La Corte costituzionale respinge le questioni di costituzionalità – sollevate dal T.a.r. per il Lazio e dal Consiglio di Stato – relative all'art. 186-*bis*, comma 6, della legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942) nella parte in cui esclude la sola impresa mandataria (riunita, con altre imprese, in un raggruppamento temporaneo) dalla possibilità di concorrere all'aggiudicazione di appalti pubblici, qualora risulti sottoposta alla procedura di concordato con continuità aziendale.

Corte costituzionale, sentenza 7 maggio 2020, n. 85 – Pres. Cartabia, Red. de Pretis

Contratti pubblici – Gara pubblica – Requisiti di partecipazione di ordine generale – Raggruppamento temporaneo di imprese – Impresa mandataria sottoposta a concordato con continuità aziendale – Divieto di partecipazione – Questione infondata di costituzionalità.

*E' infondata, in riferimento ai principi di ragionevolezza e di uguaglianza, nonché agli artt. 41 e 97 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 186-*bis*, comma 6, della legge fallimentare, anche in combinato disposto con l'art. 38, comma 1, lettera* a)*, del d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui esclude dalla partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica, per l'aggiudicazione di contratti pubblici relativi a lavori, servizi o forniture, l'impresa sottoposta a concordato preventivo con continuità aziendale che rivesta la qualità di mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese* (1).

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la Corte costituzionale ha respinto i dubbi di costituzionalità sulla disciplina del "concordato con continuità aziendale" – istituto, come noto, introdotto, nel corpo della legge fallimentare, dal decreto-legge n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134 del 2012 – di cui all'art. 186-*bis*, comma 6, del r.d. n. 267 del 1942, che fa divieto alla sola impresa mandataria di un r.t.i. di partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Le questioni erano state sollevate dal T.a.r. per il Lazio (ordinanze della Sezione II del 29 ottobre 2018, nn. 10397 e 10398, quest'ultima in *Riv. giur. edilizia*, 2018, I, 1517, entrambe oggetto della News US in data 12 novembre 2018, cui si rinvia) e dal Consiglio di Stato (ordinanza della sezione V del 12 giugno 2019, n. 3938, in *Foro amm.*, 2019, 1022, nonché oggetto della News US n. 75 del 2 luglio 2019, cui parimenti si rinvia), nell'ambito di altrettante controversie in cui erano impugnati gli atti di esclusione (ovvero, di mancata esclusione) dell'intero raggruppamento (ricorrente, ovvero controinteressato).

Le questioni di costituzionalità investivano, per un verso, l'art. 38, comma 1, lett. *a)*, del d.lgs. n. 163 del 2006 (che prevede una causa di esclusione dalla gara per quelle imprese "*che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso*

*di cui all'articolo 186-*bis *del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*") e, per altro verso, l'art. 186-*bis*, comma 6, della Legge fallimentare (secondo cui, per quanto qui interessa, "*l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria*").

II. – Il ragionamento che ha condotto la Corte costituzionale a respingere le questioni può riassumersi come segue:

a) anzitutto, in punto di ammissibilità, la Corte ha ritenuto che l'art. 186-*bis*, comma 6, cit., sia tuttora vigente, sconfessando la tesi secondo cui detta norma sarebbe stata implicitamente abrogata dall'art. 80, comma 5, lett. *b)*, del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016), disposizione, quest'ultima, che ha previsto una specifica causa di esclusione per l'operatore economico che "*sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110 del presente codice e dall'articolo 186-*bis *del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*"; al riguardo, la Corte ha ritenuto quanto segue:
    - a1) ai fini dell'ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale, secondo la costante giurisprudenza della Corte (cfr. sentenza 26 marzo 2015, n. 51, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 485, con nota di VALLEBONA; *Dir. relazioni ind.*, 2015, 823, con nota di SCHIUMA; *Riv. giur. lav.*, 2015, II, 493, con nota di BARBIERI; *Arg. dir. lav.*, 2015, 928, con nota di LAFORGIA; nonché sentenza 30 gennaio 2018, n. 11, in *Foro it.*, 2018, I, 1116), è sufficiente che "*il giudice rimettente illustri in modo non implausibile le ragioni che giustificano l'applicazione della disposizione censurata e determinano la pregiudizialità della questione sollevata rispetto alla definizione del processo principale*" (è qui richiamata anche la sentenza 23 maggio 2018, n. 105, in *Giur. cost.*, 2018, 2783, con nota di ASTONE);
    - a2) nel caso di specie, il rimettente ha allegato ragioni non implausibili sulla perdurante vigenza dell'art. 186-*bis*, comma 6, cit., facendo leva sulla natura "speciale" di tale norma rispetto a quella "generale" di cui all'art. 80, comma 5, lett. *b)*, del nuovo codice dei contratti pubblici;
    - a3) del resto, quest'ultima norma (nella formulazione introdotta dal decreto-legge n. 32 del 2019, convertito in legge n. 55 del 2019) – nello stabilire l'esclusione del concorrente sottoposto a fallimento o a liquidazione coatta amministrativa o a concordato preventivo – prevede, oggi, un'espressa salvezza proprio della previsione derogatoria di cui all'art. 186-*bis*, comma 6, della legge fallimentare: in tal modo, il legislatore del 2019 ha inteso

rimediare a quello che, in precedenza, "*appariva un mero difetto di coordinamento con la legge fallimentare*", coordinamento che, peraltro, è stato mantenuto anche dal nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (il d.lgs. n. 14 del 2019, la cui entrata in vigore è stata, da ultimo, differita al 1° settembre 2021);

b) nel merito, quanto anzitutto al dedotto parametro della irragionevole disparità di trattamento, la Corte osserva preliminarmente quanto segue:

   b1) la *ratio* delle esclusioni dalle gare pubbliche, in generale, "*è individuabile nella finalità di tutelare l'interesse pubblico al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni oggetto del contratto*"; più in particolare, qualora il divieto sia collegato alla pendenza di una procedura concorsuale, esso "*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*";

   b2) la disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale – rispondente, come noto, alla finalità di favorire il superamento dello stato di crisi dell'azienda – "*si caratterizza per la previsione di stabilità dei contratti in essere con le pubbliche amministrazioni, ex art. 186-*bis*, terzo comma, della legge fallimentare, e, al contempo, per la possibilità che l'impresa partecipi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*"; esso, pertanto, configura un'eccezione alla regola generale dei contratti pubblici;

   b3) in tale contesto, la norma particolare di cui all'art. 186-*bis*, comma 6, della legge fallimentare configura "*un'eccezione all'eccezione*", rendendo inapplicabile alla sola mandataria di un r.t.i. la deroga all'esclusione dalle gare operante in favore delle imprese in concordato preventivo di continuità, nel rispetto delle condizioni stabilite dalla norma stessa, in tal modo ripristinando "*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*";

c) in tale quadro, il differente trattamento riservato all'impresa mandataria, secondo la Corte, "*trova giustificazione, nella prospettiva del legislatore, nella diversa modalità della sua partecipazione alla gara e, in caso di aggiudicazione, al rapporto contrattuale*", senza che ciò comporti un irragionevole esercizio della discrezionalità legislativa; al riguardo la Corte precisa quanto segue:

   c1) la diversa modalità di partecipazione della mandataria – rispetto, ad esempio, alle mandanti – "*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*", rappresentando essa "*il punto di*

riferimento della stazione appaltante per tutta la durata del rapporto contrattuale" nonché "*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*";

c2) l'impresa mandataria, infatti, "*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*";

c3) si è voluto, pertanto, sterilizzare un "*motivo di pregiudizio aggiuntivo per la stazione appaltante, che si vedrebbe esposta al rischio del fallimento dell'unico debitore comunque solidale*", oltre che "*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*";

c4) anche nei raggruppamenti di tipo orizzontale (in cui le prestazioni di tutte le imprese riunite sono omogenee e si distinguono solo sul piano quantitativo, con responsabilità solidale pure in capo alle imprese mandanti), peraltro, "*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*";

d) le situazioni messe a confronto dai giudici rimettenti, insomma, "*sono dunque diverse, mancando in quelle assunte a* tertia comparationis *le peculiarietà che connotano invece la posizione della mandataria in un RTI*"; tali peculiarità, in particolare, oltre a non sussistere – come già visto – nel caso delle imprese mandanti, non ricorrono:

d1) né nel caso 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*";

d2) né nell'ipotesi dell'impresa che concorre in forma individuale: è pur vero – precisa la Corte – che essa è tenuta, al pari della mandataria di un RTI, ad eseguire per intero le prestazioni a cui è obbligata, per di più senza l'ausilio

delle altre imprese riunite, ma tale circostanza "*non è sufficiente a rendere omogenee le due fattispecie e dunque costituzionalmente necessaria la parità del loro trattamento normativo*", avuto riguardo alla complessità delle relazioni che devono intercorrere tra la stazione appaltante ed il raggruppamento di imprese (il quale, nondimeno, costituisce un istituto che forma oggetto di particolare *favor* da parte del legislatore, rispondendo – come noto – ad una logica pro-concorrenziale);

e) proprio di tale complessità di relazioni il legislatore ha dovuto farsi carico, consentendo, da un lato, che tramite l'impresa mandataria un RTI possa partecipare alle procedure di affidamento in posizione paritaria rispetto a chi concorre in forme diverse, ma allo stesso tempo apprestando, dall'altro lato, "*alcune cautele specifiche a tutela della stazione appaltante in relazione appunto al suo ruolo*"; la predicata irragionevolezza in senso "estrinseco", in tale complessivo quadro, non potrebbe desumersi:

   e1) né dalla previsione che – pur sempre in caso di fallimento della mandataria o di sua sottoposizione ad altre procedure concorsuali – 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 (cfr. art. 37, comma 18, del d.lgs. n. 163 del 2006; ora, art. 48, comma 17, del d.lgs. n. 50 del 2016): il rimedio della modificazione soggettiva del contratto è, infatti, diretto 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*" e non è, dunque, possibile trarre da quest'ultima previsione "*alcuna conseguenza ai fini della valutazione della diversa disposizione sulla partecipazione alla gara*";

   e2) né dal fatto che l'originaria formulazione dell'art. 80, comma 5, lett. *b)*, del codice dei contratti pubblici del 2016 non conteneva più il rinvio all'art. 186-*bis* della legge fallimentare, posto che – come già visto – quel rinvio è stato poi reintrodotto dal decreto-legge n. 32 del 2019, con ciò confermandosi "*in modo testuale la permanente vigenza del divieto di partecipazione alle gare della mandataria previsto dal sesto comma dell'art. 186-*bis *della legge fallimentare*";

   e3) da tali indicazioni, pertanto, non è possibile concludere per la violazione del principio di eguaglianza, posto che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, "*tale violazione sussiste qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili*" (sono richiamate: sentenza 4 giugno 2014, n. 155, in *Foro it.*, 2014, I, 2633, con nota

di PERRINO; *Mass. giur. lav.*, 2014, 552, con nota di PIZZUTI; *Giur. cost.*, 2014, 2472, con nota di BINI; *Riv. giur. lav.*, 2014, II, 588, con nota di AIELLO; *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 44, con nota di DI PAOLA; sentenza 17 marzo 2006, n. 108, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 964, con nota di COCCONI; sentenza 12 novembre 2004, n. 340, in *Foro it.*, 2005, I, 16; sentenza 7 maggio 2004, n. 136, in *Foro it.*, 2004, I, 1982);

f) secondo la Corte, inoltre, non sussiste neanche alcun profilo di irragionevolezza "intrinseca", posto che:

   f1) la scelta operata dal legislatore (quella, cioè, di limitare il divieto di partecipazione al solo caso della mandataria) è il frutto di un "*complesso bilanciamento*" tra l'interesse della stazione appaltante al corretto e puntuale adempimento della prestazione e l'interesse al superamento della crisi dell'impresa sottoposta a 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;

   f2) simile scelta, nel far prevalere il primo dei descritti interessi, "può essere considerata opinabile", ma essa "*non supera i limiti entro i quali la discrezionalità legislativa si deve ritenere legittimamente esercitata*", ispirandosi, pur sempre, alla *ratio* sottesa alla regola generale di esclusione dalle procedure di affidamento delle imprese sottoposte a procedure concorsuali, ed essendo collegata all'apprestamento di "*necessarie cautele aggiuntive a protezione degli interessi della stazione appaltante*";

   f3) ed anche la scelta di vietare, in modo assoluto, la partecipazione della mandataria, anziché di affidarsi ad una valutazione condotta caso per caso dal giudice del concordato preventivo, costituisce, secondo la Corte, una scelta del legislatore "*non arbitraria né irrazionale* [...], *tenuto conto del fatto che gli interessi da ponderare e contemperare nella vicenda sarebbero ulteriori e diversi rispetto a quelli dei creditori concordatari, che vengono in prevalente rilievo in sede concorsuale*";

g) infine, la Corte esclude la fondatezza pure delle ultime censure sollevate, concernenti l'art. 41 Cost. (sotto il profilo della limitazione della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore) e l'art. 97 Cost. (sotto il profilo del buon andamento delle pubbliche amministrazioni, assumendosi queste ultime pregiudicate nello scegliere il contraente più qualificato e capace):

   g1) quanto all'art. 41 Cost., è rinvenibile l'utilità sociale, come limite all'esercizio della libertà di iniziativa economica, "*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", con ciò soddisfacendosi i requisiti prescritti dalla giurisprudenza costituzionale secondo cui l'individuazione del limite dell'utilità sociale non deve apparire arbitraria e non deve essere perseguita mediante misure palesemente incongrue (sono qui richiamate: sentenza 21 luglio 2016, n. 203, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2016, 789; sentenza 31 marzo 2015, n. 56, in *Giur. cost.*, 2015, 488, con nota di CHIEPPA; sentenza 8 luglio 2010, n. 247, in *Foro it.*, 2011, I, 2248; sentenza 29 aprile 2010, n. 152, in *Foro it.*, 2010, I, 1681; sentenza 29 maggio 2009, n. 167, in *Riv. dir. agr.*, 2009, II, 114, con nota di CANFORA);

g2) quanto all'art. 97 Cost., la stessa *ratio* giustificativa già evidenziata consente di affermare la coerenza della previsione legislativa proprio "*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*".

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

h) sulla *ratio* del disallineamento operato dall'art. 186-*bis*, comma 6, della legge fallimentare tra la posizione della mandataria (non ammessa alle procedure di affidamento, pur se sottoposta a concordato con continuità aziendale) e la posizione della mandante (ammessa, invece, a partecipare, nella medesima situazione), cfr. già T.a.r. per il Piemonte, sezione II, sentenza 7 marzo 2019, n. 260, secondo cui "*La* ratio *dell'esclusione per il caso della specifica posizione di mandataria della società in concordato si comprende agevolmente: nell'economia di un'ATI la mandataria è il punto di riferimento ineludibile della stazione appaltante e deve garantire la corretta esecuzione dell'appalto anche per le mandanti; la società in concordato con continuità aziendale* […] *è una società che,* ex lege, *per concorrere alle gare necessita di specifiche attestazioni di ragionevole capacità di adempimento del contratto in proprio e può, a determinate condizioni, anche essere obbligata a farsi garantire da un altro operatore; in mancanza del divieto si verificherebbe il paradosso che l'impresa che per legge necessita di essere garantita da terzi, sempre per legge, dovrebbe essere a sua volta responsabile in solido (con funzione sostanzialmente di garanzia) dell'esecuzione non solo della propria quota di obbligazioni ma di tutto l'oggetto dell'appalto*";

i) sulla questione relativa alla implicita abrogazione dell'art. 186-*bis* della legge fallimentare ad opera del (cronologicamente successivo) art. 80, comma 5, lettera *b)*, del codice dei contratti – questione specificamente considerata dalla Corte nella sentenza qui in rassegna e risolta nel senso della perdurante vigenza

(cfr. *supra*, *sub a)*) – si erano, in precedenza, registrati orientamenti difformi nella giurisprudenza amministrativa:

i1) la tesi dell'implicita abrogazione, in applicazione del criterio della successione delle leggi nel tempo, era stata sostenuta dal T.a.r. per la Toscana, sez. II, sentenza 3 aprile 2019, n. 491 (in *Foro amm.*, 2019, 688), secondo cui *"Le cause di esclusione dalle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, sotto il profilo (della mancanza) dei necessari requisiti soggettivi, sono stabilite dall'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici* […]. *La disposizione di cui al comma 5, lett.* b), *del medesimo statuisce che devono essere escluse dalla partecipazione alle gare d'appalto, tra le altre, le imprese che si trovino in stato di concordato preventivo 'salvo il caso di concordato con continuità aziendale'* […]. *La norma quindi esclude dal proprio ambito di applicazione e, con ciò, dal novero delle circostanze espulsive la procedura di concordato con continuità aziendale* […] *Si manifesta quindi un contrasto tra questa disposizione e quella contenuta nella legge fallimentare, secondo cui alle imprese ammesse al concordato con continuità aziendale è interdetto partecipare alle gare d'appalto quali mandatarie di un raggruppamento temporaneo di imprese. Il conflitto tra le norme può essere risolto secondo il criterio cronologico. La disposizione della legge fallimentare, come sopra citato, è venuta alla luce con il decreto legge 23 giugno 2012, n. 83, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134. La norma di cui all'articolo 80, comma 5, lett.* b), *del Codice dei contratti pubblici è invece venuta alla luce con il d.lgs. n. 50/2016 e, quindi, successivamente alla prima. Questa pertanto, in base al criterio cronologico di soluzione dei conflitti tra norme, deve ritenersi implicitamente abrogata"*;

i2) l'opposta tesi della perdurante vigenza – argomentata sulla base della natura "speciale" dell'art. 186-*bis*, comma 6, della legge fallimentare, rispetto alla regola "generale" delle esclusioni dettata dal codice dei contratti pubblici – era stata, invece, sostenuta dal T.a.r. per il Lazio, sez. II, ordinanza 29 ottobre 2018, n. 10398, cit., nonché da Cons. Stato, sez. V, sentenza 11 luglio 2017, n. 3405, secondo cui *"L'art. 186-*bis, *comma 6, della legge fallimentare esclude che l'impresa, che rivesta la qualità di capogruppo mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese possa concorrere nella gare pubbliche d'appalto e quindi, per logica conseguenza, se aggiudicataria, procedere alla conclusione del contratto con l'Amministrazione pubblica"*;

j) anche la giurisprudenza della Corte di cassazione si era misurata con la questione – sia pure nel quadro della vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici – ritenendo che *"il d.lgs. n. 50 del 2016, art. 80 (Codice dei contratti pubblici) richiede, per l'accesso alle procedure ad evidenza pubblica, la necessaria sussistenza di una serie di requisiti i quali, secondo una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, (Ad. Plen.*

sent. 8/2015), 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 e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. Alla luce di questa premessa sistematica, si deve procedere ad una lettura coordinata del D.lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. a) […] *e dell'art. 186* bis, *comma 6, l.fall. dalla quale emerge che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale (cfr. d.lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett.* a)*; art. 186* bis*, comma 5, l.fall.); tuttavia la regola, secondo la quale i soggetti in concordato in continuità possono partecipare a procedure di assegnazione, non si applica nel caso in cui l'impresa in concordato sia la mandataria in raggruppamento temporaneo di imprese. In tale ipotesi, opera l'esclusione dalle procedure concorsuali per carenza dei requisiti soggettivi richiesti dalla norma. L'applicazione di tali norme, di stretta interpretazione legislativa, esclude addirittura il potere discrezionale in capo alla p.a., fondandosi sul divieto imposto* ex lege, *dettato in virtù d.Lgs. n. 163 del 2006, citato art. 38 e art. 186 bis, comma 6, l.fall..*" (così Cass. civ., sez. un., 20 dicembre 2018, n. 33013, in *Giust. civ.- Mass.*, 2019);

k) sulla possibilità di partecipare alle gare per le imprese sottoposte a concordato preventivo si veda:
   - k1) Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2018, n. 2753 (in *Foro amm.*, 2018, 826), secondo cui *"L'art. 38, comma 1, lett.* a)*, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, che commina l'esclusione dalla gara per carenza del requisito di ordine generale, non opera in caso di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, quand'anche l'offerta sia stata presentata prima di avviare detta procedura"*;
   - k2) Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2018, n. 2106 (in *Foro amm.*, 2018, 604) secondo cui *"Le aziende ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale possono partecipare alle gare, sottoscrivere i contratti di appalto o proseguire i contratti di appalto già stipulati, e ciò in quanto l'ammissione alla procedura e l'attuazione della stessa sono una garanzia sufficiente per gli interessi dell'Amministrazione; la l. 7 agosto 2012, n. 134 ha sottratto, infatti, l'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale di cui all'art. 186-*bis *della legge fallimentare, dal novero delle cause che determinano l'esclusione dell'impresa dalla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nonché dalla stipula dei contratti"*;

l) sulla questione della partecipazione in gara dell'impresa che presenti una domanda di ammissione al concordato preventivo "in bianco" (ai sensi dell'art. 161, comma 6, della legge fallimentare, ossia riservandosi la presentazione di un piano che preveda la prosecuzione dell'attività dell'impresa) si veda, da ultimo:

l1) T.a.r. per la Lombardia, Milano, sezione IV, sentenza 5 novembre 2019, n. 2305, in cui si legge che "*secondo l'indirizzo giurisprudenziale più diffuso e condiviso dalla scrivente Sezione, la presentazione di una domanda di concordato 'in bianco', con riserva di istanza per il concordato con continuità aziendale, non impedisce di per sé la partecipazione ad una procedura di gara, non determinando la perdita dei requisiti in capo all'operatore*";

l2) T.a.r. per il Lazio, sezione III-*quater*, sentenza 19 settembre 2019, n. 11143, secondo cui, ancora in aderenza alla giurisprudenza più diffusa, "*la domanda di concordato in bianco non determina la perdita dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche*";

l3) Cons. Stato, sezione III, sentenza 20 marzo 2018, n. 1772 (in *Foro amm.*, 2018, 437), secondo cui *"Nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale* ex *art. 161, comma 6, l.fall., l'impresa conserva la facoltà di partecipare alle gare di affidamento dei pubblici contratti, e ciò anche nell'ipotesi in cui l'impresa abbia inizialmente proposto una domanda di ammissione 'in bianco', con riserva di presentare, nel termine complessivo massimo, fissato dal giudice, di centottanta giorni decorrenti dal deposito della domanda (e, cioè, centoventi giorni, ai quali si aggiunge una ulteriore eventuale proroga di sessanta giorni per giustificati motivi), la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 186-*bis, *l. fall."*;

m) sulla questione, tuttavia, si deve registrare l'orientamento contrario della Corte giustizia UE, sez. X, sentenza 28 marzo 2019, C-101/18 (in *Diritto & Giustizia*, 3 maggio 2019, nonché oggetto della News US n. 42 del 15 aprile 2019, alla quale si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *"L'art. 45 §. 2 comma I Lett.* b) *Direttiva 2004/18/CE (coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi) deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente di escludere da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico un operatore economico che, alla data della decisione di esclusione, ha presentato un ricorso al fine di essere ammesso al concordato preventivo, riservandosi di presentare un piano che prevede la prosecuzione dell'attività"*.