

Massima: 17. *Ed infatti occorre al riguardo fare applicazione, al contrario di quanto ritenuto dal primo giudice, dei principi espressi nella sentenza dell'Adunanza Plenaria, 27 maggio 2021, n. 9 che ha ritenuto in primo luogo, sulla scorta dell'art. 186 bis, comma 4, l.fall., che la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva non possa considerarsi causa di automatica di esclusione, né inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici.*

Consiglio di Stato n. 8715 del 06/10/2023



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3336 del 2023, proposto da Duel S.r.l. in proprio e in Qualità di Mandante del Costituendo Rti, Aizoon Consulting S.r.l. in Qualità di Mandataria del Costituendo Rti, Acì Infomobility S.p.A. in Qualità di Mandante del Costituendo Rti, Tiscali Italia S.p.A. in Qualità di Mandante del Costituendo Rti, Università degli Studi di Torino Dip. Informatica in Qualità di Mandante del Costituendo Rti, Innovative Logistics Projects Consulting S.r.l. in Qualità di Mandante del Costituendo Rti, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 922495842A, rappresentati e difesi dall'avvocato Fabio Baglivo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

AGID Agenzia per L'Italia Digitale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle Imprese e del Made in Italy, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Ministero dell'Università e della Ricerca, Aizoon Consulting S.r.l. Nella Qualità di Mandataria del Costituendo Rti, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima bis) n. 5324/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Agid Agenzia per l'Italia Digitale e di Ministero delle Imprese e del Made in Italy;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2023 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Baglivo e dello Stato Santini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto notificato in data 12 aprile 2023 e depositato il successivo 13 aprile DUEL S.r.l. (d'ora in poi per brevità semplicemente DUEL) in proprio e in qualità di mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con AizoOn Consulting S.r.l. (mandataria), ACI Infomobility S.p.A. (mandante), Tiscali Italia S.p.A. (mandante), Università degli Studi di Torino Dipartimento di Informatica

(mandante), Innovative Logistics Projects Consulting S.r.l. (mandante) ha interposto appello avverso la sentenza del Tar per il Lazio, sezione I bis, 28 marzo 2023 n. 5324, con cui è stato rigettato il ricorso proposto dalla medesima DUEL avverso il provvedimento del RUP n. 4 del 7 novembre 2022 (indicato con il prot. n. A463BFE.2022.11.07.0020724) adottato dall'Agenzia dell'Italia Digitale- AGID (di seguito, "AGID"), trasmesso a mezzo pec in pari data, attraverso il quale è stata disposta l'esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese ai sensi del combinato disposto dell'art. 65, commi 3,4 e 9 e dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e f-bis), del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (di seguito anche "Codice dei contratti pubblici"), nonché degli articoli 161, comma 7, e 186 bis, comma 4, del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 dalla procedura di Partenariato per l'Innovazione avente ad oggetto l'attività di ricerca ed innovazione ed il successivo acquisto di "*Soluzioni innovative per il supporto alle decisioni con funzioni predittivo/adattative per la smart mobility*" ed avverso i relativi atti presupposti e consequenziali, specificatamente indicati in ricorso.

2. Dagli atti di causa risulta quanto di seguito specificato.

2.1. Con determinazione n. 129 del 5 maggio 2022 il Direttore Generale dell'AGID ha indetto la procedura di Partenariato per l'Innovazione *de qua*.

La procedura di gara, già oggetto di Avviso di preinformazione pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. 2020/S 087-208397, è stata bandita in attuazione del "*Programma Smarter Italy2, tematica "Smart Mobility"*".

La procedura di partenariato, disciplinata dall'art. 65 del d.lgs. 50/2016, ha previsto l'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), per un valore di gara pari a Euro 7.000.000,00, IVA esclusa.

La procedura, come descritta nel "*Disciplinare di selezione qualitativa*", si articolava nelle seguenti fasi: 1) selezione qualitativa ai sensi dell'art. 65, comma 3 del Codice; 2) presentazione delle offerte ai sensi dell'art. 64, comma 4 del Codice; 3)

aggiudicazione e stipula; 4) esecuzione del Contratto di Partenariato per l'Innovazione.

2.2. In relazione ai requisiti di ammissione, il disciplinare di gara prevedeva espressamente quanto segue: *“Possono presentare domanda di partecipazione alla presente procedura di gara gli operatori economici, di cui all’art. 45 del Codice che siano in possesso dei requisiti nel seguito previsti”* (v. punto 7.1 *“Candidati ammissibili”* ove era previsto tra l’altro che *“Ai sensi dell’art. 186-bis, comma 6 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, l’impresa in concordato preventivo con continuità aziendale può concorrere anche riunita in RTI purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al RTI non siano assoggettate ad una procedura concorsuale”*).

Inoltre, nel punto 10.1 Documento di Gara Unico Europeo – DGUE, nella parte II (relativa alle informazioni sull’operatore economico), si legge che *“per gli operatori economici ammessi al concordato preventivo con continuità aziendale di cui all’art. 186 bis R.D. 16 marzo 1942 n. 267, ad integrazione di quanto eventualmente dichiarato nella parte III, sez. C, lett. d) del DGUE) dichiarazione: - degli estremi del provvedimento di ammissione rilasciato dal Tribunale di; - gli estremi del provvedimento di autorizzazione a partecipare alle gare rilasciato dal giudice delegato sono i seguenti:.....”*.

2.3. Ha partecipato alla procedura tra gli altri, la società DUEL in qualità di mandante del costituendo RTI con AizoOn Consulting S.r.l. e altri, la quale ha dichiarato nella domanda di partecipazione di essere stata ammessa al concordato con continuità aziendale e di essere stata già autorizzata dal giudice delegato ai sensi dell’art. 110, comma 3, lett. a) del Codice (cfr pag. 11 all. A2 DGUE presentato con la domanda di partecipazione).

2.3.1. Successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle domande, con determinazione n. 205 del 12.7.2022 è stato nominato il seggio di gara per la verifica della regolarità e della completezza delle domande di partecipazione alla selezione qualitativa, nonché della relativa documentazione, presentata dagli

operatori al fine di attestare il possesso dei requisiti richiesti e di quant'altro necessario per essere ammessi alla successiva fase di offerta.

2.3.2. L'esame della domanda di partecipazione della DUEL (come emerge dal verbale n. 5 dell'11.8.2022 e dall'elenco allegato), si concludeva, per quanto riguarda la specifica posizione della predetta società, con la richiesta della Commissione di gara rivolta al RUP di attivazione del soccorso istruttorio per sopperire alla mancata esibizione, da parte della medesima, della documentazione relativa alla propria ammissione al concordato con continuità aziendale al quale aveva fatto riferimento nella propria domanda di partecipazione.

2.3.3. L'operatore economico nella comunicazione inviata in riscontro a detta richiesta precisava che era mutata la situazione rispetto a quella precedentemente dichiarata, poiché, nelle more, aveva provveduto al deposito, presso la Cancelleria del Tribunale di Roma, di un "*Accordo di ristrutturazione del debito, secondo l'articolo 182 bis, comma 1, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, in data 5 agosto 2022*" e che, pertanto, non si trovava più, in realtà, in alcuna delle situazioni previste dall'articolo 80 comma 5 lett. b) del Codice dei contratti pubblici.

2.3.4. A fronte di ciò, con nuova comunicazione n. 81158 del 26 settembre 2022, inviata a mezzo pec il giorno successivo, il RUP reiterava la richiesta precedentemente avanzata, evidenziando che le situazioni giuridiche oggetto di valutazione relative al possesso dei requisiti da dimostrare dovevano essere quelle esistenti alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione.

2.3.5. La DUEL riscontrava la nota menzionata con ulteriore dichiarazione, corredata da documentazione, nella quale attestava:

- di aver presentato, in data 14 marzo 2022, al Tribunale di Roma, ricorso per l'Ammissione alla Procedura di Concordato Preventivo di cui all'art.161, comma 6 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 con riserva di presentare nei termini di legge un

Accordo di ristrutturazione dei debiti di cui richiedere l'omologazione ai sensi dell'art. 182 bis;

- di avere ottenuto il Decreto di Ammissione del Tribunale di Roma in data 25 marzo 2022 (n. ruolo 20/2022);

- di avere richiesto in data 20 giugno 2022 al Tribunale di Roma l'autorizzazione a partecipare alla procedura competitiva di cui Bando AGID per cui è causa (*“Soluzioni innovative per il supporto alle decisioni con funzioni predittivo/adattative per la Smart Mobility”*);

- di aver ricevuto via PEC in data 27 giugno dal Commissario Giudiziale la seguente comunicazione *“Nelle more del provvedimento di autorizzazione da parte del G.D., Vi autorizzo a partecipare al bando con scadenza oggi 27 giugno h.12,00 non comportando tale atto l'immediata assunzione di impegni finanziari a Vs. carico”*.

2.3.6. I chiarimenti forniti non sono stati ritenuti soddisfacenti dal RUP che ha osservato che, contrariamente a quanto inizialmente indicato nel DGUE, la società non era in realtà in possesso dell'autorizzazione alla partecipazione alla gara da parte del G.D. del Tribunale Fallimentare di Roma e, inoltre non era in concordato con continuità aziendale ma in *“concordato con riserva”* ai sensi dell'articolo 161, comma 6, secondo periodo, R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (condizione, quindi, diversa da quella di cui al successivo articolo 186 bis della L.Fall.).

2.3.7. Pertanto il RUP, con provvedimento n. 4 del 7.11.2022, oggetto di impugnazione *in prime cure* ha disposto l'esclusione dalla procedura di gara in oggetto del RTI con impresa mandataria AizoOn Consulting S.r.l..

3. Avverso detto provvedimento ed i relativi atti presupposti e consequenziali DUEL ha proposto ricorso innanzi al Tar capitolino, articolando, in quattro motivi, le seguenti censure:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 65, commi 3, 4 e 9 - violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), del d.lgs. n. 50/2016 – violazione e

falsa applicazione dell'art. 110 del d.lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell'art. 85 del codice - violazione e falsa applicazione degli articoli 161 e 186 bis della legge fallimentare – eccesso di potere sotto vari profili;

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lettere c) e c-bis) del d.lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell'art. 110 del d.lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell'art. 85 del codice - violazione e falsa applicazione degli articoli 161, 186 bis e 182 bis della legge fallimentare – eccesso di potere sotto più profili.;

III) In via subordinata: violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 80, comma 5, lettera c-bis) del d.lgs. n. 50/2016 - violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990 - eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto – difetto di motivazione e di istruttoria – irragionevolezza manifesta;

IV) In via ulteriormente subordinata: violazione e falsa applicazione dell'art. 110 del d.lgs. n. 50/2016 - violazione e falsa applicazione degli articoli 161 e 186 bis della legge fallimentare - eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto – difetto di motivazione e di istruttoria.

3.1. In sintesi con il primo motivo DUEL, con riguardo alla contestazione circa la mancata autorizzazione da parte del Tribunale fallimentare a partecipare alla gara (provvedimento, invece, dichiarato come esistente nella domanda di partecipazione), evidenziava come la stessa avesse in realtà ricevuto una comunicazione del commissario giudiziale recante espressa e incondizionata autorizzazione alla presentazione della candidatura. La scelta compiuta da DUEL di rendere la dichiarazione relativa all'esistenza dell'autorizzazione non avrebbe quindi dato luogo ad una dichiarazione falsa, in quanto *“una simile dichiarazione avrebbe potuto essere considerata falsa soltanto in un contesto in cui fosse risultata completamente assente qualsivoglia comunicazione avente natura autorizzativa da parte di organi della*

procedura, mentre nel caso in esame, al più, si può disquisire sul valore giuridico della presa di posizione del commissario (ben più “ampia” rispetto al mero parere favorevole) e sul perimetro autorizzativo della relativa nota”.

Quanto alla asserita falsità della dichiarazione concernente la procedura fallimentare in cui versava la ricorrente, quest’ultima eccepiva che la dichiarazione relativa alla procedura in cui DUEL versava al momento della presentazione dell’offerta, avrebbe potuto considerarsi effettivamente falsa se la procedura di concordato “*in bianco*” fosse inequivocabilmente considerabile, ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, un *quid* di oggettivamente diverso rispetto alla procedura di concordato “*con continuità aziendale*”. Tuttavia così non sarebbe alla luce dell’orientamento oramai consolidato della giurisprudenza amministrativa che equipara, ai fini della partecipazione ad una procedura di gara, l’operatore in concordato in continuità aziendale con quello in concordato con riserva, anche alla luce della normativa applicabile *ratione temporis* alla gara in esame.

La falsità dichiarativa sul punto andava inoltre esclusa, aggiungeva la ricorrente, in quanto era stata la stessa AGID ad individuare nel modello di DGUE allegato al Disciplinare di gara come sola opzione disponibile l’ammissione “*al concordato con continuità aziendale*”. Quindi le due possibili dichiarazioni (concordato in bianco ovvero con continuità aziendali) erano giuridicamente sovrapponibili, in astratto, ai fini della partecipazione e, in ogni caso, il documento di gara come predisposto dalla S.A. consentiva la sola alternativa “*concordato con continuità aziendale*”, laddove DUEL, oltre ad aver tempestivamente evaso ogni richiesta di produzione documentale formulata dal RUP, aveva puntualmente reso noto alla Stazione Appaltante anche il mutamento della propria condizione soggettiva, avendo presentato nel frattempo l’accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell’art. 182 *bis* della l. fall., in adempimento della riserva contenuta nella domanda di concordato preventivo, ex art. 161, comma 6.

3.2. Con il secondo motivo parte appellante lamentava che l'esclusione risultava in contrasto con la nozione di dichiarazione reticente o fuorviante elaborata in via ermeneutica dalla nota sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2020, quanto al concetto di condotta potenzialmente fuorviante o reticente tenuta dall'operatore economico, perché ragionevolmente idonea ad indurre l'amministrazione committente a non approfondire le circostanze oggetto di dichiarazione, laddove per contro nella fattispecie *de qua*:

- la richiamata autorizzazione rilasciata alla DUEL dal commissario giudiziale risultava più che idonea a ingenerare nel dichiarante la convinzione di disporre di un titolo autorizzativo (comunque non necessario, come di seguito precisato) per la partecipazione (*“Vi autorizzo a partecipare al bando con scadenza oggi 27 giugno h.12,00”*);

- in virtù di quanto previsto dal nuovo comma 4 dell'art. 110 del Codice, *medio tempore* applicabile

alla gara in esame, ai fini della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica l'ammissione al concordato in bianco con riserva era da considerarsi equivalente all'ammissione al concordato con continuità aziendale (come confermato anche dalla sentenza della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2021);

- i modelli allegati al Disciplinare di gara, così come le stesse prescrizioni del Disciplinare, non avevano in nessuna loro parte recepito le modifiche normative introdotte dal Decreto Sblocca Cantieri, vincolando la Società ad adeguarsi a un contenuto incompleto della modulistica allegata alla documentazione di gara.

Neppure potevano considerarsi fuorvianti le dichiarazioni rese e i documenti prodotti a seguito dell'esperimento del soccorso istruttorio, posto che essa ricorrente si era limitata ad elencare i documenti prodotti, quali richiesti dal RUP ed a trasmettere gli stessi, rendendo peraltro noto alla stazione appaltante di avere

nel frattempo presentato l'accordo di ristrutturazione del debito, ai sensi dell'art. 182 bis della l. fall., in adempimento a quanto previsto nella domanda di concordato preventivo, ex art. 161 comma 6.

3.3. Con il terzo motivo, articolato in via subordinata, DUEL lamentava che AGID avesse omesso di esaminare la rilevanza storico-fattuale dell'asserito illecito commesso dalla Società, ovvero la connotazione che la presunta condotta reticente tenuta dalla stesa avrebbe potuto assumere in termini di rischio per la corretta esecuzione del contratto oggetto della procedura di gara; ciò in quanto non vi era effettiva motivazione in ordine alla effettiva capacità della presunta dichiarazione fuorviante resa nella Parte C, Sezione III, del modello DGUE di influenzare il processo decisionale della Stazione Appaltante ed in ordine all'attitudine della suddetta vicenda a determinare un giudizio di “*non affidabilità*” nei confronti della società ricorrente.

3.4. Con il quarto motivo, svolto in via ulteriormente subordinata, la società deduceva che, avuto riguardo alla gara *de qua*, relativa ad una procedura di Partenariato per l'Innovazione, l'atto di straordinaria amministrazione, in relazione al quale si rendeva necessaria l'autorizzazione ex art. 186 bis l. fall., non coincideva con la mera presentazione dalla domanda di partecipazione alla gara, bensì con la stipulazione del contratto; da ciò la non rilevanza della dichiarazione resa e l'erroneità dell'impugnato provvedimento di esclusione laddove si rappresentava che la società aveva presentato “*domanda di partecipazione senza la preventiva autorizzazione del Tribunale, comportamento commissivo in violazione non solo delle disposizioni di cui al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 ma anche di quanto previsto, in termini di compimento di atti di straordinaria amministrazione, dallo stesso Decreto del Tribunale di Roma 20/2022, emesso in accoglimento della richiesta di concordato con riserva*”.

4. Il Tar per il Lazio, con la gravata sentenza - pur accogliendo la prospettazione della parte circa l'equivalenza dell'ammissione al concordato con riserva a quella

del concordato con continuità aziendale, evidenziando inoltre come nel modello di DGUE predisposto non vi fosse la possibilità di fare riferimento al concordato con riserva - ha rigettato il ricorso, ritenendo che l'esclusione fosse correttamente fondata sull'autonomo motivo escludente relativo alla falsa dichiarazione dell'intervenuta autorizzazione da parte del G.D., non potendosi ritenere equivalente il parere favorevole ricevuto dal commissario giudiziale all'autorizzazione del G.D., avuto riguardo alla normativa in materia, considerando detta falsità come idonea a fuorviare il giudizio della stazione appaltante ex art, 80 comma 5 lett. c) bis del Codice.

5. Avverso tale sentenza la DUEL con il presente atto di appello ha articolato i tre seguenti motivi:

I) Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione degli articoli 161 e 186 bis della legge fallimentare - travisamento dei presupposti di fatto e di diritto – grave contraddittorietà e irragionevolezza della motivazione - violazione dei fondamentali principi di ragionevolezza e proporzionalità;

II) Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 80, comma 5, lettera c-bis) del d.lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell'art. 65 del d. lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione degli articoli 161, 186 bis e 182 bis della legge fallimentare – irragionevolezza e contraddittorietà manifesta della motivazione.

III) In via subordinata: erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 80, comma 5, lettera c-bis) del d.lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990 – violazione del principio di separazione dei poteri di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a. – difetto di motivazione e di istruttoria.

6. Si è costituita l'Avvocatura dello Stato per conto di AGID, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero delle Imprese e del Made in Italy, che, con memoria depositata in data 2 maggio 2023 ha in via preliminare, ex art. 101 c.p.a. e per mero scrupolo difensivo, eccepito il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dalle Imprese e del Made in Italy, evocate in giudizio al pari dell'Agid cui era imputabile il gravato provvedimento, eccezione già sollevata in *prime cure* ma assorbita dal Tar.

6.1. Ha inoltre insistito nel merito per il rigetto dell'appello e della domanda di sospensiva, assumendo come la vicenda debba essere valutata alla stregua del quadro giuridico e fattuale esistente al momento dell'adozione dell'atto gravato, con conseguente irrilevanza delle circostanze sopravvenute e dell'ammissione di parte appellante all'accordo di ristrutturazione dei debiti, inidoneo a determinare, con effetti retroattivi, l'illegittimità del provvedimento gravato in *prime cure* e come la DUEL al momento di presentazione della domanda, trovandosi in una situazione di concordato con riserva, aveva l'obbligo di ottenere il provvedimento autorizzatorio da parte del Tribunale. Da ciò la correttezza della statuizione di *prime cure* essendo la partecipazione alla procedura di partenariato per l'Innovazione consentita ai soli operatori invitati a seguito della selezione qualitativa, come peraltro prescritto dalla *lex specialis* di gara non impugnata *in parte qua*.

7. All'udienza camerale del 4 maggio 2023, fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, la causa è stata rinviata, su accordo delle parti, per la trattazione di merito all'udienza pubblica del 6 giugno 2023.

8. Nelle more parte appellante ha depositato articolata memoria difensiva ex art. 73 comma 1 c.p.a., insistendo nei propri assunti e controdeducendo alle difese dall'avvocatura erariale.

9. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza del 6 giugno 2023, nel corso della quale l'avvocatura erariale ha richiesto la pubblicazione anticipata del dispositivo, avvenuta in data 14 giugno 2023.

DIRITTO

10. Viene in decisione l'appello proposto avverso la sentenza del Tar capitolino in epigrafe indicata, che ha rigettato il ricorso proposto dalla DUEL avverso il provvedimento del RUP n. 4 del 7 novembre 2022 (indicato con il prot. n. A463BFE.2022.11.07.0020724) adottato dall'Agenzia dell'Italia Digitale- AGID (di seguito, "AGID" o "Stazione Appaltante") attraverso il quale stata disposta l'esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese di cui DUEL faceva parte in qualità di mandante, ai sensi del combinato disposto dell'art. 65, commi 3,4 e 9 e dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e f-bis), del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (di seguito, "Codice dei contratti pubblici"), nonché degli articoli 161, comma 7, e 186 bis, comma 4, del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267), dalla procedura di Partenariato per l'Innovazione avente ad oggetto l'attività di ricerca ed innovazione ed il successivo acquisto di "*Soluzioni innovative per il supporto alle decisioni con funzioni predittivo/adattative per la smart mobility*" ed avverso i relativi atti presupposti e consequenziali specificatamente indicati nel ricorso di *prime cure*.

11. *In limine litis*, nel delibare l'eccezione riproposta nel presente grado dall'avvocatura erariale, non esaminata in *prime cure*, va precisato come non occorra alcuna puntuale statuizione sul difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero delle Imprese e del Made in Italy evocati in giudizio da parte appellante, dovendosi ritenere che la *vocatio in ius* di dette amministrazioni, come pure del Ministero dell'Università e della Ricerca, non costituito, sia stata effettuata a titolo di mera *denuntiatio litis* ("*dandone altresì notificazione*" si legge nel ricorso e nell'atto di appello), onde provocare un eventuale intervento delle stesse, essendo evidente come tanto il ricorso di *prime cure* quanto

l'odierno appello siano stati proposti contro la sola AGID, cui è imputabile il gravato provvedimento.

11.1. Sempre *in limine litis* va evidenziato come il *thema decidendum* dell'odierno giudizio risulti circoscritto ai soli motivi di appello, non avendo AGID proposto appello incidentale avverso la parte della sentenza di *prime cure* che ha considerato come non fosse falsa la dichiarazione resa circa l'ammissione al concordato con continuità aziendale anziché al concordato con riserva, non avendo alcun rilievo la circostanza che la stessa abbia presentato memoria ex art. 101 comma 2 c.p.a. valevole solo per le eccezioni assorbite o non esaminate dal giudice di *prime cure*.

12. Ciò posto va precisato che il provvedimento di esclusione gravato *in prime cure* è così motivato: “L'Operatore economico *Duel Srl*, mandante del raggruppamento: presentava domanda di partecipazione senza la preventiva autorizzazione del Tribunale, comportamento commissivo in violazione non solo delle disposizioni di cui al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 ma anche di quanto previsto, in termini di compimento di atti di straordinaria amministrazione, dallo stesso Decreto del Tribunale di Roma 20/2022, emesso in accoglimento della richiesta di concordato con riserva; la carenza non risulta sanabile ad opera del parere del commissario giudiziale nominato, avente valenza solo di atto prodromico e non autorizzativo in ragione delle competenze assegnate dalla norma all'organo della procedura; rendeva dichiarazioni false e non veritiere rispetto all'esistenza del provvedimento autorizzatorio, nonché rispetto all'istituto giuridico della Legge Fallimentare a cui risultava ascrivibile la fattispecie giuridica concreta in cui versava, *sussumendola* al concordato con continuità aziendale anziché a quello con riserva; inizialmente ometteva di rendere informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione e successivamente rendeva documentazione e dichiarazioni fuorvianti e potenzialmente suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione.”

13. Il giudice di *prime cure* con la sentenza odiernamente appellata, pur condividendo la prospettazione della società ricorrente circa l'equivalenza dell'ammissione del concordato con riserva al concordato con continuità aziendale

(evidenziando inoltre come nel modello di DGUE predisposto non vi fosse la possibilità di fare riferimento al concordato con riserva), considerando necessaria ai fini della partecipazione alla procedura di gara della DUEL il previo rilascio dell'autorizzazione del G.D., ai sensi dell'art. 186 bis comma 4 l. fall, ha ritenuto che l'esclusione fosse correttamente fondata sull'autonomo motivo escludente relativo alla falsa dichiarazione circa detta intervenuta autorizzazione, non potendosi ritenere equivalente il parere favorevole ricevuto dal commissario giudiziale con l'autorizzazione del giudice delegato, avuto riguardo alla normativa in materia, considerando detta falsità come idonea a fuorviare il giudizio della stazione appaltante ex art, 80 comma 5 lett. c) bis del Codice.

13.1. Ha inoltre considerato inapplicabile alla fattispecie *de qua* il principio espresso dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2021, avuto riguardo alla particolarità della procedura di partenariato per l'innovazione.

13.2. In ogni caso il Tar, concludendo sul punto, ha osservato che, ove anche si aderisse (in via di mera e non condivisa ipotesi) alla tesi della ricorrente secondo la quale l'autorizzazione sarebbe potuta intervenire anche in un secondo momento, fino all'aggiudicazione, tale prospettiva, non consentiva né giustificava la condotta posta in essere dalla DUEL che aveva emesso una dichiarazione oggettivamente non veritiera su un requisito necessario di partecipazione alla procedura di partenariato a cui aveva preso parte.

14. La DUEL ha proposto avverso tale sentenza tre motivi di gravame, i primi due formulati in via principale e l'ultimo in via subordinata.

14.1. Ciò posto in applicazione del noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015, secondo cui ove la parte abbia espressamente graduato le censure, le stesse assumono carattere vincolante per il giudice (ad eccezione dell'ipotesi, qui non ricorrente, in cui vengano articolate censure di carattere assorbente *ex lege*, come la censura di incompetenza) i primi due motivi di ricorso

verranno esaminati prioritariamente, con possibilità di assorbimento dell'ultimo motivo in ipotesi di ritenuta fondatezza.

14.2. Peraltro gli stessi, in quanto fondati su profili connessi, verranno esaminati congiuntamente ed in ordine logico.

15. Con il primo motivo DUEL assume che giudice di *prime cure* aveva ritenuto erroneamente che il comportamento della società integrasse la fattispecie escludente di cui all'art. 80 comma 5, lett c) *bis*, ritenendo che la stessa, trovandosi (nel momento di presentazione della domanda di partecipazione) in situazione di concordato preventivo con riserva, avrebbe dovuto richiedere e ottenere in tempo utile il prescritto provvedimento di autorizzazione giudiziale; da ciò, ad avviso di parte appellante, l'erroneità della sentenza che, nel considerare la necessità di detta autorizzazione, ai sensi del richiamato art. 186 bis comma 4 della l. fall., di competenza dell'Autorità giudiziaria, aveva considerato la dichiarazione resa da DUEL falsa, non potendo detta autorizzazione essere confusa con il parere di spettanza del commissario giudiziale.

15.1. Infatti, in tesi di parte appellante, il primo giudice non aveva debitamente considerato che il commissario giudiziale non si era limitato a rendere il prescritto parere ma aveva autorizzato la DUEL a partecipare alla procedura, nelle more dell'adozione da parte del Giudice Delegato dell'autorizzazione; pertanto il Tar anziché limitarsi ad un'asettica applicazione dell'art. 186 bis, comma 4, della L. Fall., avrebbe dovuto adeguatamente considerare il tenore sostanziale dell'autorizzazione del Commissario giudiziale, dalla quale era dato evincere che la Società era dotata di un titolo autorizzativo alla presentazione della domanda, che si aggiungeva al parere di rito formulato dallo stesso Commissario.

In tale contesto, la dichiarazione con cui DUEL aveva dato conto dell'esistenza di un titolo autorizzativo al momento della presentazione della manifestazione di interesse, non poteva in alcun modo considerarsi falsa, potendosi al più essere al

cospetto di una dichiarazione che aveva come presupposto una opinabile valutazione giuridica.

15.1.1. La sentenza gravata, in tesi di parte appellante, sarebbe erronea anche nella parte in cui ha applicato in maniera non corretta la nozione di dichiarazione “*fuorviante*” di cui all’art. 80, comma 5, lett. *c-bis*) del Codice, contestando alla odierna appellante dichiarazioni fuorvianti all’atto di dare riscontro alle richieste del RUP; ciò in quanto le asserite dichiarazioni fuorvianti erano consistite in un mero elenco descrittivo dei singoli documenti che DUEL aveva prodotto e che lo stesso RUP aveva chiesto di produrre. Nell’ambito di tale riscontro, DUEL – oltre, ad aver tempestivamente evaso ogni richiesta di produzione documentale formulata dal RUP, anche se avente ad oggetto documenti liberamente consultabili mediante accesso al Registro delle Imprese - aveva puntualmente reso noto alla Stazione appaltante anche il sopravvenuto mutamento della propria condizione soggettiva, avendo nel frattempo presentato, in data 5 agosto 2022, l’accordo di ristrutturazione del debito ai sensi dell’art. 182 bis l. fall., in adempimento alla riserva contenuta nella domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6.

15.2. Con il secondo motivo di appello DUEL lamenta l’erroneità della sentenza nella parte in cui aveva ritenuto la necessità da parte dei soggetti in concordato con riserva, che intendano prendere parte ad una procedura ad evidenza pubblica, di ottenere l’autorizzazione del Tribunale entro il termine di presentazione della domanda di partecipazione e non, come invece evidenziato da DUEL nel ricorso di primo grado, al fine di sostenere l’irrelevanza sostanziale della dichiarazione contestata, entro il successivo momento dell’aggiudicazione.

Nel caso di specie, tale assunto troverebbe conferma, secondo la sentenza di primo grado, nella “*specialità della procedura di gara oggetto di causa*” (pag. 20), la quale – essendo articolata in una doppia fase (fase di selezione qualitativa dei candidati, seguita dalla seconda fase di presentazione e selezione delle offerte presentate dai

solli operatori invitati) – imporrebbe che i requisiti di partecipazione siano integrati entro la fine della prima fase di selezione qualitativa. Da ciò secondo il primo giudice l'inapplicabilità alla fattispecie della regola sancita dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2021, secondo cui l'autorizzazione giudiziale deve intervenire non già entro la data ultima per la presentazione della domanda di partecipazione, bensì entro la data di aggiudicazione, giacché *“il termine della selezione qualitativa degli operatori economici assume rilevanza decisiva, in quanto entro la fine di tale fase l'operatore economico avrebbe dovuto ottenere l'autorizzazione di cui al citato comma 4 dell'articolo 186 bis della Legge Fallimentare”*.

La sentenza secondo parte appellante sarebbe palesemente contraddittoria nella parte in cui:

- da un lato, postula la non irrilevanza della dichiarazione sul possesso dell'autorizzazione del Giudice delegato al momento della presentazione della domanda di partecipazione;
- dall'altro lato, riconosce che la medesima autorizzazione giudiziale oggetto della dichiarazione sarebbe potuta intervenire anche in un momento successivo, individuato dal Giudice di *prime cure* nella conclusione della prima fase procedimentale.

Ed invero se l'autorizzazione era necessaria entro la conclusione della prima fase, doveva intendersi irrilevante al momento della presentazione della dichiarazione asseritamente falsa e fuorviante; nell'ipotesi di specie peraltro al momento della conclusione della prima fase l'autorizzazione non era più necessaria, non trovandosi più la società nella procedura di concordato per la quale soltanto poteva ipotizzarsi la necessità di un'autorizzazione giudiziale, bensì, sin dal 5 agosto 2022, nella diversa procedura di accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall., per la quale pacificamente non era necessaria alcuna autorizzazione giudiziale preventiva. Quest'ultimo rilievo era stato confermato dallo stesso Tribunale Ordinario di

Roma, Sezione XIV Fallimentare, con il decreto del 22 dicembre 2022, nell'ambito del quale – proprio in considerazione della sopra riferita conversione della procedura di concordato in accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall. – era stato disposto il “*Non luogo a provvedere in ordine all’istanza formulata dalla DUEL S.r.l.*”.

15.2.1. La sentenza risulterebbe per di più erronea nella misura in cui non aveva considerato che il momento entro cui il requisito oggetto della dichiarazione (autorizzazione del Giudice delegato) doveva necessariamente intervenire non corrispondeva alla conclusione della prima fase procedimentale, bensì al momento, ancora successivo, di adozione del provvedimento finale di aggiudicazione, in applicazione del principio espresso nella sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 9 del 2021 che ha inequivocabilmente stabilito che l’autorizzazione giudiziale, lungi dal costituire una condizione di partecipazione al procedimento di gara, ben può intervenire anche in un secondo momento, purché antecedente alla definitiva scelta dell’operatore economico cui affidare la commessa.

La finalità della prima fase di selezione non consisterebbe infatti – come erroneamente ritenuto dal primo Giudice – in una sorta di anticipazione della verifica dei requisiti di partecipazione (tra cui, in particolare, quelli di ordine generale, come quello in esame), bensì soltanto nell’individuare sul mercato operatori economici dotati di quelle capacità che, nel settore della ricerca e dello sviluppo, risultano idonee ad approntare le soluzioni innovative perseguite dal partenariato per l’innovazione.

Il corto circuito motivazionale e argomentativo della sentenza sarebbe definitivamente sigillato dalla manifesta contraddittorietà e illogicità dell’affermazione contenuta nell’ultima pagina, ove si legge: “*il Collegio, concludendo sul punto, osserva che, ove anche si aderisse (in via di mera e non condivisa ipotesi) alla tesi della ricorrente secondo la quale l’autorizzazione sarebbe potuta intervenire anche in un secondo*

momento, fino all'aggiudicazione, tale prospettiva, in ogni caso, non consentiva né giustificava la condotta posta in essere dalla DUEL che ha emesso una dichiarazione oggettivamente non veritiera su un requisito necessario di partecipazione alla procedura di partenariato a cui ha preso parte".

In tesi di parte appellante, aderendo alla tesi secondo la quale l'autorizzazione sarebbe potuta intervenire fino all'aggiudicazione della commessa, il requisito oggetto della dichiarazione a maggior ragione non potrebbe giammai qualificarsi come "necessario" al momento in cui la dichiarazione è stata resa, ossia al momento della presentazione della manifestazione di interesse, come invece illogicamente affermato dal Giudice di *prime cure*.

16. Il collegio ritiene di principiare in ordine logico dalla disamina del terzo motivo di appello, in quanto al fine di valutare l'erroneità del giudizio compiuto dalla stazione appaltante circa la rilevanza dell'asserita informazione falsa relativa al possesso dell'autorizzazione del giudice delegato ("*rendeva dichiarazioni false e non veritiere rispetto all'esistenza del provvedimento autorizzatorio....inizialmente ometteva di rendere informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione e successivamente rendeva documentazione e dichiarazioni fuorvianti e potenzialmente suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione*"), giacché vertente su un requisito di partecipazione e pertanto *ex se* idonea ad influire sul processo valutativo della stazione appaltante in ordine all'ammissione della procedura di gara, non può che considerarsi prioritaria la valutazione della necessità di detto possesso già al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla procedure di gara.

16.1 Il motivo è fondato.

17. Ed infatti occorre al riguardo fare applicazione, al contrario di quanto ritenuto dal primo giudice, dei principi espressi nella sentenza dell'Adunanza Plenaria, 27 maggio 2021, n. 9 che ha ritenuto in primo luogo, sulla scorta dell'art. 186 bis, comma 4, l.fall., che la presentazione di una domanda di concordato in bianco o

con riserva non possa considerarsi causa di automatica di esclusione, né inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici. *“In particolare non si può ritenere che la presentazione di una tale domanda comporti per ciò solo la perdita dei requisiti generali di partecipazione - il cui eventuale successivo recupero in caso di buon esito della procedura non varrebbe neppure ad elidere una simile cesura, in ragione del noto principio di continuità sempre ribadito da questo Consiglio (Cons. St. AP n. 8/2012 e 8/2015) - ostando a tale ricostruzione, oltre che la lettera dell'art. 186 bis, la veduta e ribadita funzione prenotativa e protettiva dell'istituto del concordato con riserva che, come spiegato nella relazione ministeriale all'art. 372 del codice della crisi d'impresa, da strumento di tutela non può tradursi nel suo contrario, ossia in un ostacolo alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale in quanto proprio tale prospettiva postula che resti consentito, per quanto “vigilato”, l'accesso al mercato dei contratti pubblici”*. Questa conclusione, continua la citata sentenza, *“che subordina la partecipazione alle procedure di gara al prudente apprezzamento del tribunale, vale sia per l'ipotesi che l'impresa abbia già assunto la qualità di debitore concordatario nel momento in cui è indetta la (nuova) procedura ad evidenza pubblica”* (come nel caso di specie), *“che per il caso in cui, all'inverso, la domanda di concordato segua temporalmente quella già presentata di partecipazione alla gara”*. Dell'avvenuta presentazione della domanda di concordato, ai sensi dell'art. 161 comma 6, l'operatore deve (prontamente) mettere a conoscenza la stazione appaltante, trattandosi di un'informazione rilevante, ancorché la domanda di concordato sia pubblicata nel registro delle imprese e sia quindi in linea di principio conoscibile. *“Qualora fosse omessa tale informazione valuterà la stazione appaltante l'incidenza di una condotta reticente, (ma) senza automatismi e alla luce di quanto si è chiarito di recente con la sentenza di questa Adunanza n.16/2020: facendo quindi applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. C bis, anziché della lett. F-bis”*.

17.1. La Plenaria con tale arresto giurisprudenziale ha inoltre ritenuto irrilevante la questione sul se la partecipazione, possibile o meno, alle gare pubbliche debba trovare la sua soluzione sulla base dell'art. 161, comma 7, della legge fallimentare, a

seconda che detta partecipazione sia qualificabile come un atto di ordinaria ovvero di straordinaria amministrazione, evidenziando che il legislatore con l'art. 186 bis, comma 4, ha considerato nello specifico la partecipazione alla gara come un atto (ovvero, anche se non soprattutto, una condotta complessiva), da sottoporre comunque e sempre al controllo giudiziale del tribunale fallimentare, ritenendo peraltro che *“la centralità e l'importanza che riveste l'autorizzazione del giudice fallimentare, ai fini della partecipazione alla gara, conducono a ritenere che il rilascio e il deposito di tale autorizzazione debbano intervenire prima che il procedimento dell'evidenza pubblica abbia termine e, dunque, prima che sia formalizzata da parte della stazione appaltante la scelta del miglior offerente attraverso l'atto di aggiudicazione. Si tratta di una posizione, qui sostenuta anche dalla difesa erariale, che già è stata fatta propria dalla giurisprudenza più recente di questo Consiglio (Cons. St, sez. V n. 1328/2020), alla quale si è richiamata anche l'ANAC (delibera n. 362/2020), e che ha il pregio di individuare un limite temporale definito, (più) idoneo ad assicurare l'ordinato svolgimento della procedura di gara, senza far carico l'amministrazione aggiudicatrice e gli altri concorrenti dei possibili ritardi legati ai tempi di rilascio (o di richiesta) dell'autorizzazione. Si intende che – anche a chiarimento del quesito rivolto all'Adunanza - si sta ragionando sempre dell'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara, di cui all'art. 186 bis, comma 4, e non anche dell'ammissione alla procedura di concordato di cui all'art. 163, trattandosi di provvedimenti del tribunale differenti, nei presupposti e negli effetti, il secondo dei quali destinato ad essere adottato a distanza di mesi dalla presentazione della domanda di concordato con riserva, quando la procedura ad evidenza pubblica normalmente è già conclusa. Proprio perché consapevole di questa distanza temporale, sempre in chiave anticipatoria e prenotativa, il legislatore ha previsto che il rilascio del primo provvedimento sia condizione necessaria ma al tempo stesso (anche) sufficiente. Ove poi, nonostante il rilascio dell'autorizzazione, alla fine il tribunale non procedesse più all'ammissione dell'impresa al concordato o l'ammissione fosse revocata, aprendo così la via al fallimento ricorrendone i presupposti, è evidente che varranno le regole generali previste per i casi in cui il*

fallimento sopravvenga nel corso della gara o dopo la stipula del contratto (art. 110 e, per i raggruppamenti temporanei d'impresa, art. 48 del codice dei contratti)”.

17.2 Peraltro, come evidenziato di recente da questa Sezione con sentenza 10 maggio 2023 n. 4728, “*Se è vero che l’Adunanza Plenaria - “così rispondendo in linea generale al terzo quesito”- ha evidenziato che “la centralità e l’importanza che riveste l’autorizzazione del giudice fallimentare, ai fini della partecipazione alla gara, conducono a ritenere che il rilascio e il deposito di tale autorizzazione debbano intervenire prima che il procedimento dell’evidenza pubblica abbia termine e, dunque, prima che sia formalizzata da parte della stazione appaltante la scelta del miglior offerente attraverso l’atto di aggiudicazione”, è però anche vero che la stessa Adunanza ha nel contempo chiarito che “è comunque rimesso alle stazioni appaltanti nel singolo caso concreto valutare se un’autorizzazione tardiva, ma pur sempre sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto o di concessione, possa avere efficacia integrativa o sanante”.*

Tale, come precisato dall’Adunanza Plenaria, “è il caso singolare dal quale è originato il giudizio in corso, in cui è mancato il rilascio di un’autorizzazione da parte del tribunale prima dell’aggiudicazione della gara, non essendo stata presentata un’istanza in tal senso dall’impresa concordataria sull’erroneo presupposto che non occorresse, ma è intervenuta l’autorizzazione alla stipula del contratto di appalto”.

Ne consegue che il profilo in esame non può di per sé fondare l’esclusione della impresa dalla procedura di gara, ma comporta unicamente la necessità che la stazione appaltante provveda ad un’apposita valutazione, alla luce delle particolarità del caso concreto, sulla rilevanza e sulla idoneità ad assumere efficacia integrativa o sanante di tale autorizzazione (rilasciata dopo l’aggiudicazione e in vista della stipula del contratto di appalto, di cui il tribunale ha dunque valutato la compatibilità in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale).

Tale valutazione non spetta a questo giudice, ma ai sensi dell’art. 34, comma 2, cod. proc. amm., deve essere rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante” (affermazione quest’ultima da intendersi riferita all’ipotesi in cui l’autorizzazione sia intervenuta

tardivamente rispetto all'aggiudicazione, ma in tempo utile per la stipula del contratto, essendo solo quest'ultima autorizzazione tardiva rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante).

17.3. Il principio di diritto affermato nella sentenza dell'Adunanza Plenaria deve intendersi diritto vivente applicabile anche alla fattispecie *de qua*, come poi palesato dalla circostanza che, in termini di continuità, lo stesso principio è stato poi positivizzato dal legislatore in sede di stesura del Nuovo Codice (d.lgs. n. 36/2023), che, sebbene non applicabile al presente giudizio, può essere utilizzato in via interpretativa, corroborando ulteriormente, semmai ve ne fosse bisogno, l'opzione ermeneutica seguita dall'Adunanza Plenaria con l'indicata pronuncia.

Ed invero, come del resto dedotto da parte appellante, le riferite statuizioni dell'Adunanza Plenaria hanno trovato ora esplicito riconoscimento normativo nell'ambito dell'art. 94, comma 5, lett. d) del nuovo Codice dei contratti pubblici, a mente del quale le Stazioni appaltanti possono escludere: *“d) l'operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per l'accesso a una di tali procedure, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, dall'articolo 186-bis, comma 5, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e dall'articolo 124 del presente codice. L'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 186-bis, comma 4, del regio decreto n. 267 del 1942 e all'articolo 95, commi 3 e 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019, a meno che non intervengano ulteriori circostanze escludenti relative alle procedure concorsuali”*.

Questo Consiglio di Stato nella parte della relazione al nuovo Codice dei Contratti Pubblici riferita a detto disposto, ha evidenziato che, in adesione ai principi espressi dall'Adunanza Plenaria, *“l'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in*

tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale?

17.4. Né peraltro può operarsi una lettura restrittiva di detto principio, come dedotto da AGID, ritenendo lo stesso applicabile solo all'ipotesi in cui il concordato sia intervenuto durante la procedura di evidenza pubblica, non trovando detta prospettazione alcun fondamento nelle considerazioni svolte nella sentenza dell'Adunanza Plenaria.

Peraltro detta prospettazione oltre ad essere illogica sarebbe, come evidenziato da parte appellante nella memoria finale, idonea a creare una disparità di trattamento tra imprese che abbiano già presentato domanda di ammissione al concordato con riserva, tenute in tale prospettiva ad ottenere l'autorizzazione giudiziale entro il termine di presentazione della domanda, a pena di inammissibilità della stessa e di preclusione dalla partecipazione alla procedura evidenziale, e imprese che, viceversa pur sussistendone i presupposti, decidano di depositare la domanda di concordato con riserva solo una volta presentata l'offerta, al fine di poter conseguire l'autorizzazione giudiziale entro il ben diverso termine di aggiudicazione del contratto.

17.5. Non costituendo pertanto l'autorizzazione giudiziale ex art. 186 comma 4 l. fall. requisito per la presentazione della domanda alla procedura di gara, ai sensi del citato arresto giurisprudenziale, ma per la sola aggiudicazione, con possibilità peraltro di intervenire, quale condizione integrativa dell'efficacia anche dopo l'aggiudicazione ma prima della stipula del contratto, secondo il discrezionale apprezzamento della stazione appaltante, deve pertanto considerarsi erronea la statuizione di *prime cure* che ha ritenuto come il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, valevole per tutte le procedure ad evidenza pubblica, alla luce della sua *ratio*, non fosse per contro applicabile alla procedura *de qua*, di partenariato per l'innovazione, disciplinata dall'articolo 65 D.Lgs. 50/2016.

17.5.1. Ed invero se secondo il citato arresto dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2021 l'autorizzazione giudiziale deve intervenire entro l'aggiudicazione della gara (*termine ad quem*), non vi era alcun motivo per retrodatarla al momento della presentazione della domanda per la partecipazione alla prima fase (quella della selezione qualitativa) della procedura di cui all'art. 65 del Codice dei contratti pubblici – in cui era stata resa l'asserita falsa dichiarazione - ovvero - secondo quanto alternativamente e contraddittoriamente ritenuto dal primo giudice, al momento della conclusione di tale prima fase (in cui peraltro l'impresa, secondo quanto evidenziato da parte appellante, aveva già depositato l'accordo per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall., in attesa dell'omologa del Tribunale, uscendo dalla situazione di concordato con riserva e non necessitando pertanto più dell'autorizzazione del G.D. prevista dall'art. 186 comma 4 l. fall.).

17.5.2. Al riguardo la prospettazione difensiva di AGID secondo cui rileverebbe quale elemento di novità rispetto al primo grado di giudizio”, che DUEL avrebbe comunicato solo “*successivamente alla sentenza di primo grado [...] di aver presentato in data 5 agosto 2022 una domanda di accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis*”; di talché “*da quel momento non sarebbe più stato necessario il possesso dell'autorizzazione del giudice delegato*”, come peraltro confermato dal decreto del Tribunale di Roma di “*non luogo a provvedere*” sull'istanza volta al rilascio dell'autorizzazione ex art. 186 bis, comma 4, del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, appare destituita di fondamento.

Ed invero, come dedotto da DUEL nella memoria di discussione finale, con richiamo ai documenti depositati *in prime cure*:

(i) sin dal riscontro alla prima richiesta avanzata dall'AGID all'interno del procedimento di soccorso istruttorio (fornito il 15 settembre 2022), la stessa aveva esplicitamente dichiarato di aver “*depositato presso la Cancelleria del Tribunale di Roma un Accordo di ristrutturazione del debito secondo art. 182 bis, comma 1, L.F., in data 5 agosto*

2022”, fornendo a supporto di detta dichiarazione “*copia delle ricevute di accettazione della Cancelleria di avvenuto deposito*” (cfr. doc. 12);

(ii) AGID, preso atto di quanto sopra, in data 27 settembre 2022 aveva richiesto “*tutta la documentazione utile a chiarire la nuova posizione [...] e, in particolare, il ricorso per omologazione*”;

(iii) adempiendo tempestivamente alle richieste istruttorie della Stazione appaltante, in data 30 settembre 2022, DUEL ha trasmesso gli ulteriori documenti richiesti dalla Stazione Appaltante, tra i quali altresì la “*Copia del Ricorso per Omologazione dell’Accordo di Ristrutturazione dei debiti*” (doc. 15); nella nota di riscontro inoltre DUEL ha chiarito:

“1. Di aver presentato, in data 14 marzo 2022 al Tribunale di Roma, Ricorso per l’Ammissione alla Procedura di Concordato Preventivo di cui all’ art.161, comma 6 L.F con riserva presentare nei termini di legge di un Accordo di ristrutturazione dei debiti di cui richiedere l’omologazione ai sensi dell’art. 182 bis;

2. Di aver ricevuto relativo Decreto di Ammissione del Tribunale di Roma in data 25 marzo 2022 con numero di ruolo 20/2022;

3. Di aver fatto richiesta in data 20 giugno 2022.al Tribunale di Roma di Autorizzazione per presentazione della propria candidatura al Bando di AGID: “*Soluzioni innovative per il supporto alle decisioni con funzioni predittivo/adattative per la Smart Mobility*”;

4. Di aver ricevuto via PEC in data 27 giugno dal Commissario Giudiziale la seguente comunicazione “*Nelle more del provvedimento di autorizzazione da parte del G.D., Vi autorizzo a partecipare al bando con scadenza oggi 27 giugno h.12,00 non comportando tale atto l'immediata assunzione di*

impegni finanziari a Vs. carico; 5. Di aver presentato al Tribunale di Roma in coerenza con la predetta riserva di cui al punto 1. in data 5 agosto 2022, un Ricorso per Omologazione dell’Accordo di Ristrutturazione dei debiti (ai sensi degli artt. 161, commi 2 e 3, 182 bis), con

tutta la documentazione necessaria prevista dalla procedura; 6. L'avvenuto deposito dell'Accordo che è stato pubblicato nel Registro Camerale delle Imprese in data 13 settembre 2022";

(iv) il provvedimento di esclusione, intervenuto a conclusione della prima fase di selezione qualitativa della procedura ex art. 65 Codice dei contratti pubblici, è stato adottato il 7 novembre 2022, ovvero dopo la presentazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

17.6. Tali rilievi invero, oltre a smentire *per tabulas* quanto asserito nella memoria di costituzione di AGID, rendono destituito di fondamento anche l'ulteriore rilievo posto a base del provvedimento di esclusione – fondato sull'erroneo assunto della necessità dell'autorizzazione giudiziale già al momento della partecipazione alla procedura - circa il carattere fuorviante delle informazioni successivamente rese da DUEL, all'esito dell'espletamento del soccorso istruttorio, posto che nel rispondere alla prima richiesta di AGID la stessa aveva semplicemente dato atto di non trovarsi più nella situazione di concordato con continuità aziendale indicata nella domanda di partecipazione – in realtà di concordato con riserva – per avere depositato l'accordo di ristrutturazione dei debiti, mentre nel rispondere alla seconda richiesta aveva analiticamente chiarito tutti i passaggi relativi alla sua richiesta di concordato con riserva, con trasmissione di tutti i pertinenti documenti, ivi compresa la pec del commissario giudiziale che aveva autorizzato provvisoriamente la partecipazione alla procedura di gara *de qua*, in attesa dell'autorizzazione giudiziale “*non comportando tale atto l'immediata assunzione di impegni finanziari a vostro carico*”.

18. Da ciò la fondatezza anche del primo motivo di appello nella parte in cui si lamenta l'illegittimità *in parte qua* del provvedimento di esclusione, per contro esclusa dal primo giudice, sulla base del carattere fuorviante delle dichiarazioni successivamente rese relativamente ad un requisito considerato come essenziale al momento stesso della presentazione della domanda di partecipazione.

19. Quanto si qui osservato è idoneo secondo il collegio ad evidenziare l'erroneità della statuizione di *prime cure* circa la necessità del possesso dell'autorizzazione giudiziale al momento della presentazione della domanda per la partecipazione alla procedura *de qua* e pertanto circa il carattere decettivo delle dichiarazioni rese da DUEL sia all'atto di presentazione della domanda che all'esito dell'esperimento del soccorso istruttorio.

19.1. Ed invero se il possesso dell'autorizzazione giudiziale condiziona, alla luce del richiamato arresto dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la sola aggiudicazione e non anche la partecipazione alla procedura di gara destinata a concludersi con l'aggiudicazione (con possibilità peraltro di intervenire anche dopo l'aggiudicazione ma prima della stipula del contratto, secondo quanto evidenziato), fermo restando l'obbligo dell'operatore economico di presentare detta richiesta in tempo utile – rispetto al termine *ad quem* dell'aggiudicazione – e di rendere edotta la stazione appaltante della presentazione della domanda di concordato con riserva – essendo sì detta dichiarazione rilevante al fine di consentire alla stazione appaltante, in sede di verifica del possesso dei requisiti, il vaglio sull'intervenuto rilascio dell'autorizzazione giudiziale in corso di gara – la stessa a maggior ragione non doveva ritenersi necessaria al momento della partecipazione alla fase della selezione qualitativa, posto che l'aggiudicazione sarebbe intervenuta solo al termine della successiva fase.

19.1.1. Ed invero la fase di selezione dei candidati da invitare successivamente alla presentazione dei progetti, come *claris verbis* evincibile dall'art. 65 comma 9 del Codice dei contratti pubblici, è volta prioritariamente alla selezione dei candidati avuto riguardo alle loro capacità nel settore della ricerca e dello sviluppo e nella messa a punto e attuazione di soluzioni innovative.

Deve al riguardo escludersi quanto implicitamente sotteso al pronunciamento del primo giudice circa l'impossibilità di verificare il possesso dei requisiti generali di

partecipazione (ed in particolare il requisito del possesso dell'autorizzazione del G.D. necessario al momento dell'aggiudicazione) dopo la chiusura della prima fase. Deve del pari escludersi che la dichiarazione nel momento in cui era stata resa avesse, al contrario di quanto ritenuto nel provvedimento gravato, considerato legittimo *in parte qua* dal primo giudice, una attitudine decettiva di influenza indebita ai fini della partecipazione alla procedura di gara, nei termini intesi nel noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 2020, non afferendo la stessa ad un requisito di ammissione alla procedura di gara.

Ed invero con tale arresto l'Adunanza Plenaria ha chiarito che, rispetto all'ipotesi di falsità dichiarativa o documentale di cui alla lettera f-bis), quella prevista dalla lett. c-bis), riguardante le “*informazioni false o fuorvianti*”, ha un elemento di specialità, dato dalla loro idoneità a “*influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*” dell'Amministrazione appaltante, elemento destinato a prevalere in applicazione dell'art. 15, delle preleggi.

Ne deriva che, ai fini dell'esclusione dell'operatore, non è sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia in grado di sviare l'Amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara, precisando che la fattispecie normativa equipara all'informazione “*falsa*” quella “*fuorviante*”, ossia rilevante nella sua «*attitudine decettiva di “influenza indebita”*», la quale si distingue dall'ipotesi della falsità per il maggior grado di aderenza al vero.

19.2. Né rileva la previsione della *lex specialis* di gara che non richiedeva *expressis verbis* a pena di esclusione il possesso dell'autorizzazione ex art. 186 comma 4 l. fall. al momento della presentazione della domanda, richiamando il disciplinare, al punto 7.1. la sola previsione dell'art. 186 bis comma 6 l. fall, né detto possesso poteva essere sottinteso alla mera richiesta di indicazioni contenuta nel DGUE riferita a possibili cause di esclusione; peraltro la *lex specialis* di gara, ove interpretata

nel senso inteso dalla stazione appaltante e dal primo giudice, in quanto contrastante con il noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2021, da intendersi ormai come diritto vivente, tanto da essere successivamente cristallizzata nel disposto dell'art. 94, comma 5, lett. d) del nuovo Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 36/2023), dovrebbe intendersi nulla per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, di cui all'art. 83 comma 8 d.lgs, 50/2016 - secondo cui "*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*" - con conseguente non necessità di impugnativa della stessa *in parte qua*.

20. Ferma restando l'assorbenza di tali rilievi, può passarsi per completezza alla disamina della prima parte del primo motivo di appello, con cui, come innanzi esposto, la DUEL lamenta l'erroneità della sentenza di *prime cure* laddove aveva ritenuto oggettivamente falsa la dichiarazione da essa resa circa il possesso dell'autorizzazione giudiziale, sulla base del rilievo della non sovrapponibilità del parere reso dal commissario giudiziale, con detta autorizzazione, ancora non intervenuta all'atto della presentazione della domanda.

20.1. Ed invero, il commissario giudiziale pur se in maniera irrituale, evidentemente conscio della non necessità dell'autorizzazione giudiziale al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura *de qua* – secondo il noto pronunciamento della Plenaria - non si era limitato a rendere il parere di rito, ma aveva *expressis verbis* autorizzato, nelle more del rilascio del provvedimento di autorizzazione da parte del G.D., DUEL a partecipare alla procedura *de qua*, "*non comportando tale atto l'immediata assunzione di impegni finanziari a Vs. carico*".

Detto atto può avere indubbiamente indotto la DUEL a ritenerlo sufficiente ai fini della partecipazione alla procedura di gara *de qua*, in attesa dell'autorizzazione del

G.D., (peraltro rilevatasi *ex post* – ma prima del momento della conclusione della prima fase della selezione qualitativa ed a maggior ragione prima della conclusione della seconda fase - superflua).

Ed invero l'autorizzazione irrituale resa dal commissario giudiziale – peraltro non necessaria ai fini della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, secondo quanto innanzi evidenziato – in quanto non limitata al mero rilascio del parere, poteva considerarsi discutibile dal punto di vista giuridico, come evidenziato da parte appellante, ma, avuto riguardo alla allegata sufficienza della stessa nelle more del rilascio dell'autorizzazione del G.D. “*non comportando tale atto l'immediata assunzione di impegni finanziari a Vs, carico*”, colorando anche l'elemento soggettivo della dichiarazione, non poteva portare a ritenere che la stessa fosse obiettivamente falsa.

20.2. Ciò fermi restando i superiori ed assorbenti rilevi circa l'assenza del carattere rilevante e fuorviante della dichiarazione al riguardo resa, nei termini indicati nel noto arresto dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 2020, vertendo la stessa su un requisito non necessario ai fini della partecipazione alla procedura de qua, secondo il più volte richiamato arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2021.

21. L'appello va pertanto accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, va accolto il ricorso di primo grado.

22. Sussistono nondimeno, ad avviso del collegio, ai sensi del combinato disposto dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 92 comma 2 c.p.a. i presupposti per la compensazione delle spese di lite del doppio grado, avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite del doppio grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti