

Pubblicato il 13/06/2019

N. 03984/2019REG.PROV.COLL.

N. 07942/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7942 del 2018, proposto dalla società Cooperativa Muratori & Cementisti C.M.C. di Ravenna Soc. Coop, in persona del rappresentante legale *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo del costituendo RTI con le mandanti Carron Bau S.r.l. GmbH, Mair Josef & Co. KG des Mair Klaus e Di Vincenzo Dino & C. S.p.a. e Carron Bau S.r.l. GmbH, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, tutte rappresentate e difese dagli avvocati Angelo Clarizia, Paolo Carbone e Paolo Segalerba ed elettivamente domiciliate presso lo studio del primo dei suindicati difensori in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

la Provincia autonoma di Bolzano e l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, non costituiti nel presente grado di giudizio; la società P.A.C. S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di capogruppo del costituito raggruppamento temporaneo di imprese con le società mandanti Oberosler Cav. Pietro S.r.l., Erdbau S.r.l., Marx S.p.a., Bitumisarco S.r.l. e De.Co.Bau S.r.l., tutte rappresentate e difese dagli avvocati Manfred Schullian e Luca Mazzeo ed elettivamente domiciliata presso il secondo dei suindicati difensori in Roma, via Eustachio Manfredi, n. 5;

per la riforma

della sentenza non definitiva emessa dal Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Bolzano 25 luglio 2018 n. 253, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio della Società P.A.C. S.p.a. ed i documenti prodotti;

Vista l'ordinanza della Sezione 16 novembre 2018 n. 5519, con la quale è stata respinta l'istanza cautelare proposta dal raggruppamento appellante;

Esaminate le ulteriori memorie, anche di replica, depositate dalle parti in controversia con allegazione documentale;

Tenuto conto del dispositivo di sentenza n. 7289/2018;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2018 il Cons. Stefano Toschei e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Paolo Segalerba, Paolo Carbone, Luca Mazzeo e Manfred Schullian;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Dalla documentazione depositata sia in primo grado che nel presente giudizio di appello può evincersi che:

- la società cooperativa Muratori & Cementisti C.M.C. di Ravenna ha partecipato ad una gara bandita dalla Provincia autonoma di Bolzano, tramite l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ACP), con atto pubblicato in data 23 dicembre 2016 sul Supplemento alla Gazzetta, per l'affidamento dei lavori diretti alla *“Costruzione della circonvallazione nord ovest di Merano, Opere civili 2° lotto”*, per l'importo di € 102.635.000,00, di cui € 2.186.468,76 per gli oneri di sicurezza;
- più nello specifico l'oggetto dell'appalto consisteva nella realizzazione delle opere civili del II lotto della Circonvallazione nord-ovest di Merano, in prosecuzione del I lotto già realizzato, nel territorio dei Comuni di Merano e Tirolo, a partire dal km 1,018 in corrispondenza dell'incrocio tra via IV Novembre e lo svincolo “Merano Centro” (rotonda interrata di uscita dalla superstrada Merano-Bolzano - fine I lotto), seguendo un tracciato suddiviso in 3 tratti in galleria ed un quarto tratto in superficie e precisamente: a) un primo tratto di lunghezza di ca. 150 m in galleria artificiale (scavo a cielo aperto) da via IV Novembre in direzione via Cantiere e areale del Cantiere comunale, fino all'incrocio con via Laurin-via Goethe; b) un secondo tratto di lunghezza di ca. 1,150 km in galleria naturale

(scavo in sotterraneo in materiale sciolto) con tracciato al di sotto della via Goethe fino all'incrocio con via Verdi, successivo sottopassaggio di 3 edifici scolastici fino ad intersecare via Galilei ed entrare nel versante montano (Küchelberg) in corrispondenza della salita da via Galilei alla passeggiata "Tappeiner" (tale secondo tratto è caratterizzato dall'attraversamento di materiale sciolto - terreno misto di ciottoli, ghiaia, sabbia e trovanti - e termina nella rotonda di collegamento con la possibile costruzione di un garage in caverna; c) un terzo tratto di lunghezza di ca. 920 m sempre in galleria naturale (scavo in sotterraneo in roccia) fino al portale di uscita sotto Monte S. Zeno-Zenoberg sulla strada statale SS 44 verso la Val Passiria; d) un quarto tratto dell'opera relativo alla costruzione di una rotonda in corrispondenza dell'uscita dalla galleria e nella realizzazione dei raccordi stradali verso la Val Passiria, verso la zona artigianale "Monte S. Zeno-Zenoberg" del Comune di Tirolo e verso il quartiere di "Maia Alt" a Merano, con inclusa la costruzione di un semiviadotto;

- il criterio di aggiudicazione indicato dall'amministrazione precedente era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 33 della l.p. Bolzano 17 dicembre 2015, n. 16 e dell'art. 95 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con offerta da prodursi secondo il metodo dei prezzi unitari;

- alla gara partecipava la società cooperativa Muratori & Cementisti C.M.C. di Ravenna (in qualità di capogruppo mandataria di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese di tipo verticale con le mandanti Carron Bau S.r.l., Mair Josef & Co. KG des Mair Klaus e Di Vincenzo Dino & C. Sp.a., d'ora in poi, per brevità, CMC) e il raggruppamento temporaneo di imprese di tipo misto orizzontale costituito tra l'Impresa P.A.C. S.p.a., in qualità di capogruppo mandataria, con le mandanti Oberosler Cav. Pietro S.r.l., Erdbau

S.r.l., Marx S.p.a., Bitumisarco S.r.l., De.co.Bau S.r.l., Eurobeton 2000 S.r.l. e Gufler Roland (d'ora in poi, per brevità PAC);

- il raggruppamento CMC si classificava al primo posto della graduatoria finale redatta all'esito dell'esperimento della procedura selettiva, davanti al raggruppamento PAC e veniva dichiarato aggiudicatario con determina dirigenziale 1 settembre 2017 per un prezzo complessivo (IVA esclusa) di € 100.030.816,02;

- detto provvedimento di aggiudicazione della gara veniva impugnato dinanzi al Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Bolzano dal raggruppamento secondo classificato PAC, per motivi attinenti fondamentalmente al merito tecnico delle offerte presentate ed allo loro valutazione da parte della stazione appaltante e tale giudizio pende ancora (nella fase istruttoria) dinanzi al giudice di primo grado;

- in reazione al proposto ricorso del raggruppamento PAC secondo classificato della graduatoria di gara, spiegava ricorso incidentale il raggruppamento vincitore (CMC, odierno appellante) prospettando due motivi di censura sulla legittimità *in parte qua* degli atti della procedura svolta ed in particolare contestando la mancata esclusione dalla stessa, ai sensi dell'art. 80 d.lgs. 50/2016, del raggruppamento ricorrente (PAC) per effetto della intervenuta perdita dei requisiti di partecipazione della società Oberosler (mandante del raggruppamento PAC) per essere stata (la stessa) sottoposta a procedura di concordato in bianco ai sensi dell'art. 161, sesto comma, L.F. oltre alla (pure escludente) presenza di alcune pendenze debitorie di natura fiscale e contributiva a carico della medesima mandante, ormai accertate e sorte in epoca precedente rispetto alla data di apertura della procedura di scelta dell'affidatario del contratto da parte della stazione appaltante;

- il Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Bolzano, con la sentenza non definitiva 25 luglio 2018 n. 253 qui oggetto di appello, respingeva il ricorso incidentale e parzialmente quello principale (con riferimento al terzo dei tre motivi di censura dedotti dal raggruppamento ricorrente principale), disponendo consulenza tecnica d'ufficio per l'esame delle censure superstiti del ricorso principale-

2. - In sintesi e nello specifico il giudice di prime cure ha ritenuto:

- di scrutinare in via preliminare il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, prima posizionata nella graduatoria ed aggiudicataria della gara, CMC e quanto al primo motivo dedotto (e consistente nella denuncia circa la mancata esclusione del raggruppamento temporaneo di cui è mandataria la PAC per difetto dei requisiti di ordine generale in capo alla mandante Oberosler Cav. Pietro S.r.l. - d'ora in poi, per brevità, Oberosler - in seguito alla presentazione da parte della stessa al Tribunale di Bolzano, in data 23 ottobre 2017 di un'istanza di concordato preventivo *“con riserva”* ai sensi dell'art. 161 l.f.), dopo averlo ritenuto ammissibile per essere infondate le eccezioni preliminari sollevate dalla ricorrente PAC, lo ha respinto tenendo conto sia di alcuni precedenti giurisprudenziali del TRGA Bolzano sia del parere dell'ANAC n. 5 dell'8 aprile 2015 e pervenendo alla finale constatazione che *“la presentazione del ricorso per l'ammissione del concordato “in bianco” non priva di per sé l'impresa della possibilità di partecipare a una gara pubblica. Tuttavia la partecipazione, come evidenzia anche l'ANAC è condizionata all'autorizzazione del Tribunale normativamente prescritta (art. 186 bis, comma 4 L.F.) da rilasciare in costanza di sufficienti elementi idonei a rivelare nella domanda di concordato il suo carattere “prenotativo” della continuità d'impresa”* (così, testualmente, al punto 59 della motivazione della sentenza qui oggetto di appello);



- anche il secondo motivo dedotto nel ricorso incidentale della CMC – e relativo alla illegittima non tempestiva esclusione della ricorrente PAC dalla procedura di scelta del contraente, in quanto la Oberosler presentava esposizioni debitorie fiscali e contributiva – veniva ritenuto infondatamente proposto dal giudice di primo grado, atteso che *“nelle attestazioni dell’Agenzia delle entrate acquisite in esito all’ordinanza istruttoria n. 18/2018, si dichiara che “non risultano violazioni definitivamente accertate” a carico della Oberosler Cav. Pietro s.r.l. con riferimento alle date del 18.04.2016 e del 23.03.2017”* (così, testualmente, al punto 78 della sentenza qui oggetto di appello) e che, sul versante della regolarità contributiva e previdenziale, *“Risulta(va) (...) positivamente provato il possesso del requisito partecipativo per tutta la durata della procedura di aggiudicazione (...)”* (così, testualmente, al punto 90 della sentenza qui oggetto di appello);

- respinto per le ragioni di cui sopra il ricorso incidentale, il Tribunale amministrativo passava ad esaminare, nel merito, il ricorso principale proposto dalla PAC ritenendo che il primo motivo (*“se l’offerta risultata aggiudicataria implichi variazioni progettuali che incidono sulla struttura, funzione e tipologia del progetto a base di gara, ovvero se dette variazioni siano qualificabili in termini di soluzioni migliorative aventi ad oggetto aspetti tecnici lasciati aperti dalle previsioni progettuali?”*) nonché il secondo motivo di censura (*“volto a denunciare il presunto sconfinamento del cantiere che si assume provocato dalle varianti proposte dall’aggiudicataria, le quali amplierebbero di oltre il 60% l’area occupata dal cantiere, invadendo il sottosuolo di diverse proprietà private non asservite alla realizzazione dell’opera pubblica in oggetto”*) dedotti con il ricorso principale, *“involgono valutazioni di carattere eminentemente tecnico-scientifica che occorre preliminarmente dirimere per poter valutare la fondatezza del gravame”* (così al punto 100 della sentenza), sicché il ridetto Tribunale amministrativo



disponeva, rimettendo per la formulazione dei quesiti ad una specifica e separata ordinanza, l'affidamento di una consulenza tecnica d'ufficio;

- sempre in sede di merito il Tribunale amministrativo riteneva che fosse infondato, respingendolo quindi, il terzo motivo di censura dedotto con il ricorso principale dal raggruppamento PAC con il quale detto raggruppamento concorrente contestava *“la mancata presenza nell'organigramma di CMC del secondo contabile previsto dal punto R1 della relazione tecnica facente parte del progetto esecutivo”* (così, testualmente, al punto 105 della sentenza del TRGA Bolzano), atteso che *“In proposito, appaiono condivisibili le obiezioni sollevate dalla difesa di CMC nella parte in cui rileva che il disciplinare di gara (che concorre a determinare la lex specialis della procedura) contempla la presenza di un solo tecnico contabile. (...) L'indicazione progettuale di una seconda figura di contabile non risulta quindi recepita dalle norme di gara”* (così, testualmente, ai punti 105 e 106 della sentenza del TRGA Bolzano).

In conclusione, quindi, con sentenza non definitiva n. 253 del 2018, il TRGA Bolzano, scrutinando preliminarmente il ricorso incidentale proposto dal raggruppamento con capogruppo la CMC e ritenendolo “paralizzante”, lo respingeva e respingeva altresì il terzo motivo di ricorso proposto con il ricorso principale dal raggruppamento con capogruppo la PAC, rimandando, infine, ad una separata ordinanza il dettaglio del disposto mezzo istruttorio costituito dall'affidamento di una consulenza tecnica d'ufficio al fine di poter valutare la fondatezza o meno dei due restanti motivi proposti con il ricorso principale dal raggruppamento con capogruppo la PAC.

3. – Il raggruppamento con capogruppo la CMC, sul presupposto che la decisione del primo giudice fosse errata, (ri)proponeva in sede di appello, nei confronti della suindicata

sentenza non definitiva resa dal TRGA Bolzano, i motivi già dedotti con il ricorso incidentale in primo grado ed in particolare:

1) ricorda nel ricorso in appello il raggruppamento CMC che, con il ricorso incidentale proposto nel giudizio di primo grado, *“si era censurata la mancata esclusione dalla gara del RTI PAC ad onta del sopravvenuto venir meno, nelle more dello svolgimento della procedura di gara, del requisito generale di partecipazione prescritto dall’art. 80, comma 5 lettera b) del D.lgs. n. 50/2016 in capo alla mandante Oberosler del suddetto RTI: ciò, per effetto del deposito da parte della medesima Oberosler, in corso di gara, di una mera e non altrimenti qualificata domanda ex art. 161, VI comma, L.F. di concordato cd. “in bianco”, o “con riserva” di presentazione della proposta concordataria, del relativo piano e della documentazione prescritta dalla legge, nel termine all’uopo fissato dall’adito Tribunale di Bolzano. Tale situazione (...) integra già di per sé, pienamente, gli estremi della causa di esclusione testualmente prevista dal medesimo citato art. 80, comma 5 lettera b) del D.lgs. n. 50/2016, Codice dei Contratti Pubblici, per il caso della pendenza di un procedimento diretto all’ammissione alla procedura concorsuale del concordato preventivo, nella conclamata crisi aziendale, non potendosi nella fattispecie con tutta evidenza ravvisare l’unica clausola di salvezza eccezionalmente prevista dalla norma citata per “il caso di cui all’art. 186-bis” della L.F”* (così, testualmente, alle pagg. 8 e 9 dell’atto di appello);

2) ricorda ancora la CMC che con il secondo motivo dedotto nel ricorso incidentale in primo grado ella aveva evidenziato come *“dall’esame dell’istanza di concordato dalla stessa (PAC) presentata (...)”* emergeva *“una complessiva situazione debitoria a carico della suddetta Impresa per debiti previdenziali e tributari in ragione di un importo di Euro 6.780.887,54”*. Da qui, dunque, la comprova della presenza di una ulteriore causa di esclusione dalla gara a carico della Oberosler e, di riflesso, del raggruppamento ricorrente in via principale nel giudizio di

primo grado, per difetto dei corrispondenti requisiti di moralità professionale prescritti a pena di esclusione dall'art. 80, comma 4, d.lgs. 50/2016.

Insisteva quindi l'appellante che, in riforma della sentenza fatta oggetto di appello, fosse accolto il ricorso incidentale spiegato in primo grado con conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale in quella sede proposto dal raggruppamento con capogruppo la PAC.

4. - Nella mancata costituzione in giudizio delle intime Provincia autonoma di Bolzano e Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, si è costituito nel presente grado di appello il raggruppamento con capogruppo la PAC.

Il raggruppamento resistente in appello ha eccepito, in via preliminare, il sopravvenuto difetto di interesse alla decisione da parte dell'appellante raggruppamento CMC, atteso che in data 4 dicembre 2018 la società CMC (mandataria del raggruppamento aggiudicatario della gara) ha depositato avanti al Tribunale fallimentare di Ravenna una domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo *ex art. 161, comma 6, l.f.* Dalla lettura della domanda di ammissione alla procedura di concordato emerge anche che penderebbero *sei procedimenti per la dichiarazione di fallimento a carico della ridetta società*. Sicché, ad avviso del raggruppamento resistente in appello, la duplice circostanza riferibile alla mandataria del raggruppamento appellante in ordine alla pendenza di sei procedimenti per la dichiarazione di fallimento della Cooperativa C.M.C. nonché la proposizione della domanda concordataria "in bianco" da parte della società mandataria del raggruppamento aggiudicatario (fatti nuovi sottoposti all'attenzione, con comunicazione del 5 dicembre 2018 dal raggruppamento PAC, della stazione appaltante perché quest'ultima intervenga, in sede

di autotutela, procedendo all'annullamento dell'intervenuta aggiudicazione in favore del raggruppamento con mandante CMC) determinano la improcedibilità dell'appello per carenza di interesse.

Il raggruppamento resistente comunque, nel merito, ritiene infondati i due motivi di censura (ri)proposti nella sede di appello dal raggruppamento CMC per sostenere l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara del raggruppamento PAC e ciò in quanto:

- con riferimento al primo motivo dedotto (anche con il ricorso incidentale in primo grado), circa l'asserita perdita, da parte di PAC, del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. b., d.lgs. 50/2016, a seguito della proposizione in data 21 ottobre 2017 della domanda di concordato preventivo c.d. in bianco *ex art.* 161, comma 6, l.f., da parte della Oberosler Cav. Pietro S.r.l., l'istanza del concordato "in bianco" è stata presentata dalla Oberosler in epoca successiva sia rispetto al momento della presentazione dell'offerta, avvenuta in data 28 febbraio 2017 che al momento di adozione del provvedimento di aggiudicazione in favore raggruppamento PAC, avvenuta in data 1 settembre 2017, sicché il requisito di partecipazione in questione non è venuto mai meno;
- con riferimento al secondo motivo dedotto nel ricorso incidentale di primo grado, (ri)proposto dall'appellante nella sede di appello, la sua infondatezza è dimostrata dalle attestazioni dell'Agenzia delle entrate prodotte in entrambi i gradi di giudizio e ciò vale anche per la regolarità previdenziale, dimostrata con i DURC, anch'essi depositati in giudizio e rilasciati senza soluzione di continuità per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e fino al 20 ottobre 2018.

In conclusione il raggruppamento resistente in sede di appello chiedeva la dichiarazione di improcedibilità dell'appello proposto ovvero la reiezione dello stesso.

Le parti costituite producevano ulteriori memorie e documenti rappresentando la fondatezza delle opposte conclusioni.

5. – La domanda cautelare che accompagnava l'atto di appello veniva respinta con ordinanza della Sezione 16 novembre 2018 n. 5519 sul presupposto che la richiesta cautelare era, *“sostanzialmente, diretta a sospendere la prosecuzione del giudizio di primo grado, finalità che non può, tuttavia, essere perseguita attraverso un’istanza cautelare ex art. 98 c.p.a. presentata dinanzi al giudice di secondo grado investito dell’appello proposto avverso la sentenza non definitiva, ma, semmai, attraverso gli strumenti processuali di cui al combinato disposto degli artt. 39, comma 1, c.p.a. e 279, co. 4, o, eventualmente, 295 c.p.c., rispettivamente 129-bis disp. att. c.p.c., da azionare dinanzi al giudice di primo grado”*.

La discussione della fase di merito veniva fissata per l'udienza del 12 dicembre 2018, all'esito della quale era depositato il dispositivo di sentenza n. 7289/2018 con il quale la Sezione, con riferimento all'appello proposto *“lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza non definitiva (n. 253/2018) appellata, accoglie il ricorso incidentale proposto nell'ambito del giudizio di primo grado (n. R.g. 215/2017) e dichiara improcedibile il ricorso principale”*.

6. – Va anzitutto sgombrato il campo dal (possibile) dubbio che non possa decidersi nella sede di appello un ricorso proposto dalla parte, soccombente nel giudizio di primo grado, che intende ottenere la riforma della sentenza pronunciata dal Tribunale amministrativo regionale seppure ancora non idonea (in quanto “non definitiva”) a definire il contenzioso proposto dinanzi al giudice di prime cure.

Infatti - e come è ampiamente noto - nel processo amministrativo il giudizio di appello non ha per oggetto immediato il provvedimento impugnato in primo grado, soprattutto se la decisione appellata è stata di accoglimento (anche solo parziale) di censure sollevate nei

confronti degli atti impugnati, ma innanzitutto la sentenza con la quale è stato deciso il ricorso della quale si contesta la giustizia e della quale viene chiesta la riforma integrale o parziale; l'interesse dell'appellante è, infatti, volto alla eliminazione (anche solo parziale) della sentenza appellata, per evitare che la situazione giuridica oggetto del ricorso si cristallizzi e diventi definitiva con il passaggio in giudicato, e per giungere, così, ad una regolamentazione degli interessi diversa da quella disposta all'esito del giudizio di primo grado (cfr., tra le molte, Cons. Stato, Sez. III, 13 ottobre 2014 n. 5057).

D'altronde, con riferimento all'art. 279, commi 2 e 4, c.p.c., si è più volte affermato che, nel caso di sentenza non definitiva e di prosecuzione del giudizio per l'ulteriore istruzione della controversia (come è avvenuto nel caso che qui ci occupa), il giudice resta da questa vincolato (anche se non passata in giudicato) sia in ordine alle questioni definite, sia per quelle che ne costituiscano il presupposto logico necessario, senza poter risolvere quelle questioni in senso diverso con la sentenza definitiva e, ove lo faccia, il giudice di legittimità può rilevare d'ufficio non solo la violazione del giudicato interno originante dalla sentenza non definitiva che non sia immediatamente impugnata, né fatta oggetto di riserva di impugnazione differita, ma anche la preclusione che gli derivi dalla propria decisione non definitiva sul punto, ove fatta oggetto di riserva di impugnazione differita (cfr. Cass. civ., Sez. VI, 3 maggio 2012 n. 6689 e Sez. I, 8 giugno 2007 n. 13513 nonché Cons. Stato, Sez. III, 21 novembre 2016 n. 4863).

7. – In via (ancora) preliminare il Collegio ritiene che non possa considerarsi fondata l'eccezione sollevata dal raggruppamento PAC, con memoria depositata l'11 dicembre 2018 presso la segreteria della Sezione, nella quale si chiede che questo giudice dichiari la improcedibilità del ricorso in appello proposto dal raggruppamento CMC per sopravvenuto

difetto di interesse alla decisione del contenzioso in grado di appello; ciò in ragione della duplice circostanza, sopravvenuta rispetto all'epoca di proposizione dell'appello, che in data 4 dicembre 2018 la società CMC ha depositato avanti al Tribunale fallimentare di Ravenna una domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo *ex art. 161*, comma 6, l.f. e che dalla lettura della domanda di ammissione alla procedura di concordato emerge anche la notizia che penderebbero sei procedimenti per la dichiarazione di fallimento a carico della ridetta società. Entrambe le circostanze sono state peraltro rappresentate il 5 dicembre 2018 alla stazione appaltante dal raggruppamento PAC, con istanza di autotutela volta a far ritirare l'aggiudicazione intervenuta in via definitiva in favore del raggruppamento CMC.

Ad avviso del Collegio gli elementi prodotti dal raggruppamento resistente in grado di appello non sono idonei a far venir meno l'interesse alla coltivazione del presente giudizio di secondo grado da parte del raggruppamento CMC.

A tale conclusione si giunge, non solo perché rispetto ai suindicati fatti nuovi non vi è stato alcun pronunciamento da parte della stazione appaltante, sicché ogni iniziativa intesa a valutare la posizione di CMC rispetto alla operazione contrattuale in corso (giunta alla conclusione della (sub)fase di scelta del contraente) da parte del giudice amministrativo costituirebbe una impropria (e vietata) ingerenza su un potere amministrativo che ancora deve essere esercitato da parte dell'amministrazione assegnataria di quel potere (nel nostro caso la stazione appaltante), ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a. (a mente del quale *“In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*), ma anche perché la dichiarazione di improcedibilità del ricorso in sede di appello provocherebbe un “acritico” passaggio in giudicato di quella parte della decisione non

definitiva assunta dal giudice di primo grado che, invece, definisce nel merito, respingendolo, il ricorso incidentale proposto dal raggruppamento CMC nel primo giudizio, circostanza invece riferibile alla parte della sentenza n. 253/2018 con la quale il TRGA di Bolzano ha respinto il terzo motivo di ricorso dedotto dal raggruppamento PAC con il ricorso principale di primo grado, non avendo quest'ultimo raggruppamento proposto appello incidentale nei confronti di tale segmento (definitorio) della sentenza.

8 – Ritenuta la permanenza dell'interesse del raggruppamento appellante alla definizione del presente giudizio d'appello, spetta ora al Collegio di illustrare le ragioni che, nel merito, conducono all'accoglimento del gravame proposto dal raggruppamento CMC nei confronti della sentenza n. 253/2018 nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale proposto dal medesimo raggruppamento in sede di primo grado, per come si è anticipato nel dispositivo di sentenza n. 7289/2018.

9. – Va premesso, anzitutto, che è corretta la decisione del primo giudice di procedere con priorità all'esame del ricorso incidentale avente natura paralizzante, facendo retto governo dei principi affermati da questo giudice di appello (in particolare nelle decisioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014 n. 9, 30 gennaio 2014 n. 7 e 7 aprile 2011 n. 4).

Come ha già ricordato la Sezione nel recente precedente 3 dicembre 2018 n. 6838, dopo la pubblicazione della Sentenza Corte di Giustizia UE del 4 luglio 2013 nella causa C-100/12, *Fastweb*, così come interpretata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la (sopra citata) sentenza n. 9/2014, nel caso in cui nella graduatoria finale della gara in contestazione risultano inclusi più di due soggetti, l'accoglimento del ricorso incidentale, quando contiene censure finalizzate all'esclusione del concorrente secondo classificato che

ha proposto il ricorso principale, produce effetti sull'esistenza della legittimazione all'impugnazione del ricorrente principale, cioè sull'esistenza di una condizione dell'azione e quindi su una questione processuale di rito.

Quando vi sono più offerte valide oltre a quelle del ricorrente principale e del ricorrente incidentale, in caso di fondatezza del ricorso incidentale il ricorso principale non può essere esaminato, atteso che in tale ipotesi l'accoglimento contestuale del ricorso principale e del ricorso incidentale con la conseguente esclusione dalla gara sia del ricorrente principale, sia del ricorrente incidentale, determinerebbe comunque un esito privo di utilità per entrambe le parti, in quanto dall'accoglimento di entrambe le domande impugnatorie discenderebbe l'aggiudicazione dell'appalto in favore di un terzo concorrente, che non ha impugnato l'esito della gara.

Tale orientamento giurisprudenziale va confermato anche dopo la pubblicazione della Sentenza della Corte di Giustizia UE del 5 aprile 2016 nella causa n. 689/2014 in quanto, sebbene il Giudice eurounitario abbia statuito che gli artt. 1, paragrafo 1, comma 3, e 3 della direttiva n. 665/1989 debbono essere interpretati nel senso che deve essere tutelato l'interesse del ricorrente principale ad ottenere l'esclusione degli altri concorrenti e che perciò il ricorso principale non può essere dichiarato inammissibile a causa dell'esame prioritario del ricorso incidentale, va rilevato che la fattispecie, oggetto di quel giudizio, si riferiva ad una gara, alla quale avevano partecipato più di due imprese, in cui tutti - però - gli offerenti erano stati esclusi dalla stazione appaltante e soltanto due avevano impugnato la loro esclusione dinanzi al giudice amministrativo e pertanto nessuna delle offerte presentate era regolare (cfr. punti 14, 28 e 29 della sentenza del 5 aprile 2016 nella causa n. 689/2014).

Pertanto, alla stregua di quanto emerge dalla lettura della suindicata sentenza della Corte di giustizia UE, l'obbligo di esaminare sia il ricorso principale che il ricorso incidentale sussiste soltanto se l'accoglimento di entrambi i gravami determina la necessità per la stazione appaltante di indire un nuovo procedimento di evidenza pubblica, atteso che il Giudice eurounitario ha stabilito che va sempre tutelato l'interesse alla rinnovazione della gara, cioè l'interesse pubblico al corretto dispiegarsi della concorrenza, in quanto all'esito della nuova gara il ricorrente potrebbe risultare aggiudicatario. Tale interesse, però, non può essere soddisfatto, se vi è un terzo concorrente che non è stato escluso dal procedimento e che risulta estraneo alla controversia giurisdizionale, in quanto in tale caso la gara non va ripetuta e l'appalto andrebbe aggiudicato non a uno dei due ricorrenti, ma al terzo offerente.

10. - Nel caso di specie, come risulta dalla documentazione in atti e come è stato anche sottolineato nella sentenza del TRGA di Bolzano qui oggetto di appello (al punto 5), alla gara e con riferimento al secondo lotto (qui di interesse), presentavano la loro offerta, oltre ai due raggruppamenti oggi in controversia, altre 7 imprese o raggruppamenti (vale a dire, il costituendo raggruppamento S.A.L.C. S.p.a., con Sposato Costruzioni S.r.l., Europea 92 S.p.a., SIS S.c.p.a., Astaldi S.p.a., il costituendo raggruppamento C.M.B. Società cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi e Ghella S.p.a., il costituendo raggruppamento Società italiana per Condotte d'Acqua S.p.a. con Consorzio Integra Soc. coop. e Cossi Costruzioni S.p.a., il costituendo Consorzio impresa Pizzarotti & C. S.p.a., con Collini Lavori S.p.a.; l'Astaldi S.p.a., la SIS S.c.p.a. e l'Europea 92 S.p.a.). Tutte le offerenti venivano ammesse sia alla verifica della documentazione amministrativa, sia a quella della valutazione della Commissione tecnica e quindi si collocavano in graduatoria dietro al raggruppamento PAC.

Ne deriva che quanto si è sopra puntualizzato trova applicazione anche nel caso sottoposto all'esame del Collegio, confermando la correttezza della scelta operata dal giudice di primo grado nell'esaminare in via prioritaria il ricorso incidentale proposto dal raggruppamento aggiudicatario.

Per completezza va poi aggiunto che proprio dalla statuizione della sentenza della CGUE 5 aprile 2016 nella causa n. 689/2014 (*Puligenica*), secondo cui gli artt. 1, paragrafo 1, comma 3, e 3 della direttiva n. 665/1989 vanno interpretati nel senso che deve essere tutelato l'interesse ad ottenere l'esclusione degli altri concorrenti, discende che non può più essere seguito l'altro principio, stabilito dalla più sopra richiamata decisione 25 febbraio 2014, n. 9 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui il ricorso incidentale prevale sempre sul ricorso principale, quando contengono entrambi censure finalizzate all'esclusione dalla gara della controparte, attinenti alla medesima fase del procedimento di evidenza pubblica, mentre, in caso contrario, prevale il gravame, che deduce il vizio escludente, che si riferisce alla fase del procedimento che si svolge per prima.

Tuttavia, nel caso di specie, le censure dedotte in primo grado dai raggruppamenti in controversia attengono alla sussistenza o meno in capo alle imprese facenti parte del raggruppamento avversario dei presupposti di partecipazione alla selezione (o, se lo si preferisce, relativi all'assenza o alla presenza di motivi ostativi alla partecipazione alla procedura ai sensi dell'art. 80 d.l.gs. 50/2016), verifica che può essere effettuata dalla stazione appaltante in ogni momento della (pluri)fase procedimentale riferibile alla intera filiera amministrativa volta alla individuazione del contraente, sicché i limiti all'applicazione della regola del preventivo scrutinio del ricorso incidentale paralizzante in siffatti casi non possono trovare applicazione.

11. - Va, infine, ancora aggiunto che, come è noto, con ordinanza 11 maggio 2018 n. 6, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia europea la questione in merito alla compatibilità, con il diritto europeo che disciplina i ricorsi giurisdizionali in materia di contratti pubblici, della preventiva disamina da parte del giudice amministrativo (italiano) del ricorso incidentale paralizzante con conseguente superfluità di scrutinio del ricorso proposto da altro concorrente della gara, formulando il seguente quesito: *“se l'art. 1, paragrafi 1, comma 3, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 - che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 - possa essere interpretato nel senso che esso consente che, allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione), sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento e, rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art.112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 c.c.), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 c.c.)”*.

La rinnovata rimessione al giudice europeo della questione in ordine alla compatibilità con il diritto europeo dell'esame esclusivo del ricorso incidentale “paralizzante” (o “escludente”) potrebbe indurre il Collegio a valutare l'opportunità (come ha valutato il TRGA di Bolzano, giungendo ad una soluzione negativa che, per quanto appresso si dirà,

viene condivisa dal Collegio) di disporre la sospensione del presente giudizio in attesa della definizione del giudizio sulla questione pregiudiziale europea di cui sopra.

La sospensione del processo, ai sensi dell'art. 295 c.p.c. applicabile al processo amministrativo in virtù del richiamo ad esso operato dall'art. 79, comma 1, c.p.a., è consentita solo per la c.d. pregiudizialità tecnica (o necessaria). Questa sussiste quando una controversia (pregiudiziale) costituisca l'indispensabile antecedente logico-giuridico dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata, in ragione del fatto che il rapporto giuridico della prima rappresenta un elemento costitutivo della situazione sostanziale dedotta nella seconda, per cui il relativo accertamento si imponga nei confronti di quest'ultima con efficacia di giudicato, al fine di assicurare l'uniformità di decisioni (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. un., ord. 27 luglio 2004 n. 14060, sent. 5 giugno 2000 n. 408 e 11 aprile 1994 n. 3354; Sez. I, ord. 2 agosto 2007 n. 16995, 27 gennaio 2006 n. 1741; Sez. III, ord. 28 dicembre 2009 n. 27426, 25 maggio 2007 n. 12233 e 30 giugno 2005 n. 13950 nonché Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2016 n.640 e 16 febbraio 2015, n. 806, Sez. IV, 18 novembre 2014 n. 5662 e 8 gennaio 2013 n. 39, Sez. VI, 12 marzo 2012 n. 1386).

Come è stato chiarito da questo Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2014 nn. 2483 e 2484), la pregiudizialità necessaria si pone tra rapporti giuridici diversi, collegati in modo tale per cui la situazione giuridica della causa pregiudiziale si pone come elemento costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo del distinto rapporto dedotto nella causa dipendente, la cui esistenza è dunque necessariamente presupposta dalla prima. Il rapporto di pregiudizialità in senso tecnico è pertanto configurabile quando il *petitum* della domanda pregiudiziale costituisce al contempo la *causa petendi* o, per converso fatto

paralizzante (impeditivo, modificativo, estintivo), della domanda dedotta nella causa dipendente (cfr., al riguardo, Cass., Sez. un., n. 14060/2004 cit.).

In estrema sintesi, il nesso di pregiudizialità-dipendenza intercorre tra distinti rapporti giuridici quando l'esistenza di uno dipende dall'esistenza o dall'inesistenza dell'altro ed in base a ciò il fondamentale principio di unità dell'ordinamento giuridico impone la conformità tra giudicati.

Al di fuori di questa ipotesi la sospensione non è obbligatoria perché, come è stato evidenziato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione (ad esempio nella già citata ordinanza del 27 luglio 2004 n. 14060), essa determina l'arresto del processo dipendente per un tempo indeterminato *“e certamente non breve (...) fino al passaggio in giudicato della decisione sulla causa pregiudiziale (...) onde evitare il rischio di conflitto tra giudicati”*, così dilatando i tempi della decisione finale del giudizio e le aspettative ad una sua rapida definizione che le parti che si oppongono alla sospensione legittimamente possono vantare.

12. - Occorre poi segnalare che l'ordinamento processuale interno, ivi compreso quello amministrativo, conosce la c.d. sospensione impropria del giudizio, adottabile dal giudice qualora in altro giudizio (ad esempio) sia stata sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma applicabile nel primo (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., ord. 15 ottobre 2014 n. 28). Questa statuizione sospensiva produce a sua volta effetti di economia dei mezzi processuali e di ragionevole durata del processo, evitando che la Corte Costituzionale sia nuovamente investita della medesima questione già sollevata nell'altro giudizio ed il conseguente rischio prolungare la durata del giudizio di costituzionalità, e di riflesso di quello a quo.

Tuttavia, deve del pari precisarsi che la sospensione impropria costituisce oggetto di una facoltà del giudice, per l'esercizio della quale egli deve avere appunto riguardo alle conseguenze sulla durata e sull'esito del giudizio di cui è chiesta la sospensione.

Effettuata questa ricognizione, va in primo luogo escluso che il giudizio davanti alla Corte giustizia dell'unione europea sia pregiudiziale rispetto a quello presente, in quanto la CGUE si è già espressa sulla questione così come il supremo Consesso della giustizia amministrativa (in ben tre diverse occasioni negli ultimi otto anni), rendendo dunque possibile al giudice del merito, seppur decidente in ultima istanza, come avviene nella presente circostanza, di poter valutare l'applicabilità degli istituti (processuali) posti in discussione dalla questione di pregiudizialità europea per via interpretativa e senza attendere il nuovo pronunciamento del giudice europeo.

Inoltre la sospensione del presente giudizio influirebbe negativamente sia sull'interesse delle parti controvertenti sia sull'interesse pubblico delle amministrazioni coinvolte, di talché, anche per tale profilo, il Collegio non ravvisa la sussistenza degli estremi per procedere alla sospensione (neppure) facoltativa.

Può quindi procedersi all'esame del merito dell'appello proposto dal raggruppamento CMC.

13. – Con il primo motivo di ricorso incidentale (proposto in primo grado e riproposto come primo motivo di appello) il raggruppamento CMC sostiene la illegittima partecipazione alla selezione da parte del raggruppamento PAC che ritiene viziata dalla perdita, in corso di procedura, del requisito generale di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. 50/2016, per avere la mandante Oberosler Cav. Pietro S.r.l. presentato istanza di concordato preventivo “*in bianco*” ex art. 161, comma 6, l.f..

Infatti, in pendenza del ricorso di primo grado proposto dal raggruppamento PAC dinanzi al TRGA di Bolzano con ricorso notificato il 2 ottobre 2017, in data 21 ottobre 2017 l'impresa Oberosler (mandante del raggruppamento PAC) depositava la predetta istanza dinanzi al Tribunale di Bolzano e da tale circostanza il raggruppamento CMC, odierno appellante, fa discendere la perdita del requisito di partecipazione – che, come è noto deve sussistere in capo al concorrente e da esso deve essere mantenuto, per l'intero arco di vita di tutta la operazione contrattuale a far data dall'avvio del termine per il deposito della domanda e dell'offerta fino alla completa esecuzione del contratto ed al suo pagamento (secondo il chiarissimo principio espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 20 luglio 2015 n. 8 a mente del quale: *“nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici 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”*) – in capo al raggruppamento avversario.

14. - Va a questo punto chiarito che nell'ambito del presente contenzioso, tenuto conto anche di quanto espresso dalle parti nelle memorie, anche di replica, prodotte nel presente grado di appello, vengono evocati, tra volte sovrapponendone le caratteristiche, due diversi istituti disciplinati dalla legge fallimentare: il concordato “in bianco” ed il concordato “con continuità aziendale”. E' dunque indispensabile approfondire le caratteristiche di ciascuno dei due istituti per coglierne le somiglianze e le differenze, con riferimento a quanto necessita per la definizione del presente contenzioso.

Il “pre-concordato” (o “concordato con riserva” o “concordato in bianco”, com’è stato finora variabilmente definito nella pratica e dai primi commentatori) e il “concordato con continuità aziendale” sono le due figure particolari di concordato preventivo disciplinate *ex novo* dal cd. decreto Sviluppo (d.l. 83/2012 convertito nella l. 134/2012).

La prima figura è, in effetti, del tutto originale per il nostro ordinamento (anche se non lo è in altri, come quello statunitense, dal quale è stata sostanzialmente importata per realizzare le utilità dell'*automatic stay* previsto dal *chapter 11* del codice fallimentare USA), e si traduce - come si evince dall'art. 161, comma 6, l.fall. - nella possibilità di depositare una domanda di concordato preventivo priva, di fatto, di contenuto, essendo finalizzata solo a chiedere al Tribunale la concessione di un termine (variabile da 60 a 120 gg. e prorogabile per non più di altri 60 gg.) proprio al fine di poter predisporre e poi presentare la vera e propria proposta di concordato, da corredare con quel piano e con quell'altra documentazione (compresa la relazione attestativa dell'esperto) che l'art. 161, comma 2, nel testo originario, esigeva invece che fosse presentata già al momento di deposito del ricorso (è stato peraltro previsto che il ricorrente possa presentare poi entro il termine, al posto della proposta definitiva di concordato, una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.*).

L'utilità che con tale domanda si mira a realizzare è soprattutto quella di poter fruire, per tutto l'arco temporale andante fino alla scadenza del termine concesso dal Tribunale (e con effetto a partire dalla data di iscrizione nel Registro delle imprese), di un ombrello protettivo contro le aggressioni esecutive dei creditori, le azioni cautelari e l'iscrizione unilaterale di diritti di prelazione (art. 168 l.fall.) pur in assenza di una proposta di

concordato vera e propria, solo in presenza della quale potevano prima scattare comparabili (anche se non identiche) misure protettive.

In definitiva, con tale istituto si paralizza temporaneamente quel potere-dovere del Tribunale di dichiarare inammissibile la proposta che esso sarebbe chiamato ad esercitare ai sensi dell'art. 162, comma 2, in ragione del difetto, appunto, dei presupposti previsti dai commi primo e secondo dell'art. 160, e dai primi quattro commi dell'art. 161, ossia, in sintesi, in ragione della mancanza degli elementi minimi di riconoscibilità di una proposta concordataria valida ed ammissibile, secondo la conformazione tipologica ed i requisiti formali e sostanziali previsti dalle predette norme.

Che si tratti di una paralisi temporanea di questo potere-dovere è dimostrato dal fatto che, a norma dell'art. 161, comma 6, ultimo periodo, se nel termine fissato dal Tribunale il debitore-ricorrente non deposita né una proposta definitiva di concordato (con il corredo documentale di cui si è detto), né, alternativamente (come pure la norma gli concede di poter fare), un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l.fall.*, “*si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo*”, ossia il Tribunale procede a convocare il debitore per contestargli l'inammissibilità della domanda e procedere poi a dichiararla, dichiarando eventualmente anche il fallimento se sia stata presentata un'istanza o richiesta in tal senso e, ovviamente, se ne sussistano i relativi presupposti.

Il Tribunale può dunque dichiarare inammissibile la domanda per difetto di proposta o per difetti della proposta o della prescritta documentazione, di norma, solo dopo il decorso del termine da esso stesso concesso, essendo rimasto paralizzato, sospeso, tale potere-dovere, durante il suddetto intervallo temporale.

Il che (valutato congiuntamente alla previsione dell'ultimo comma dell'art. 161, laddove, statuendosi che quando pende procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma non può superare i sessanta giorni, si impone per implicito un immediato *non liquet* sull'istanza di fallimento) spiega anche perchè una domanda di pre-concordato possa precludere il potere del Tribunale di decidere un'istanza o una richiesta di fallimento (già presentate) ancor prima che sia stata depositata una proposta definitiva di concordato, così anticipandosi quella situazione di pregiudizialità che, di solito, può riconoscersi sussistente solo quando siano contemporaneamente pendenti un procedimento pre-fallimentare e un procedimento concordatario attivato da una proposta definitiva, ipotesi in cui quest'ultima, quale soluzione alternativa (e preventiva) rispetto al fallimento, esige di essere valutata dal Tribunale prima che esso proceda all'esame dell'istanza o richiesta di fallimento.

15. - È necessario però ben comprendere la logica sottesa al sopra indicato meccanismo disegnato dal nuovo tessuto normativo: occorre in particolare tener conto del fatto che la regola è sempre quella dell'inammissibilità di una domanda di concordato che non sia corredata da proposta, piano e documentazione di supporto, mentre la sospensione del potere-dovere del Tribunale di dichiarare tale inammissibilità (pur in difetto dei presupposti previsti dalla legge), che scatta in ragione della concessione di termine ex art. 161, comma 6, è, invece, l'eccezione.

Il rapporto logico regola-eccezione impone infatti un'interpretazione ed un'applicazione tendenzialmente restrittive dell'istituto.

Una lettura restrittiva, del resto, non può non giustificarsi anche per il fatto, puro e semplice, che alla concessione di un così grande beneficio, come la prolungata ed anticipata

protezione offerta al debitore contro le aggressioni esecutive e cautelari dei suoi creditori insoddisfatti (di norma del tutto legittime), deve necessariamente corrispondere un contrappeso riequilibratore, il quale va ravvisato quanto meno in un'inevitabile limitazione dei poteri gestori del debitore a partire dal deposito della domanda e nel correlato potere di controllo del Tribunale sul loro esercizio, per evitare se non altro le condotte più abusive e pregiudizievoli per i creditori.

Proprio l'art. 161, comma 7, l.fall. mostra qual è stato al riguardo l'intendimento del legislatore: pur lasciando al debitore ricorrente il potere di compiere atti di ordinaria amministrazione [sottratti a revocatoria ex art. 67, comma 3, lettera e) e suscettibili di dar vita a crediti prededucibili], ha invece assoggettato a controllo preventivo di carattere autorizzatorio del Tribunale gli atti urgenti di straordinaria amministrazione, in relazione ai quali, dunque, può senz'altro reputarsi che il debitore subisca, per effetto della presentazione della domanda di pre-concordato, quanto meno uno “spossessamento attenuato”.

La conclusione trova ulteriore conforto nelle altre successive norme che prevedono la necessità di un analogo (anche se non identico) intervento autorizzatorio del Tribunale, in particolare l'art. 169-*bis*, che disciplina l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione dei contratti pendenti, e l'art. 182-*quinquies*, che disciplina l'autorizzazione a contrarre finanziamenti interinali prededucibili e a pagare in via anticipata crediti anteriori per prestazioni essenziali.

16. - L'art. 182-*quinquies*, in particolare, presenta un profilo di speciale interesse anche perché incrocia la significativa problematica (già in via generale, ma in particolare nel presente contenzioso) del rapporto intercorrente tra pre-concordato e concordato con

continuità aziendale nel punto in cui disciplina l'autorizzazione dei pagamenti di crediti anteriori per prestazioni essenziali.

Detta norma evoca anche il problema concernente il “se” possa già configurarsi la tipologia del “concordato con continuità aziendale”, come delineata dall'art. 186-*bis*, quando sia proposta una semplice domanda di pre-concordato, e per ciò stesso anche il problema dell'applicazione, in tale ipotesi, dei benefici speciali di cui commi terzo, quarto e quinto di quest'ultimo articolo (non risolubilità dei contratti in corso di esecuzione se non per volontà del debitore e su autorizzazione del Tribunale, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni; inefficacia di eventuali patti contrari; possibilità di continuazione di contratti pubblici e di partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici anche in raggruppamento temporaneo di imprese).

Ad avviso anche dei primi commentatori, se si approfondisce l'esame delle norme di riferimento, ci si avvede di come si muovano all'interno del pre-concordato disposizioni che hanno un variabile tasso di coerenza con questa figura.

In quest'ottica, l'unica disposizione normativa in tema di autorizzazioni speciali che sembra nascere già correlata coerentemente alla figura del pre-concordato, ed in funzione della stessa, è quella contenuta nel settimo comma dell'art. 161, laddove si prevede che dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore possa compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni.

La parola chiave dell'intera previsione sta nell'aggettivo “urgenti” riferito agli atti di straordinaria amministrazione. Non tutti gli atti aventi carattere “straordinario”, infatti, sono autorizzabili durante il pre-concordato, ma solo quelli urgenti.

La norma ha dunque portata e *ratio* restrittivi: dalla stessa discende la considerazione (interpretativa) che il debitore ricorrente in pre-concordato non può mai compiere atti di straordinaria amministrazione, o meglio, che egli può porre in essere solo quelli “urgenti” alla condizione che il Tribunale li autorizzi. Di conseguenza non possono mai essere compiuti gli atti di straordinaria amministrazione non urgenti. Essi potranno essere compiuti solo dopo l'ammissione al concordato e sempre che siano poi autorizzati dal Giudice Delegato a norma dell'art. 167 l.fall..

Prima di tale momento gli unici atti di straordinaria amministrazione che possono essere compiuti sono quelli urgenti autorizzati dal Tribunale, perché solo l'urgenza può fungere da causa giustificatrice in una fase in cui nessuno è ancora in grado di sapere quale proposta concordataria verrà presentata e sulla base di quale piano (o se addirittura sarà presentata non una proposta di concordato definitiva, ma invece una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.*).

Naturalmente il Tribunale non è chiamato a valutare solo l'urgenza, che è condizione necessaria, ma non sufficiente ai fini autorizzatori, occorrendo - per implicite ragioni logiche e sistematiche - anche che l'atto sia utile o quantomeno non dannoso.

Ma se l'atto nemmeno fosse urgente, il suo compimento potrebbe trovare giustificazione solo in relazione ad una programmazione futura, in ragione cioè del suo inserimento nel piano concordatario, ovvero nella sua utilità (o non dannosità) alla stregua di una valutazione positiva compiuta dal Giudice Delegato dopo l'ammissione al concordato, in sede di autorizzazione rilasciata *ex art. 167 l.fall.*

17 . –L'approfondita disamina delle figure della legge fallimentare evocate (ed evocabili) nel presente giudizio, resa indispensabile per sgombrare il campo da dubbi interpretativi,

conduce ad affermare che la partecipazione ad una procedura selettiva per l'affidamento di un contratto di appalto pubblico – così come la permanenza all'interno della procedura stessa, laddove al momento dell'avvio non era stata presentata, da parte dell'operatore economico, alcuna domanda di “concordato in bianco” – non possono inserirsi nell'ambito degli eventi occasionati dallo svolgimento di una attività ordinaria, ma rientrano nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione, anche solo per la circostanza che già solo la partecipazione alla procedura potrebbe ridurre ancor di più le opportunità di salvaguardia dei creditori.

È dunque evidente che l'istanza del debitore di ammissione al concordato preventivo costituisce una condizione impeditiva alla partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche, ma tale situazione ostativa può essere superata solo mediante l'adempimento degli obblighi documentali contemplati da tale disposizione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2018 n. 3225).

Ciò perché, se pure, come afferma la appellata PAC, la Oberosler non si trovava in stato di crisi quando ha presentato la propria offerta, certamente lo era al momento della presentazione dell'istanza di concordato (che, in caso contrario, non avrebbe avuto alcuna ragione d'essere) con la conseguenza che, contrariamente a quanto afferma la PAC, il mantenimento della sua partecipazione alle gara ed alle fasi successive, necessitava del controllo costituito specifica autorizzazione del Tribunale e del previo assolvimento degli obblighi documentali a ciò finalizzati.

D'altronde, ad ulteriore conferma della fondatezza del primo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado da CMC, va rilevato che la legge speciale di gara (art. 2.5 del disciplinare, prodotto in giudizio), limitava espressamente la partecipazione in capo alle sole

imprese ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale, ai sensi dell'art. 186 bis l.f., o che avessero presentato il ricorso diretto all'ammissione a tale procedura.

Nel caso di specie, però, la Oberosler non ha presentato una domanda di concordato con continuità aziendale, ma la (diversa) istanza di concordato c.d. in bianco, con riserva di presentazione del piano e della restante documentazione richiesta dall'art. 186 bis l.f. nel termine concesso dal Giudice (fissato da ultimo fissato alla data del 23 aprile 2018).

La circostanza poi che la Oberosler abbia ottenuto, successivamente alla proposizione dell'istanza di concordato c.d. in bianco – e nella pendenza della procedura di affidamento dell'appalto - il decreto di autorizzazione da parte del Tribunale fallimentare a partecipare alla gara *de qua*, non rileva nella presente sede giudiziale, al fine di condurre alla infondatezza del motivo dedotto in primo grado con il ricorso incidentale, atteso che tale autorizzazione non è accompagnata dagli ulteriori requisiti richiesti dall'art. 186-*bis* l.f., circostanza questa che indebolisce la solidità della partecipazione del raggruppamento appellato alla procedura, esponendo al rischio la stazione appaltante di non poter contare su un valido operatore economico nel caso di affidamento ad esso della procedura ad evidenza pubblica in svolgimento (e neppure nel caso di eventuale scorrimento nella graduatoria, in sede di esecuzione, laddove si dovesse rendere necessario per il venir meno dell'aggiudicatario).

18. – La fondatezza del primo motivo di appello, corrispondente al primo motivo del ricorso incidentale proposto da CMC dinanzi al giudice di primo grado, condurrebbe già, di per sé, all'accoglimento del mezzo di gravame.

Per completezza va anche considerata la fondatezza del secondo motivo di appello concentrato sul rilievo che “*dall'esame dell'istanza di concordato dalla stessa (PAC) presentata (...)*”

emergeva *“una complessiva situazione debitoria a carico della suddetta Impresa per debiti previdenziali e tributari in ragione di un importo di Euro 6.780.887,54”*.

In effetti, indipendentemente dalle controdeduzione espresse dal PAC sul punto, la documentazione (sul punto) prodotta in giudizio (da entrambe le parti in controversia) fa emergere che nei mesi che vanno da giugno ad ottobre 2017 la Oberosler non era in regola con il pagamento dei contributi previdenziali, venendo quindi in emersione, anche sotto tale profilo, un ulteriore motivo ostativo alla partecipazione del PAC alla (ed alla permanenza nella) procedura di evidenza pubblica in questione.

In argomento giova rammentare che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata con le sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016 e n. 10 del 25 maggio 2016 in senso conforme con l'indirizzo già espresso nella sentenza della stessa Plenaria n. 8 del 4 maggio 2012, sostenendo in sintesi che:

- “non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva”;
- “l'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013 non ha in alcun modo modificato la disciplina dettata dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 e, pertanto, la regola del previo invito alla regolarizzazione non trova applicazione nel caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa ai fini della partecipazione alla gara. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo) può, dunque, operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale,

ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione”;

- “rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, l'accertamento inerente alla regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara. Tale accertamento viene effettuato, nei limiti del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, in via incidentale, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale”.

L'applicazione di tali orientamenti esegetici, che si possono tenere fermi anche nel vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici, al caso di specie conduce all'accoglimento anche del secondo motivo di appello e di conseguenza del secondo motivo di ricorso incidentale dedotto in primo grado da CMC.

19. - Si precisa che la presente decisione è stata assunta tenendo conto dell'ormai consolidato “principio della ragione più liquida”, corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., n. 5 del 2015, cit. nonché Cassazione civ., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242), che ha consentito di derogare all'ordine logico di esame delle questioni e quindi di tralasciare ogni valutazione pregiudiziale sugli eccepiti o rilevabili profili di inammissibilità dell'appello nonché sulla violazione del divieto dei “*nova*” in appello e di risolvere la lite nel merito.

Inoltre, le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c. , in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla

giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663 e per il Cons. Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016 n. 3176). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

20. – La ritenuta fondatezza dei motivi dedotti con il mezzo di gravame qui scrutinato provoca, oltre all'accoglimento dell'appello, in riforma della sentenza non definitiva (n. 253/2018) appellata, l'accoglimento del ricorso incidentale proposto nell'ambito del giudizio di primo grado (n. R.g. 215/2017) e la dichiarazione di improcedibilità del ricorso principale proposto in quel grado giudizio.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza, per effetto del principio di cui all'art. 91 c.p.c., per come richiamato espressamente dall'art. 26, comma 1, c.p.a., imputate a carico della società P.A.C. S.p.a. ed in favore della Cooperativa Muratori & Cementisti C.M.C. di Ravenna Soc. Coop., in proprio e quale capogruppo del RTI con le mandanti Carron Bau S.r.l. Gmbh, Mair Josef & Co. Kg des Mair Klaus e Di Vincenzo Dino & C. S.p.a., possono liquidarsi nella misura complessiva di € 8.000,00 (euro ottomila/00), oltre accessori come per legge, oltre alla restituzione del contributo unificato per il grado di appello, se versato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello (n. R.g. 7942/2018), come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza non definitiva (n. 253/2018) appellata, accoglie il ricorso incidentale

proposto nell'ambito del giudizio di primo grado (n. R.g. 215/2017) e dichiara improcedibile il ricorso principale.

Condanna la società P.A.C. S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a rifondere le spese del doppio grado di giudizio in favore della Cooperativa Muratori & Cementisti C.M.C. di Ravenna Soc. Coop., in proprio e quale capogruppo del RTI con le mandanti Carron Bau S.r.l. Gmbh, Mair Josef & Co. Kg des Mair Klaus e Di Vincenzo Dino & C. S.p.A, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, che liquida nella misura complessiva di € 8.000,00 (euro ottomila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente FF

Bernhard Lageder, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Toschei

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO