 7 agosto 2012 n°134. Sostiene in proposito il ricorrente che le norme citate, secondo le quali in sintesi estrema il concordato preventivo con continuità aziendale non comporta di per sé perdita dei requisiti di partecipazione alle pubbliche gare, si sarebbero dovute applicare anche al caso di specie, essendo il ramo "continuità", in possesso dei requisiti medesimi -ovvero la Avvenire 1921- rimasto ad ogni effetto all'interno del consorzio partecipante.

Resistono l'ANAS, con memoria 8 novembre 2012, e l'aggiudicataria ICS, con memoria formale 12 novembre 2012, nonché memoria e contestuale ricorso incidentale 14 novembre 2012.

In particolare, l'ANAS chiede che il ricorso sia respinto nel merito, osservando in fatto che il citato ramo "continuità", ovvero la Avvenire 1921, non risulta cessionario del rapporto giuridico di cui alla gara in corso, e che comunque la norma di favore del nuovo testo dell'art. 38 introdotto dal decreto sviluppo non sarebbe applicabile al caso di specie, in quanto relativo ad un procedimento di concordato apertosi prima della sua entrata in vigore.

La controinteressata ICS, per parte sua, fa proprie le predette argomentazioni; propone poi ricorso incidentale, sostenendo che il consorzio ricorrente principale si sarebbe comunque dovuto escludere dalla gara per due motivi:

- in base al primo di essi, per esser rimasto il proprio membro Consorzio Etruria privo della qualificazione SOA necessaria a partecipare per lo meno dal 25 giugno al 5 ottobre 2012 (memoria, p. 11);

- in base al secondo motivo, per avere il Consorzio Ergon medesimo omesso di produrre i documenti di cui l'ANAS aveva richiesto a pena di esclusione il deposito di copia entro il 28 agosto 2012, ovvero il libro soci e la certificazione SOA;

ciò premesso, conclude secondo logica chiedendo la declaratoria di improcedibilità del ricorso principale, ovvero la sua reiezione nel merito.

Con ordinanza 21 novembre 2012 n°511, confermata in sede di appello da C.d.S. sez. IV 9 gennaio 2013 n°16, la Sezione respingeva la domanda cautelare.

Con memorie 31 maggio 2013 per il ricorrente e 31 maggio e 7 giugno 2013 per la controinteressata, le parti hanno ribadito le rispettive asserite ragioni.

All'udienza del giorno 19 giugno 2013, la Sezione tratteneva quindi il ricorso in decisione e decideva la causa mediante pubblicazione, il giorno stesso, del dispositivo di che appresso.

#### DIRITTO

1. In ossequio all'insegnamento della nota C.d.S. a.p. 7 aprile 2011 n°4, si esamina per primo il ricorso principale, che è infondato per le ragioni di che appresso, ciò comportando l'inammissibilità del ricorso incidentale.

2. L'unico motivo di ricorso principale, fondato sull'asserita applicabilità alla fattispecie del nuovo testo dell'articolo 38 codice contratti, va respinto. La norma invocata, citata in narrativa, è propriamente l'art. 38 comma 1 lettera a) del d. lgs. 163/2006, che attualmente dispone "*Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del R.D. 16 marzo 1942, n°267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazione*".

3. A sua volta, l'art. 186 bis del R.D. 267/1942, ovvero della legge fallimentare, dispone nella sua prima parte "(Concordato con continuità aziendale). - *Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo.*" e prosegue con una minuziosa serie di adempimenti, necessari appunto perché tale "continuità aziendale" si realizzi.

4. Il testo riportato delle norme citate è stato introdotto da un recente provvedimento volto in generale a rimediare alla crisi economica in atto, il c.d. decreto sviluppo, ovvero il d.l. 22 giugno 2012 n°83 convertito nella l. 7 agosto 2012 n°134. Tale decreto, all'art. 33 comma 1 n°5 lettera h) ha inserito il nuovo art. 186 bis nella legge fallimentare e allo stesso articolo, comma 2, ha inserito nell'art. 38 comma 1 lettera a) del codice dei contratti l'inciso "*salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del R.D.16 marzo 1942, n. 267*", ottenendo così il risultato finale di rendere il concordato con continuità aziendale irrilevante quanto alla partecipazione dell'interessata ad una gara di appalto.

5. Si tratta, con tutta evidenza, di una norma eccezionale, in quanto deroga ad una regola di principio, e quindi, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa del ricorrente, non può ritenersi ricognitiva o interpretativa di una regola già prevista. Di conseguenza, ad essa non va riconosciuto valore retroattivo, anch'esso a ben guardare eccezionale, alla luce dell'art. 11 comma 1 preleggi; va invece determinata la sua data di entrata in vigore.

6. In proposito, dispone il comma 3 del citato art. 33 del medesimo decreto sviluppo, secondo il quale, per quanto

interessa: “Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano ai procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto...”, legge di conversione 7 agosto 2012 n°134 la quale, a norma del suo art. 1, è entrata in vigore il giorno successivo alla pubblicazione in G.U. 11 agosto 2012 n°187, ovvero il 12 agosto 2012. A semplice calcolo, quindi, il nuovo testo dell'art. 38 codice contratti è applicabile ai procedimenti introdotti dal giorno 11 settembre 2012.

7. In tali termini, allora, la lettera della norma di favore dovrebbe essere già sufficiente ad escludere che essa si applichi al caso di specie, in cui pacificamente il procedimento di concordato è anteriore: come si ricava dalla sentenza relativa (doc. 5 ricorrente, p. 2 quarto rigo), la domanda è del 21 giugno 2011. In proposito, però, la difesa ha sostenuto che il riferimento della norma in questione ai “*procedimenti introdotti*” ne farebbe salva l'applicabilità, stavolta senza limiti di tempo, ai concordati già ottenuti, come quello di cui si ragiona, conferendole così, ancora una volta, una sorta di indiretta retroattività.

8. L'assunto peraltro non va condiviso, sia per il ritenuto carattere eccezionale della norma, sia soprattutto perché, al fine di fare operare il concordato con continuità aziendale, l'art. 186 bis l. fall. Contestualmente introdotto prescrive una serie di adempimenti procedurali, a garanzia in sintesi di serietà e non elusività della procedura, adempimenti che all'evidenza, mancando norme in proposito, non si potrebbero ritenere adempiuti per il passato.

9. In contrario non valgono le due uniche decisioni edite sulla materia, che il ricorrente invoca male a proposito: TAR Valle d'Aosta 18 aprile 2013 n°23, che pur riguarda, così come l'altra sentenza TAR Friuli 7 marzo 2013 n°146, il diverso caso di società non ancora ammessa al concordato, ribadisce anzi che “si tratta di normativa che fa eccezione alla previsione di esclusione posta dallo stesso art. 38 per il caso di perdita di un requisito di ordine generale in corso di gara. Ne consegue che le norme relative al concordato con continuità aziendale siano, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, norme di stretta interpretazione.”.

10. Per completezza, va poi ribadito come l'esistenza nel caso di specie di una “continuità aziendale” fra l'ente in concordato, il Consorzio Etruria, e la nuova società subentrata, Avvenire 1921, appare dubitabile quanto al rapporto per cui è causa, che nel citato atto di scissione non appare trasferito nella sua individualità ed è cosa distinta dalla quota di partecipazione al Consorzio Ergon (v. doc. 6 ricorrente, cit.).

11. Come detto in esordio, la ritenuta infondatezza del ricorso principale comporta altresì che sia dichiarato inammissibile il ricorso incidentale.

12. La novità e particolarità della questione decisa, sulla quale come spiegato non constano editi esatti precedenti in termini, è giusto motivo per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, dichiarando altresì inammissibile il ricorso incidentale. Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Petruzzelli, Presidente

Mario Mosconi, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 09/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)