Il Consiglio di Stato solleva questione di legittimità costituzionale della disposizione di cui all'art. 186-*bis* della legge fallimentare nella parte in cui vieta all'impresa mandataria di un raggruppamento temporaneo, qualora sottoposta alla procedura di concordato con continuità aziendale, di poter partecipare alle gare per l'affidamento di appalti pubblici. Pressoché identica questione era stata a suo tempo sollevata dal T.A.R. Lazio.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 12 giugno 2019, n. 3938 – Pres. Franconiero, Est. Di Matteo

Contratti della p.a. – Gara pubblica – Requisiti di partecipazione alle gare di ordine generale – Raggruppamento temporaneo di imprese – Impresa mandataria sottoposta a concordato con continuità aziendale – Divieto di partecipazione – Questione rilevante e non manifestamente infondata di costituzionalità.

*E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 186-*bis*, sesto comma, del r.d. n. 267 del 1942 [introdotto dall'art. 33, comma 1, lett. h), del decreto-legge n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134 del 2013], per contrasto con gli artt. 3, 41 e 97, Cost., nella parte in cui si vieta la partecipazione alle gare pubbliche per le imprese, sottoposte a concordato con continuità aziendale, che rivestano la qualità di mandataria nell'ambito di raggruppamenti temporanei di imprese, ammettendola invece laddove le stesse ricoprano il ruolo di mandante all'interno del predetto raggruppamento* (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 186-*bis* della legge fallimentare nella parte in cui, se da un lato ammette alle gare pubbliche le imprese sottoposte a concordato di continuità aziendale che vi partecipino *uti singuli* oppure quali mandanti all'interno di un raggruppamento temporaneo di imprese, dall'altro lato le esclude qualora le stesse rivestano la qualità di mandatarie del predetto raggruppamento.

II. – Il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, sede di Bologna, era chiamato a pronunziarsi su un ricorso avente principalmente ad oggetto la mancata esclusione da un appalto di una impresa, sottoposta per l'appunto a concordato con continuità aziendale, la quale figurava come mandataria di raggruppamento temporaneo di imprese. Il T.a.r. riteneva che, in base al criterio cronologico che regola il contrasto tra norme, la disposizione di cui alla legge fallimentare (la quale, introdotta nel 2012, distingue tra impresa mandataria e impresa mandante all'interno del RTI) fosse da considerare implicitamente abrogata dal successivo codice dei contratti del 2016 (d.lgs. n. 50 del 2016, d'ora in avanti, il "codice dei contratti"), il quale non avrebbe più a sua volta operato

riferimento alcuno alla diversa posizione – di mandante oppure di mandataria – assunta in seno al RTI dalla impresa sottoposta a concordato con continuità aziendale.

III. – Il Consiglio di Stato, investito dell'appello proposto avverso la predetta sentenza di primo grado, ha ritenuto che:

a) la norma del codice dei contratti non ha implicitamente abrogato la citata disposizione della legge fallimentare. Le due disposizioni ben possono essere contestualmente applicate in base al criterio di specialità. Pertanto, se in linea generale le imprese sottoposte a concordato con continuità aziendale possono partecipare agli appalti, pur se riunite in RTI, ciò varrebbe a condizione che l'impresa "in stato" di concordato non risulti allo stesso tempo mandataria del raggruppamento medesimo (e a patto altresì che le altre imprese del RTI non siano a loro volta soggette a procedure concorsuali);
b) sempre in punto di rilevanza della questione, l'eventuale adozione del decreto di omologazione del concordato non può comunque dare il via libera, in termini assoluti, alla partecipazione alle pubbliche gare. Ciò in quanto tale decreto non comporta la totale disponibilità del patrimonio da parte dell'impresa (la quale dunque non riacquista per tale via la piena capacità di agire). Il codice dei contratti, ai fini del divieto e delle relative deroghe, considera del resto sia l'operatore per cui sia "in corso" un procedimento per la dichiarazione di concordato sia l'imprenditore che si trovi già "in stato" di concordato (dunque *"quell'operatore già ammesso al concordato"* per il quale pure varrebbero le *"norme che disciplinano le cause di esclusione degli operatori in procedura concorsuale"*);
c) dalle considerazioni di cui ai punti a) e b) discende la rilevanza della questione, atteso che il giudizio non potrebbe essere definito se non facendo applicazione dell'art. 186-*bis* della legge fallimentare, con conseguente esclusione dell'impresa mandataria in concordato di continuità;
d) la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità con riferimento all'art. 3 Cost. in ordine al canone della ragionevolezza, è argomentabile:
    d1) in termini di *ragionevolezza esterna*, ossia con riguardo al confronto con altri *tertia comparationis*: nessuna differenza si ravvisa rispetto all'impresa mandataria di consorzio ordinario di cui all'art. 45, comma 2, lettera e), del Codice appalti, per la quale non è prevista, nell'ipotesi di concordato di questo tipo, analoga forma di esclusione dalla pubbliche gare; l'impresa che partecipa singolarmente all'appalto, se sottoposta ad un simile concordato, non ne viene esclusa. Ora, considerato che vige il principio della responsabilità solidale dal lato passivo dell'obbligazione (per cui la stazione appaltante, in caso di inadempimento della mandataria, potrebbe rivolgersi

a ciascuno degli altri mandanti per l'esecuzione dell'intera prestazione oggetto del contratto), nell'ipotesi del raggruppamento la garanzia dell'esecuzione si rivelerebbe addirittura maggiore rispetto all'ipotesi di partecipazione *uti singuli*;

d2) in termini di *ragionevolezza interna*, lo stesso principio della responsabilità solidale dal lato passivo eliminerebbe ogni sostanziale differenza tra la posizione dell'impresa mandante e quella dell'impresa mandataria;

d3) in termini di *ragionevolezza intrinseca*, se da un lato l'obiettivo della norma di cui alla legge fallimentare (art. 186-*bis*) è la "tutela dei creditori" e, dall'altro lato, la finalità della disposizione contenuta nel codice dei contratti (art. 80, comma 5) è di ottenere il più possibile flussi di denaro a beneficio dell'impresa in crisi, non vi sarebbe dunque ragione per elidere una simile *chance* di maggiori entrate finanziarie per l'impresa prima e per i creditori dopo;

d4) dunque appare complessivamente irragionevole sottrarre al giudice della procedura ogni valutazione comparativa tra commessa da affidare e stato dell'impresa (e connessa possibilità di portare a termine l'appalto);

e) la non manifesta infondatezza della questione rileva anche:

e1) con riferimento all'art. 41 Cost., avuto particolare riguardo alla possibilità, per l'impresa, di manifestare liberamente la propria capacità contrattuale con altri soggetti (mandanti);

e2) con riferimento all'art. 97, in quanto si potrebbe defalcare, per tale via, la possibilità di scegliere l'impresa potenzialmente più qualificata per eseguire la commessa.

IV. – Si segnala per completezza quanto segue:

f) di seguito una breve ricostruzione del quadro normativo *ratione temporis* applicabile alla fattispecie in esame (bando adottato prima della entrata in vigore del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, c.d. "Sbloccacantieri", successivamente convertito nella legge 14 giugno 2019, n. 55):

f1) l'art. 80, comma 5, lettera b), del decreto legislativo n. 50 del 2016, nella formulazione previgente alla entrata in vigore del decreto-legge n. 32 del 2019, prevedeva che sono esclusi dalle procedure di gara gli operatori che si trovino, tra l'altro, "in stato" di concordato preventivo;

f2) quest'ultima disposizione faceva in ogni caso salva, *sic et simpliciter*, l'ipotesi di concordato con continuità aziendale. In siffatta evenienza si prevedeva infatti la possibilità, in deroga al principio di generale divieto, di partecipare alle pubbliche gare;

f3) l'art. 186-*bis* del r.d. 16 marzo 1942, n. 67 (introdotto per la prima volta nella legge fallimentare con d.l. 23 giugno 2012, n. 83), conferma al quinto comma una simile impostazione (possibilità in via eccezionale di partecipare alle pubbliche gare per le imprese sottoposte a concordato con continuità aziendale);

f4) il sesto comma del richiamato art. 186-*bis* stabilisce che tale eccezione valga anche per le imprese riunite in raggruppamento temporaneo a condizione tuttavia che (eccezione dell'eccezione): tali soggetti non rivestano la qualità di impresa mandataria del raggruppamento; all'interno del raggruppamento non vi siano altre imprese sottoposte a procedure concorsuali;

g) come già anticipato, analoga questione è stata affrontata dal T.a.r. per il Lazio, sezione II, ordinanza 29 ottobre 2018, n. 10398 (in *Riv. Giur. Ed.* 2018, 6, I, 1517, nonché oggetto della News US del 12 novembre 2018 ed alla quale si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza), con la quale è stato affermato che *"E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto fra l'art. 38, comma 1, lett.* a), *del d.lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 186-*bis, *commi 5 e 6, del r.d. n. 267 del 1942 (introdotto dall'art. 33, comma 1, lett.* h), *del decreto-legge n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134 del 2013), per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 41 e 117, comma 2, lett.* a), *Cost., laddove consente la partecipazione alle gare pubbliche alle imprese singole, se sottoposte a concordato con continuità aziendale, ed ai raggruppamenti temporanei di imprese, ove vi sia sottoposta una mandante, ma la vieta ai raggruppamenti temporanei di imprese nel caso in cui sia la mandataria assoggettata a tale procedura"*;

h) per la implicita abrogazione dell'art. 186-*bis* della legge fallimentare ad opera del (successivamente intervenuto) art. 80, comma 5, lettera b) del codice dei contratti, si era parimenti espresso T.a.r. per la Toscana, sez. II, 3 aprile 2019, n. 491 (in *Guida al diritto*, 2019, 21, 94), secondo cui:

h1) *"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"*;

h2) *"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. 83convertito 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";

i) per la applicazione combinata, in base al criterio di specialità, delle due citate disposizioni [art. 186-*bis* della legge fallimentare e art. 80, comma 5, lettera b), del codice dei contratti] si sono invece espressi T.a.r. per il Lazio, sez. II, ordinanza 29 ottobre 2018, n. 10398, cit., nonché Cons. Stato, sez. V, 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) la questione interpretativa sopra evidenziata è stata in ogni caso risolta con l'entrata in vigore del decreto-legge n. 32 del 2009, successivamente convertito nella legge 14 giugno 2019, n. 55, il quale ha riformulato la disposizione di cui al citato art. 80, comma 5, lettera b), nei termini che seguono:

   j1) l'operatore sottoposto a concordato preventivo è in linea di massima escluso dalle pubbliche gare;

   j2) è fatta in ogni caso espressamente salva la applicazione dell'art. 186-*bis* della legge fallimentare;

   j3) pertanto l'impresa ammessa al concordato potrà partecipare al ricorrere delle condizioni indicate dal combinato disposto di cui agli artt. 110 del d. lgs. n. 50 del 2016 e 186 *bis*. della legge fallimentare;

   j4) la partecipazione all'appalto sarà consentita anche in presenza di raggruppamento temporaneo di imprese;

   j5) in quest'ultima evenienza l'impresa sottoposta a concordato non potrà comunque rivestire la qualità di mandataria, ma solo di mandante (inoltre: le altre imprese del raggruppamento non potranno essere assoggettate a procedure concorsuali);

   j6) il legislatore del 2019 si è dunque chiaramente espresso a favore della tesi della applicazione combinata delle due disposizioni del codice dei contratti e della legge fallimentare, mediante ricorso al criterio della specialità (e con esclusione, dunque, di quello cronologico), in sostanza aderendo all'orientamento da ultimo espresso con l'ordinanza del Consiglio di Stato qui in rassegna;

j7) in dottrina, sul decreto-legge n. 32 del 2019, successivamente convertito nella legge 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. "Sbloccacantieri"), si veda R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019* (in News US n. 74 del 1° luglio 2019);

k) sugli effetti connessi al decreto di omologazione del concordato con continuità aziendale si registrano due opposti orientamenti:

k1) il primo indirizzo afferma che l'intervenuto decreto comporti la chiusura della procedura di concordato ed il riacquisto, in capo all'impresa, della piena capacità di agire e, dunque, di contrarre liberamente con la PA. In questo senso si vedano: Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6030 (in *Foro Amm. (Il)*, 2018, 10, 1662) secondo cui *"Il decreto di omologazione del concordato preventivo con continuità aziendale comporta la chiusura della procedura di concordato, aprendo la fase di esecuzione del concordato; per effetto dell'omologazione il debitore torna* in bonis*, riacquista la possibilità di disporre del proprio patrimonio e di gestire l'azienda, compiendo gli atti ordinari e straordinari previsti dal piano, senza necessità di autorizzazione, ferma restando la vigilanza degli organi della procedura; con il decreto di omologazione del concordato preventivo in continuità la gestione dell'impresa viene dunque restituita all'organo gestorio e ciò costituisce, sul piano formale la « chiusura della procedura » concorsuale"*; Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225 (in *lamministrativista.it*, 9 novembre 2018), secondo cui *"Nell'ipotesi di concordato preventivo ordinario l'inibizione a contrarre con le pubbliche amministrazioni stabilita dall'art. 38 d.lgs. 163 del 2006 viene meno con il decreto con cui il Tribunale autorizza la chiusura della procedura; per il concordato con continuità aziendale questo divieto non opera in modo assoluto durante la fase di pendenza, ma la possibilità di partecipare alla gara per l'impresa ammessa è condizionata all'adempimento degli obblighi documentali di cui all'art. 186-bis, comma 5, l.fall. (presentazione della relazione di un professionista e dichiarazione di avvalimento inerente l'impresa ausiliaria), obblighi che vengono definitivamente superati con il decreto di omologazione; pertanto, una volta sopravvenuto quest'ultimo, non può considerarsi non veritiera la dichiarazione dell'impresa interessata di non trovarsi nelle condizioni previste dal comma 1, lett. a), dell'art. 38 cit. e, cioè, di non trovarsi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, e che nei propri riguardi non è in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni"*. Il Consiglio di Stato, nella sentenza da ultimo citata, ha in particolare evidenziato che: *"la dizione "in stato" non può che riferirsi alla fase precedente all'omologazione del concordato, la quale chiude definitivamente la procedura iniziata con il decreto di ammissione adottato ai sensi dell'art. 163 legge fallimentare, posto che il decreto di omologazione emesso dal*

Tribunale ex art. 181 della stessa legge, nell'esercizio delle funzioni di sorveglianza e controllo attribuitegli, costituisce atto conseguenziale ed esecutivo del concordato riguardo al complesso di obbligazioni assunte dal debitore: ciò per tutti i tipi di concordato preventivo, e a maggior ragione per quello con continuità aziendale"; *"Invece, la situazione dell'impresa nei cui riguardi "sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una ti tali situazione situazioni" può essere individuata nella fase temporale ricompresa tra il deposito del ricorso ex art. 161, comma 6, legge fallimentare e il decreto di ammissione"*; *"Dall'interpretazione letterale della norma in esame si ricava, dunque, che è unicamente l'"ammissione al concordato preventivo" (ovvero il deposito del ricorso ai fini di tale ammissione) a costituire potenziale condizione impeditiva della partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche e che tale situazione ostativa può essere superata mediante l'adempimento degli obblighi documentali contemplati da tale disposizione: ma, a seguito dell'adozione del decreto di omologazione che determina la conclusione della procedura, lo stato di impresa ammessa al concordato viene definitivamente meno, come pure gli annessi obblighi documentali funzionali a consentirle la partecipazione alle gare pubbliche"*; *"A ciò si aggiunga l'ulteriore argomento, di carattere generale, in base al quale le limitazioni alla capacità di agire in generale e, in particolare, di quella a contrarre devono trovare un fondamento normativo o essere previste in esplicite prescrizioni della lex specialis: tale espressa copertura normativa nel caso di intervenuta omologazione del concordato (di qualunque tipologia si tratti) non sussiste e, con specifico riferimento a quello con continuità aziendale, la norma di cui all'art. 186 bis della Legge Fallimentare fa letteralmente riferimento soltanto alle "imprese ammesse al concordato", le quali, come si è visto, possono partecipare a talune condizioni e adempiendo puntualmente a taluni obblighi dichiarativi e documentali"*;

k2) il secondo indirizzo, seguito anche dalla ordinanza qui in rassegna, non attribuisce invece ruolo decisivo al decreto di omologazione onde poter liberamente partecipare alle pubbliche gare. Tale tesi è posta a base delle seguenti decisioni:

- Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n.69 (in *lamministrativista.it*, 4 gennaio 2019) secondo cui *"va operato il coordinamento tra le disposizioni citate nel senso che segue: a) l'autorizzazione alla partecipazione a procedure di affidamento dei contratti pubblici spetta, in primo luogo, al tribunale (come si ricava dall'art. 186-bis legge fallimentare) il quale sente il commissario giudiziale, ove nominato; b) tale autorizzazione può essere richiesta per tutta la durata della procedura, sin dalla presentazione del ricorso con istanza da parte dell'impresa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017, n. 4300; V, 27 dicembre*

2013, n. 6272; V, 4 giugno 2015, n. 2737) e può essere contenuta anche nel provvedimento di omologazione del concordato preventivo con continuità aziendale; c) qualora l'autorizzazione non sia stata mai richiesta né può ricavarsi dall'omologazione, e, nondimeno, l'impresa già ammessa al concordato con continuità aziendale intenda partecipare ad una procedura di evidenza pubblica, dovrà richiedere l'autorizzazione al giudice delegato (come prescritto dall'art. 110, comma 3, d.lgs. 50 cit.; una diversa tesi, che esclusa successivamente all'ammissione al concordato ogni ulteriore intervenuto degli organi della procedura, per aver l'impresa riacquistato la piena capacità di agire, accennata in obiter dictum da Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225, porterebbe a svuotare di ogni significato l'art. 110, comma 3, cit. ove letto nel rapporto con le disposizioni contenute nella legge fallimentare); d) in ogni caso, opera la clausola di chiusura dell'art. 186-bis, comma 5, legge fallimentare, che definisce le condizioni per la partecipazione alla gara in assenza delle autorizzazioni in precedenza indicate";

- Cass. Civile, sez. I, 10 gennaio 2018, n. 380 (in *Ilfallimentarista.it*, 16 aprile 2018, con nota di SOVIENI) secondo cui *"la chiusura del concordato che, ai sensi dell'art. 181 l. fall., fa seguito alla definitività del decreto o della sentenza di omologazione, pur determinando la cessazione del regime di amministrazione dei beni previsto, durante il corso della procedura, dall'art. 167, non comporta (salvo che alla data dell'omologazione il concordato sia stato già interamente eseguito) l'acquisizione in capo al debitore della piena disponibilità del proprio patrimonio, che resta vincolato all'attuazione degli obblighi da lui assunti con la proposta omologata, dei quali il Commissario Giudiziale, come espressamente stabilito dall'art. 185, è tenuto a sorvegliare l'adempimento, "secondo le modalità stabilite nella sentenza (o nel decreto) di omologazione""*. Ed ancora che *"La fase di esecuzione, nella quale - come si desume dalla stessa rubrica dell'art. 185 - si estrinseca l'adempimento del concordato, non può allora ritenersi scissa, e come a sè stante, rispetto alla fase procedimentale che l'ha preceduta: l'assoggettamento del debitore, dopo l'omologazione, all'osservanza del provvedimento giurisdizionale emesso ai sensi dell'art. 180, implica infatti la necessità che egli indirizzi il proprio agire al conseguimento degli obiettivi prefigurati nella proposta presentata ed approvata dai creditori"*.

k3) va da sé che, seguendo il primo indirizzo [sub k1)], la questione non avrebbe avuto rilevanza, nel caso di specie, dal momento che era intervenuto il decreto di omologazione. Seguendo il secondo indirizzo [sub k2)] la questione ha invece mantenuto rilevanza – in forza della esclusione della

ricorrente in quanto mandataria di RTI – onde poter sollevare la questione di costituzionalità della norma di cui all'art. 186-*bis*;

l) sempre sulla possibilità di partecipare alle gare per le imprese sottoposte a concordato preventivo si veda:

   l1) Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2018, n. 2753 (in *Foro Amm. (Il)* 2018, 5, 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"*;

   l2) Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2018, n. 2106 (in *Foro Amm. (Il)* 2018, 4, 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"*;

m) è inoltre controverso, in giurisprudenza, se possa partecipare alla gara l'impresa che presenti domanda di ammissione al concordato preventivo "in bianco". Si tratta del caso in cui l'operatore abbia presentato domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 6, della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), riservandosi la presentazione di un piano che preveda la prosecuzione dell'attività dell'impresa (c.d. domanda di concordato "in bianco");

   m1) per l'orientamento favorevole si veda Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2018, n. 1772 (in *Foro Amm. (Il)* 2018, 3, 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."*;

   m2) quanto all'orientamento contrario si veda invece <u>Corte giustizia UE, sez. X, 28 marzo 2019, C – 101/18</u> (in *Diritto & Giustizia*, 3 maggio 2019, nonché

oggetto della News US n. 42 del 15 aprile 2019 ed 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"*. Con riferimento alla specifica fattispecie portata all'attenzione della Corte di giustizia, l'esclusione era stata disposta dalla stazione appaltante quando l'impresa non solo non era ancora stata ammessa al concordato con continuità, ma altresì era priva dell'autorizzazione alla partecipazione alla gara rilasciata dal tribunale ordinario, secondo quanto richiesto dall'art. 186 *bis*, comma 4, legge fallimentare; non può invece dirsi che l'interpretazione del diritto nazionale sia pacifica nel senso della esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche degli operatori economici che hanno proposto domanda di concordato <in bianco>, quindi con riserva di successiva presentazione del piano funzionale alla ammissione al concordato in continuità aziendale, allorquando gli stessi siano autorizzati dal tribunale alla partecipazione medesima. In giurisprudenza si rinvengono sia pronunce nel senso della incompatibilità del concordato <in bianco> con la partecipazione alle gare pubbliche (Cons. Stato, sez. IV, 3 febbraio 2016, n. 426; Cons. Stato, 3 luglio 2014, n. 3344; Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2015, n. 5519; Cons. Stato, sez. V, 16 agosto 2016, n. 3639) sia pronunce in senso favorevole alla ammissione alle gare (Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6306; Cons. Stato, 27 dicembre 2013, n. 6272);

m3) la problematica risulta, da ultimo, superata in sede normativa alla luce del disposto dell'art. 110, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016, nel testo modificato dal d.l. n. 32 del 2019 e confermato dalla legge di conversione n. 55 del 2019 che ammette espressamente la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici delle imprese che "*hanno depositato la domanda di cui all'art. 161, anche ai sensi del sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942*" (quello cioè che disciplina l'istituto del concordato c.d. in bianco);

n) sul concordato con continuità aziendale quale causa di esclusione dalle procedure di gara e sulle vicende patologiche afferenti alle imprese mandanti e mandatarie delle associazioni temporanee, si vedano in dottrina: R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 749 ss. e 848 ss.; in particolare, sui rapporti fra concordato preventivo in continuità e partecipazione a gare d'appalto, cfr. R.

CIPPITANI, *Concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici - Il commento*, in *Urb. app.*, 2014, 417, nonché il volume *Procedure concorsuali e diritto pubblico*, a cura di L. D'ORAZIO e L. MONTEFERRANTE, Assago, 2017, 273 ss., ed ivi, in specie, i contributi di L. D'ORAZIO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale e le gare pubbliche*, 273 ss., e di R. GIANI, *La partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici,* 453 ss. In generale, cfr. M. PALLADINO, *I contratti pubblici nel concordato con continuità aziendale*, in *Giur. it.*, 2014, 12 ss.; L. D'ORAZIO, *Continuità aziendale e gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Fallimento*, 2017, 749 ss.; sulla prosecuzione dei contratti in essere G. VIOTTI, *La prosecuzione dei contratti di appalto pubblico da parte dell'impresa in concordato preventivo* in *Fallimento,* 2019, 1, 5 ss.. Sulla nuova disciplina di cui al Codice della crisi dell'impresa (d.lgs. n. 14 del 2019) cfr. R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza* in *Contratti,* 2019, 2, 129 ss.; G. LO CASCIO, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura* in *Fallimento,* 2019, 3, 263 ss.;

o) sul problema di quando possa dirsi "in corso" una procedura concorsuale si rinvia invece integralmente alla citata News US n. 42 del 15 aprile 2019;

p) sul controllo di ragionevolezza delle norme primarie si veda:

   p1) Corte cost. 4 marzo 2019, n. 33 (oggetto della News US n. 31 del 20 marzo 2019 cui si rinvia per ogni approfondimento);

   p2) Corte cost., 12 novembre 2018, n. 197 (in *Foro it.*, 2019, I, 54; *Diritto & Giustizia* 2018, 13 novembre, con nota di Marino), secondo cui *"Vanno dichiarate non fondate le questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 5, del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, nella parte in cui prevede in via obbligatoria la sanzione della rimozione per il magistrato che sia stato condannato in sede disciplinare per i fatti previsti dall'art. 3 lett. e), del medesimo decreto legislativo sollevate dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura. L'automatica rimozione del magistrato, che ha ricevuto prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato stesso sa essere parti o indagati in procedimenti pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o in altro ufficio del medesimo distretto giudiziario, risponde ad una scelta legislativa non manifestamente irragionevole"*. La Corte ha al riguardo escluso la violazione del principio di ragionevolezza sotto tre distinti profili: a) quello "esterno" con riferimento, quali *tertia comparationis*, ad altre figure di illecito disciplinare; b) quello "interno" tra le diverse ipotesi previste nella medesima disposizione; c) quello della irragionevolezza intrinseca della disposizione;

   p3) nel senso che il controllo di ragionevolezza nasca, conformemente alla sua derivazione dal principio di eguaglianza, come risultato di un giudizio di

relazione – fondato cioè sul raffronto dell'atto di cui si cerca la giustificazione con un *tertium comparationis* – e non come una valutazione circa la giustizia in sé della legislazione, si vedano: PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza (aprile 1979-dicembre 1983)*, in *Giur. costit.*, 1984, I, 219 ss.; ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, XXXVI, 558 ss.; SERGES, *Questione di legittimità costituzionale alla stregua del principio di eguaglianza ed individuazione del* «tertium comparationis», in *Giur. it.*, 1989, IV, 3 ss.; BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1982, 42 ss.;

p4) la Corte ha, talvolta, affermato che l'irragionevolezza della norma costituisce di per sé vizio di illegittimità costituzionale (per contrasto con l'art. 3 Cost.) e può dunque risultare anche dalla stessa disposizione impugnata, isolatamente considerata, e non necessariamente dal confronto di quest'ultima con altra disposizione (Corte cost., 28 dicembre 1995, n. 519 in *Foro it.*, 1996, I, 1148, con nota di COLAIANNI, in *Riv. pen.*, 1996, 19, con nota di TENCATI, in *Cons. Stato*, 1995, II, 2146, in *Giust. pen.*, 1996, I, 69, in *Cass. pen.*, 1996, 1081, in *Ammin. it.*, 1996, 456, in *Nuovo dir.*, 1996, 121, con nota di NUNZIATA, in *Critica del diritto*, 1996, 48, con nota di INSOLERA, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 567, con nota di FLORA, in *Dir. famiglia*, 1996, 477, in *Giur. it.*, 1996, I, 322, con nota di ALGOSTINO, in *Riv. giur. scuola*, 1996, 79, in *Giur. costit.*, 1995, 4354, in *Riv. polizia*, 1996, 181, con nota di ROMEO, e in *Giur. it.*, 1996, I, 574, con nota di COLELLA);

p5) con specifico riferimento alla distinzione tra il concetto di irrazionalità della norma (non contraddizione) e quello di irragionevolezza del trattamento in essa previsto, si vedano tra gli altri: CORASANITI, *Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994; ID., *La ragionevolezza come parametro del giudizio di legittimità costituzionale*, in *Dir. e società*, 1995, 1 ss.; ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147 ss.;

p6) Corte cost., 21 marzo 1989, n. 141 (in *Foro it.*, 1990, I, 2450, con nota di FERRARI, e in *Giur. costit.*, 1989, I, 675), ha ritenuto intrinsecamente contraddittoria, e dunque irrazionale, la disposizione di cui all'art. 29, 3° comma, l. 4 aprile 1952 n. 218, che, in tema di contributi di assicurazione facoltativa, disponeva la rivalutazione di quelli versati prima dell'entrata in vigore della legge, senza tuttavia prevedere alcun meccanismo di rivalutazione per l'avvenire;

p7) per una dettagliata analisi circa le diverse tipologie di decisioni della corte in materia di ragionevolezza, si veda BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988;

p8) Corte cost., 12 giugno 2007, n. 182 (in *Foro it*., 2008, I, 1421, con nota di ROMBOLI, in *Giur. costit*., 2007, 1753, e in *Cass. pen*., 2007, 4137), secondo cui "*è inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33 bis, 1º comma, c.p.p., sollevata in relazione agli art. 3 e 25 cost., nella parte in cui non prevede che la fattispecie di cui all'art. 316 ter c.p., sia sottratta all'attribuzione del tribunale in composizione collegiale, in quanto non è compito della corte costituzionale procedere ad aggiustamenti delle norme processuali per mere esigenze di coerenza sistematica e simmetria, in ossequio ad un astratto principio di razionalità del sistema normativo, in assenza di lesioni di principi o regole contenuti nella costituzione o di diritti costituzionalmente tutelati*".