

Mandataria di una RTI in concordato preventivo con continuità aziendale è legittima l'esclusione dalla procedura di gara

Con la [sentenza n. 85 del 2020 il Giudice delle leggi](#) ha dichiarato la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'[art. 186-bis, comma 6, l. fall.](#), nella parte in cui dispone l'esclusione dalle procedure di affidamento di contratti **pubblici** dell'impresa mandataria di un RTI sottoposta a concordato preventivo con continuità aziendale, poiché la diversa modalità di partecipazione non è indifferente dal punto di vista dell'interesse della stazione appaltante, per la quale segnatamente la posizione dell'impresa mandataria di un RTI assume rilievo e valore differenziato, trattandosi del punto di riferimento di una struttura complessa.

Il caso

Con due ordinanze di contenuto sostanzialmente identico del 29 ottobre 2018 il Tar Lazio dubitava della legittimità costituzionale del combinato disposto degli [artt. 38, comma 1, lett. a\)](#), del **d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163** (Codice dei contratti **pubblici** relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle [direttive 2004/17/CE](#) e 2004/18/CE) e [186-bis, commi 5 e 6, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267](#), in riferimento agli [artt. 3, 41 e 117, comma 2, lett. a\)](#), Cost. Le norme censurate, nel loro combinato disposto, avrebbero violato innanzitutto l'[art. 3](#) Cost., in quanto per le diverse ipotesi indicate (**impresa singola, impresa mandante e impresa mandataria di un RTI**), che differiscono tra loro solo per il modulo partecipativo alla gara, sarebbe valsa, infatti, la stessa esigenza di favorire il superamento della crisi d'impresa, atta a giustificare la **deroga al generale divieto di partecipazione alle gare pubbliche** per le imprese sottoposte a procedure concorsuali. Sarebbero stati lesi, inoltre, gli [artt. 41 e 117, comma 2, lett. a\)](#), Cost., in quanto l'irragionevole **esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici dell'impresa mandataria di un RTI sottoposta a concordato preventivo con continuità aziendale** avrebbe limitato ingiustificatamente la **libertà di iniziativa economica** e si sarebbe posta in contrasto con il **principio della concorrenza**, costituente un principio cardine dell'Unione europea, cui la massima partecipazione alle gare è funzionale.

Con ordinanza del 12 giugno 2019 il Consiglio di Stato, sez. V, sollevava, a sua volta, questioni di legittimità costituzionale dell'[art. 186-bis, comma 6, l. fall.](#), nella parte in cui esclude dalle procedure di affidamento dei contratti **pubblici** l'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale che rivesta la qualità di mandataria di un RTI, in riferimento agli [artt. 3, 41 e 97](#) Cost. La norma censurata avrebbe violato innanzi tutto l'[art. 3](#) Cost. sotto tre distinti profili: 1) l'[art. 186-bis, comma 6, l. fall.](#) avrebbe introdotto un'irragionevole disparità di trattamento "esterna" fra l'impresa che riveste la qualità di mandataria di un RTI e l'impresa che, nella stessa situazione di concordato preventivo con continuità aziendale, avesse partecipato come singola offerente oppure come mandataria di un consorzio ordinario di concorrenti di cui all'[art. 45, comma 2, lett. e\)](#), del d.lgs. n. 50 del 2016; 2) un'ulteriore irragionevole disparità di trattamento – questa volta "interna" alla disposizione censurata – sarebbe stata individuabile fra l'impresa mandataria e l'impresa mandante di un RTI che si fosse trovata in concordato preventivo con continuità aziendale. A parità di condizioni, la seconda avrebbe potuto concorrere, infatti, alla procedura di affidamento, sempre che non vi fossero state altre imprese aderenti assoggettate a procedura concorsuale; 3) l'[art. 186-bis, comma 6, l. fall.](#) si sarebbe posto in contrasto poi con il principio di ragionevolezza "intrinseca", per l'ingongruenza della scelta operata dal legislatore rispetto all'obiettivo di tutelare i creditori dell'impresa in concordato preventivo, giacché l'esclusione assoluta dalla partecipazione alle gare avrebbe negato all'impresa mandataria di un RTI la chance di ottenere un flusso di denaro utile al superamento dello stato di crisi. L'[art. 186-bis, comma 6](#), avrebbe leso altresì l'[art. 41](#) Cost. perché avrebbe limitato l'autonomia contrattuale dell'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale, anziché favorirne il libero dispiegarsi, in conformità all'utilità sociale, per l'acquisizione di clienti di sicura affidabilità quali i soggetti **pubblici**. Infine, sarebbe stato violato l'[art. 97](#) Cost., per contrasto con il principio di buon andamento dell'amministrazione, in quanto la norma censurata avrebbe limitato ingiustificatamente il potere delle pubbliche amministrazioni di scegliere il contraente più qualificato e capace.

La decisione della Corte costituzionale

Con la segnalata sentenza la Consulta ha dichiarato **inammissibili** alcune questioni sollevate dal Tar Lazio per difetto di rilevanza e per inconferenza di alcuni dei parametri evocati mentre ha dichiarato la **non fondatezza** delle residue questioni sollevate.

In primis, è stato evidenziato che la ratio dell'[art. 186-bis, comma 6, l. fall.](#) è individuabile nella **finalità di tutelare l'interesse pubblico al corretto e puntuale adempimento** delle prestazioni oggetto del contratto. In questa prospettiva, il divieto di cui alla norma censurata tende a scongiurare il rischio che la parte pubblica, all'esito della procedura di affidamento, si trovi in una **relazione contrattuale con**

imprenditori non affidabili sotto il profilo economico e finanziario. Si tratta dunque della stessa ratio che ispira la regola generale di esclusione dalle gare per l'affidamento di **appalti pubblici** dell'imprenditore sottoposto a procedure concorsuali, prevista prima all'[art. 38, comma 1, lett. a\)](#), del d.lgs. n. 163 del 2006 e poi all'[art. 80, comma 5, lett. b\)](#), del d.lgs. n. 50 del 2016. La norma censurata, infatti, rende inapplicabile alla mandataria di un RTI la **deroga all'esclusione dalle gare operante in favore delle imprese in concordato preventivo di continuità** nel rispetto delle condizioni stabilite all'[art. 186-bis](#) l. fall. In linea con la più generale finalità dell'istituto di **favorire il superamento dello stato di crisi dell'azienda**, la disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale si caratterizza per la previsione di stabilità dei contratti in essere con le pubbliche amministrazioni, ex [art. 186-bis, comma 3](#), l. fall., e, al contempo, per la possibilità che l'impresa partecipi alle procedure di affidamento dei contratti **pubblici**. La deroga al divieto di partecipare a gare pubbliche mira dunque a consentire eccezionalmente alle imprese che si trovino in questa condizione di acquisire commesse pubbliche e garantire così una migliore soddisfazione dei creditori. In questo contesto la norma denunciata, escludendo dal beneficio la mandataria di un RTI, introduce un'**eccezione all'eccezione**, e quindi ripristina, per il caso da essa considerato, la ricordata regola generale in base alla quale chi è soggetto a procedure concorsuali non può partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti **pubblici**.

Ciò chiarito, il Giudice delle leggi ha affermato che il **differente trattamento riservato all'impresa mandataria di un RTI in concordato di continuità**, rispetto alle varie ipotesi poste a raffronto con essa dai giudici a quibus, trova giustificazione, nella prospettiva del legislatore, nella diversa modalità della sua partecipazione alla gara e, in caso di aggiudicazione, al rapporto contrattuale, rispetto alla partecipazione dell'impresa che concorra rispettivamente in forma singola, o in qualità di mandante di un RTI, o anche come mandataria di imprese che si costituiranno in consorzio. E tale prospettiva non comporta un irragionevole esercizio della discrezionalità legislativa. Anche a voler ammettere che, dal punto di vista della tutela dell'interesse alla continuità aziendale, il regime di ammissione alle gare delle diverse imprese che si trovino in concordato non vari in ragione della particolare forma della loro partecipazione, non vi è dubbio che la **diversa modalità di partecipazione** non è indifferente dal punto di vista dell'interesse della stazione appaltante, per la quale segnatamente la posizione dell'impresa mandataria di un RTI assume rilievo e valore differenziato.

In base alle argomentazioni della Corte, infatti, pur non dando vita a un autonomo soggetto giuridico, nondimeno un **RTI presenta infatti una struttura complessa**, che va al di là delle singole individualità delle imprese raggruppate e rispetto alla quale **l'impresa mandataria rappresenta il punto di riferimento** della stazione appaltante per tutta la durata del rapporto contrattuale. Dell'amministrazione appaltante essa costituisce il diretto interlocutore per conto di tutte le imprese riunite, quale loro rappresentante esclusiva e quale garante, anche per conto delle mandanti, della corretta esecuzione dell'appalto. La mandataria, oltre a rispondere in proprio delle prestazioni prevalenti o principali, è sempre responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione di tutte le prestazioni previste dal bando di gara, anche quelle scorporabili o secondarie di competenza delle mandanti. La partecipazione alla gara di una mandataria in concordato preventivo con continuità aziendale potrebbe costituire motivo di **pregiudizio aggiuntivo per la stazione appaltante**, che si vedrebbe esposta al rischio del fallimento dell'**unico debitore comunque solidale**. È appena il caso di osservare che da questo angolo visuale essa costituirebbe un rischio maggiore anche per i creditori dell'impresa in concordato, a fronte della sopravvenienza di crediti prededucibili sorti da inadempimenti di soggetti diversi dal debitore. Sebbene nei raggruppamenti di tipo orizzontale (in cui le prestazioni di tutte le imprese riunite sono omogenee e si distinguono solo sul piano quantitativo) anche le mandanti assumano una responsabilità solidale, tra esse e con la mandataria, il ruolo della mandataria rimane comunque, in questo stesso tipo di RTI, peculiare, in quanto il suo **potere rappresentativo, anche processuale**, agevola la stazione appaltante che – pur non perdendo la facoltà di agire direttamente nei confronti delle mandanti (ex [art. 48, comma 15](#), del d.lgs. n. 50 del 2016) – può limitarsi a rivolgersi direttamente ed esclusivamente alla mandataria per far valere in ogni sede, non ultimo quella giudiziale, le ragioni derivanti dall'esecuzione dell'intero contratto.

Pertanto, ha obiettato la Corte che le situazioni messe a confronto dai rimettenti, anche se accomunate dal fatto che si riferiscono sempre ad imprese sottoposte allo stesso tipo di procedura concorsuale, sono diverse, mancando in quelle assunte a *tertium comparationis* le peculiarità che connotano invece la posizione della mandataria in un RTI. Con la conseguenza che la norma censurata non può ritenersi irragionevolmente discriminatoria. Tali peculiarità non ricorrono, né nel caso delle mandanti di un RTI, né in quello dell'impresa che, sempre in forza di un rapporto di mandato, stipuli il contratto in nome e per conto delle mandanti prima della costituzione di un consorzio ordinario, ai sensi dell'[art. 48, comma 8](#), del d.lgs. n. 50 del 2016. In questa ipotesi, infatti, non opera il regime di responsabilità descritto per il raggruppamento, né la capogruppo è legittimata ad agire per conto delle mandanti, in quanto è il consorzio che, quale autonomo soggetto giuridico, risponde e agisce attraverso i suoi organi in base alle previsioni dell'atto costitutivo. A conclusioni non diverse si deve pervenire anche per quanto riguarda l'impresa che concorre in forma individuale. Se è vero che anch'essa è tenuta, al pari della mandataria di un RTI, a eseguire per intero le

prestazioni a cui è obbligata, per di più senza l'ausilio delle altre imprese riunite, la circostanza non è sufficiente a rendere omogenee le due fattispecie e dunque costituzionalmente necessaria la parità del loro trattamento normativo.

La Corte ha rammentato, a questo proposito, il favor espresso dalla legislazione per la partecipazione alle gare dei raggruppamenti temporanei di imprese, che risponde sia a una logica pro-concorrenziale, giacché la partecipazione in forma riunita consente alle imprese di concorrere a commesse per le quali potrebbero non avere singolarmente i requisiti, sia all'interesse della stazione appaltante alla migliore realizzazione dell'appalto, tramite la valorizzazione delle risorse, dei requisiti tecnico-organizzativi e delle capacità economico-finanziarie delle imprese riunite. Ai vantaggi offerti da tale formula organizzativa si contrappone, sul piano delle relazioni fra stazione appaltante e soggetto esecutore, la complicazione connessa alla descritta complessità strutturale del RTI, che, per un verso, non dà luogo a un nuovo soggetto giuridico diverso dalle singole imprese, ma, per altro verso, le riunisce imputando a una di esse particolari funzioni di rappresentanza, responsabilità, e più in generale di interlocuzione con l'amministrazione per conto di tutte. Per queste ragioni, le modalità di relazione della stazione appaltante con un RTI sono peculiari e più complesse di quelle che essa potrebbe avere con un'impresa singola. Si pensi soltanto ai particolari rischi che tale modalità organizzativa può comportare in fase esecutiva, quando le esigenze di coordinamento delle prestazioni – che nel caso dell'impresa singola sono risolte nell'ambito della compagine aziendale – devono trovare soluzione nella relazione fra mandataria, unico diretto interlocutore dell'amministrazione per tutta la fase esecutiva, e imprese riunite, responsabili solo per le parti di rispettiva competenza.

Ha osservato la Consulta che alle particolari esigenze di razionalizzazione delle relazioni fra RTI e stazione appaltante risponde la normativa che definisce il ruolo dell'impresa mandataria, consentendo, da un lato, che tramite essa un RTI possa partecipare alle procedure di affidamento in posizione paritaria rispetto a chi concorre in forme diverse, e apprestando, dall'altro lato, alcune cautele specifiche a tutela della stazione appaltante in relazione appunto al suo ruolo. In specie, l'esclusione della mandataria in concordato con continuità aziendale dalla partecipazione alle gare – non prevista per l'impresa che concorre in forma individuale – è diretta a evitare che la crisi dell'impresa mandataria, conclamata dalla sua soggezione a concordato preventivo, metta in discussione il rapporto con l'amministrazione appaltante in maniera che il legislatore, nell'esercizio non irragionevole della sua discrezionalità, ha ritenuto non tollerabile: da ciò la scelta legislativa di sottrarre questa ipotesi al regime derogatorio.

Né, ad avviso della Corte, l'irragionevolezza dell'esclusione emerge dal confronto con la disposizione che, regolando il caso del fallimento della mandataria di un RTI in corso di contratto, consente alla stazione appaltante di proseguire il rapporto con un altro operatore economico che sia costituito mandatario, in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire ([art. 37, comma 18](#), del d.lgs. n. 163 del 2006; [art. 48, comma 17](#), del d.lgs. n. 50 del 2016). Se è vero che tale rimedio potrebbe in astratto adattarsi al caso del fallimento della mandataria già soggetta a concordato preventivo in continuità nella fase di partecipazione alla gara, l'argomento non ha rilievo ai fini della verifica di ragionevolezza della disposizione contestata, stante la diversa ratio della disciplina evocata. Mentre infatti il divieto di partecipazione alla gara per la mandataria in concordato di continuità è funzionale all'interesse della stazione appaltante a selezionare contraenti ragionevolmente affidabili quanto a capacità di adempiere, la previsione della possibilità, in caso di fallimento della mandataria, di proseguire il rapporto per il tramite di una modificazione soggettiva del contratto è diretta a tutelare il diverso interesse pubblico a conservare il rapporto in corso, onde permettere il corretto svolgimento della prestazione sino alla sua completa esecuzione, evitando il recesso. Non è dunque possibile trarre da quest'ultima previsione alcuna conseguenza ai fini della valutazione della diversa disposizione sulla partecipazione alla gara.

Quanto alle ulteriori ragioni di pretesa irragionevolezza della censurata disparità di trattamento che il rimettente desume dall'evoluzione della normativa in materia – e segnatamente dal fatto che l'[art. 80, comma 5, lett. b\)](#), del nuovo codice dei contratti **pubblici**, non rinviando più all'[art. 186-bis](#) l. fall., avrebbe superato il divieto di partecipazione alle gare della mandataria in concordato preventivo in continuità –, secondo il Giudice delle leggi, esse sono smentite dai successivi sviluppi del quadro normativo, che offrono, invece, argomenti di segno opposto. Il nuovo testo dell'[art. 80, comma 5, lett. b\)](#), come sostituito dall'[art. 1, comma 20, lett. o\), n. 3\)](#), del d.l. n. 32 del 2019, conferma, infatti, in modo testuale la permanente vigenza del divieto di partecipazione alle gare della mandataria previsto dal comma 6 dell'[art. 186-bis](#) l. fall.

In ultimo, con riferimento al profilo della lamentata intrinseca irragionevolezza della norma censurata, la Corte ha rilevato che la scelta in essa operata è il frutto del complesso bilanciamento operato dal legislatore tra l'interesse della stazione appaltante al corretto e puntuale adempimento della prestazione affidata nella particolare ipotesi del contratto concluso con un RTI, e l'interesse al superamento della crisi dell'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale, da perseguire anche attraverso la partecipazione

dell'impresa stessa alle procedure di affidamento dei contratti **pubblici** al fine della migliore soddisfazione dei creditori. Si tratta dunque di una **valutazione tipicamente rimessa alla discrezionalità del legislatore**, che resta libero di operarla nei limiti della non manifesta irragionevolezza. La scelta del legislatore di far prevalere nella fattispecie il primo dei descritti interessi – escludendo l'impresa mandataria di un RTI in concordato preventivo con continuità aziendale dalla possibilità di partecipare alle gare pubbliche – può essere considerata opinabile, giacché altre soluzioni avrebbero potuto legittimamente essere adottate, ma non supera i limiti entro i quali la discrezionalità legislativa si deve ritenere legittimamente esercitata. Essa si ispira, infatti, pur sempre alla ratio sottesa alla regola generale di esclusione dalle procedure di affidamento delle imprese sottoposte a procedure concorsuali, e tale regola fa riespondere in un'ipotesi nella quale lo stesso legislatore non irragionevolmente ha reputato necessarie cautele aggiuntive a protezione degli interessi della stazione appaltante. Rientra, a sua volta, nell'ambito della discrezionalità del legislatore la scelta di vietare in modo assoluto la partecipazione alle gare della mandataria di RTI in concordato preventivo in continuità aziendale, anziché affidare il descritto bilanciamento alla valutazione caso per caso del giudice del concordato preventivo, e ne costituisce anch'essa non arbitraria né irrazionale espressione, tenuto conto del fatto che gli interessi da ponderare e temperare nella vicenda sarebbero ulteriori e diversi rispetto a quelli dei creditori concordatari, che vengono in prevalente rilievo in sede concorsuale.

I rimettenti hanno dedotto anche la violazione dell'[art. 41](#) Cost. Ad avviso della Corte, le censure sono pressoché sovrapponibili: per il TAR l'irragionevolezza dell'esclusione dalle gare dell'impresa mandataria avrebbe comportato un'ingiustificata limitazione della libertà di iniziativa economica; per il Consiglio di Stato la denunciata irragionevolezza avrebbe limitato l'autonomia contrattuale dell'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale, anziché favorirne il libero dispiegarsi, in conformità all'utilità sociale, per l'acquisizione di clienti di sicura affidabilità, quali i soggetti **pubblici**. Inoltre, secondo il Consiglio di Stato, sarebbe stato limitato ingiustificatamente anche il potere delle pubbliche amministrazioni di scegliere il contraente più qualificato e capace, con violazione del principio di buon andamento ex [art. 97](#) Cost.

Quanto alla denunciata violazione dell'[art. 41](#) Cost., il Giudice delle leggi ha sostenuto che, per costante giurisprudenza, la tutela costituzionale della sfera dell'autonomia privata non è assoluta, in quanto non è configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, come sancito dall'[art. 41, comma 2](#), Cost., purché, per un verso, l'individuazione di quest'ultima non appaia arbitraria e, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue. L'utilità sociale come limite all'esercizio della libertà di iniziativa economica va individuata, infatti, nel descritto **perseguimento dell'interesse pubblico al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni contrattuali**, nel caso di specie privilegiato dal legislatore che ha scelto di precludere le gare all'impresa mandataria di un RTI in concordato preventivo con continuità aziendale. La conformità di tale scelta alla regola generale di non ammissione delle imprese soggette a procedure concorsuali ne esclude l'arbitrarietà e la palese incongruenza rispetto allo scopo perseguito.

Quanto alla violazione dell'[art. 97](#) Cost., la Corte ha precisato che le esposte considerazioni sulla ratio giustificativa della norma ne dimostrano, invece, la coerenza con l'**interesse della stazione appaltante a scegliere il contraente più affidabile e capace di adempiere**, in piena conformità, anziché in contrasto, con il principio di buon andamento. Da qui la non fondatezza anche di tale questione.

Esito del giudizio di costituzionalità:

riuniti i giudizi,

1) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'[art. 186-bis, quinto comma](#), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), come introdotto dall'[art. 33, comma 1, lettera h](#)), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, nella [legge 7 agosto 2012, n. 134](#), sollevate dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, in riferimento agli [artt. 3, 41 e 117, secondo comma, lettera a](#)), della Costituzione, con le ordinanze indicate in epigrafe;

2) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'[art. 38, comma 1, lettera a](#)), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti **pubblici** relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle [direttive 2004/17/CE](#) e [2004/18/CE](#)) e dell'[art. 186-bis, sesto comma](#), della legge fallimentare, sollevate dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, in riferimento all'[art. 117, secondo comma, lettera a](#)), Cost., con le ordinanze indicate in epigrafe;

3) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'[art. 38, comma 1, lettera a\)](#), del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'[art. 186-bis, sesto comma](#), della legge fallimentare, sollevate dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, in riferimento agli [artt. 3](#) e [41](#) Cost., con le ordinanze indicate in epigrafe;

4) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'[art. 186-bis, sesto comma](#), della legge fallimentare, sollevate dal Consiglio di Stato, sezione quinta, in riferimento agli [artt. 3](#), [41](#) e [97](#) Cost., con l'ordinanza indicata in epigrafe.

[Corte costituzionale, sentenza 7 maggio 2020, n. 85](#)