

La Corte di giustizia UE afferma la legittimità dell'esclusione dalla gara dell'impresa che ha presentato domanda di concordato preventivo «in bianco», stante l'idoneità della mera presentazione dell'istanza di ammissione al concordato, anche con riserva, a integrare una ipotesi di "procedimento in corso" ostativa alla partecipazione.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione X, sentenza 28 marzo 2019, C- 101/18 – *Idi Srl contro Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo (Arcadis)*

Contratti pubblici – Gara – Requisiti generali – Insussistenza di procedimenti in corso di concordato – Presentazione dell'istanza di concordato "in bianco" – Esclusione dalla gara – Contrasto con diritto europeo – Esclusione.

L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al 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 (1).

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la Corte di giustizia dell'UE – chiamata a pronunciarsi in sede di rinvio pregiudiziale da Cons. Stato, sez. V, ordinanza 2 febbraio 2018, n. 686 (in *Foro it.*, 2018, III, 121, con nota di TRAVI, nonché oggetto della News US in data 7 febbraio 2018, cui si rinvia per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza) – ha chiarito che non è in contrasto con il diritto europeo la normativa nazionale che prevede l'esclusione da una procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico dell'operatore che 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), cioè riservandosi la presentazione di un piano che preveda la prosecuzione dell'attività dell'impresa (c.d. domanda di concordato "in bianco").

II. – La fattispecie esaminata riguarda un appalto il cui bando porta la data del 24 luglio 2013, quindi rientrante nell'ambito applicativo del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che ha recepito la direttiva europea 2004/18/CE.

Nel caso esaminato dalla Corte di giustizia vengono quindi in considerazione le seguenti disposizioni normative:

- art. 45, par. 2, comma 1, lett. a), della direttiva 2004/18/CE secondo cui può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico *“che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione d'attività, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista da leggi e regolamenti nazionali”* e lett. b), secondo cui l'esclusione può invece riguardare l'operatore economico *“a carico del quale sia in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento, di amministrazione controllata, di liquidazione, di concordato preventivo oppure ogni altro procedimento della stessa natura previsto da leggi e regolamenti nazionali”*;
- art. 38, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 163 del 2006, secondo il quale sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici gli operatori economici *“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, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”*;
- art. 186 bis r.d. n. 267 del 1942 (rubricato *“concordato con continuità aziendale”*), secondo cui l'ammissione a tale tipologia di concordato preventivo *“non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara: a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto; b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”*;

Il riferito quadro normativo ha subito rilevanti modificazioni, in primo luogo, sul versante della normativa propria dei contratti pubblici, venendo in considerazione le seguenti disposizioni:

- art. 57, par. 4, direttiva 2014/24/UE, secondo cui può essere escluso dalla gara l'operatore economico se *“è in stato di fallimento o è oggetto di una procedura di insolvenza o di liquidazione, se è in stato di amministrazione controllata, se ha stipulato un concordato preventivo con i creditori, se ha cessato le sue attività o si trova in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile ai sensi di leggi e regolamenti nazionali”*;

- art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, il quale stabilisce che le stazioni appaltanti escludono dalle gare chi *“si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall’articolo 110”*.

La materia è stata recentemente ulteriormente riformata dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, avente ad oggetto *“Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155”*, del quale si segnalano le seguenti disposizioni:

- art. 95 (*“Disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni”*), che disciplina tanto la *“continuazione”* dei contratti con la p.a. quanto la *“partecipazione”* alle procedure di gara;
- art. 372 (*“Modifiche al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”*), che novella gli artt. 48 e 110 del codice dei contratti pubblici e modifica anche l’art. 80, comma 5, lett. b), che nel nuovo testo prevede l’esclusione dalla procedura di gara dell’operatore che *“sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale 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 95 del codice della crisi di impresa e dell’insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all’articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 e dall’articolo 110”*;
- art. 389, secondo cui *“il presente decreto entra in vigore decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, salvo quanto previsto al comma 2”*.

III. – La fattispecie che ha portato alla pronuncia della Corte di giustizia, la cui attenta ricognizione assume particolare rilievo onde cogliere l’esatta portata applicativa della sentenza medesima, può essere così sintetizzata:

- l’Agenzia regionale campana difesa suolo (Arcadis), con bando del 24 luglio 2013, ha indetto una gara per l’aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi vertente su direzione lavori, misurazione e contabilità, assistenza al collaudo, nonché coordinamento in materia di sicurezza e di salute;
- il 14 ottobre 2013 la TEI s.r.l. ha presentato, in quanto mandante di RTI, una domanda di partecipazione alla suddetta gara, ottenendo l’aggiudicazione provvisoria in data 29 aprile 2014;
- il 18 giugno 2014 la TEI ha adito il Tribunale di Milano con un ricorso diretto a ottenere l’ammissione al concordato preventivo, riservandosi, ai sensi dell’articolo 161, comma sesto, della legge fallimentare, di depositare successivamente un piano che prevedesse la prosecuzione dell’attività (c.d. concordato <in bianco>);

- l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale è stata pronunciata dal Tribunale di Milano solo con decreto in data 5 febbraio 2015, mentre l'autorizzazione a partecipare alla gara controversa è stata rilasciata dallo stesso Tribunale il successivo 19 marzo 2015;
- con decisione comunicata il 9 dicembre 2014 (data sotto la quale la società TEI s.r.l., non solo non era ancora ammessa al concordato con continuità, ma era altresì priva dell'autorizzazione del Tribunale a partecipare alla gara, imposta dall'art. 186 *bis*, quarto comma, L.F.) Arcadis ha escluso il RTI dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, in applicazione della previsione dell'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006;
- il RTI escluso ha proposto ricorso la T.a.r. per la Campania – Napoli, che lo ha respinto con sentenza della I sez. n. 2428 del 2015, evidenziando, tra l'altro, *“che gli atti sopravvenuti [cioè sia l'ammissione al concordato con continuità che l'autorizzazione alla partecipazione alla gara pubblica n.d.r.] non possano incidere sulla valutazione di legittimità del provvedimento impugnato, non essendo rilevante, al fine dell'aggiudicazione di un appalto, l'acquisizione di un requisito di partecipazione alla procedura selettiva dopo che l'esclusione sia stata determinata, a ciò ostando le regole della par condicio proprie di ogni procedura selettiva”*;
- interposto appello avverso la suddetta sentenza, il Consiglio di Stato, con la citata ordinanza della Sezione Quinta n. 686 del 2018 sottoponeva alla Corte di giustizia i seguenti quesiti:
 - a) *“se sia compatibile con l'art. 45, comma 2, lett. a) e b) della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, considerare <procedimento in corso> la mera istanza, presentata all'Organo giudiziario competente, di concordato preventivo da parte del debitore”*;
 - b) *“se sia compatibile con la predetta normativa, considerare la confessione del debitore di trovarsi in stato di insolvenza e di volere presentare istanza di concordato preventivo <in bianco> (le cui caratteristiche sono state sopra precisate) quale causa di esclusione dalla procedura d'appalto pubblico, interpretando così estensivamente il concetto di <procedimento in corso> sancito dalla normativa comunitaria (art. 45 Direttiva) e nazionale (art. 38 d.lgs. n. 163-2006) citate”*.

IV. – Nella sentenza in rassegna la Corte di giustizia UE respinge, preliminarmente, l'eccezione di improcedibilità avanzata dal Governo italiano (secondo cui *“le questioni sollevate dal Consiglio di Stato sono ipotetiche”*, poiché *“la partecipazione di TEI alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui al procedimento principale è stata negata in quanto il Tribunale di Milano, presso cui aveva depositato domanda di concordato, non l'aveva autorizzata a partecipare alla procedura di aggiudicazione di tale appalto”*, il che *“implica che «[la] causa di esclusione [a una siffatta partecipazione] sussiste a prescindere (...) [da]l momento a partire dal quale*

può considerarsi <in corso> la procedura concorsuale»”), ritenendo che “la decisione di esclusione di cui al procedimento principale dipende necessariamente dalla risposta alla questione sollevata”. La Corte, quindi, giunge alla elaborazione della massima riportata sulla base del seguente percorso argomentativo:

- a) con le due questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l’articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che esso 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 preveda la prosecuzione dell’attività;
- b) per quanto riguarda gli appalti pubblici che rientrano nell’ambito di applicazione della direttiva 2004/18, l’articolo 45, paragrafo 2, di quest’ultima lascia alla valutazione degli Stati membri l’applicazione dei sette casi di esclusione menzionati, come testimonia l’espressione «[p]uò essere escluso dalla partecipazione all’appalto», che compare al principio di tale disposizione,
- c) l’art. 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva in parola consente, al fine di garantire la solvibilità della controparte contrattuale dell’amministrazione aggiudicatrice, che sia escluso dalla partecipazione a un appalto pubblico ogni operatore economico a carico del quale sia in corso, in particolare, un procedimento di concordato preventivo:
 - e1) l’art. 45, par. 2, secondo comma, della direttiva in parola, prevede poi che gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell’Unione, le condizioni di applicazione di tale paragrafo;
 - e2) ne consegue che le nozioni di cui all’art. 45, par. 2, primo comma, tra cui l’espressione «a carico del quale sia in corso un procedimento (...) di concordato preventivo», possono essere precisate ed esplicitate in diritto nazionale, nel rispetto tuttavia del diritto dell’Unione;
- d) nel caso di specie la legislazione nazionale, cioè l’art. 168 della legge fallimentare, stabilisce che:
 - f1) la presentazione di un ricorso al fine di essere ammesso al concordato preventivo ha come conseguenza quella d’impedire ai creditori, durante un periodo determinato dalla legge fallimentare, di agire nei confronti del patrimonio del debitore e di limitare i diritti di cui dispone il ricorrente sul suo patrimonio, nei limiti in cui, a partire dalla

presentazione del ricorso, esso non può da solo, ossia senza l'autorizzazione di un tribunale, compiere atti di straordinaria amministrazione su tale patrimonio;

- f2) ciò implica che il deposito di tale ricorso deve essere considerato, ancor prima di qualsiasi decisione del giudice competente, come il punto di partenza del procedimento di concordato preventivo di cui all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18 e, di conseguenza, come l'atto di avvio di tale procedimento;
 - f3) tale conclusione è altresì giustificata dalla situazione economica e finanziaria del richiedente, poiché, presentando un siffatto ricorso, l'operatore economico riconosce di trovarsi in uno stato di difficoltà finanziaria che può mettere in discussione la sua affidabilità economica;
 - f4) ne consegue che, a partire dalla presentazione del ricorso, si deve ritenere che sia in corso un procedimento di concordato preventivo a carico dell'operatore economico, ai sensi di tale disposizione; né la circostanza che, nel suo ricorso di concordato preventivo, l'operatore economico si riserva di presentare un piano che prevede la prosecuzione della sua attività è idonea a modificare tale constatazione;
- e) un operatore economico che ha presentato un'istanza di concordato giudiziale che include un piano di concordato in continuità aziendale può, nell'ambito di condizioni stabilite dal diritto nazionale, partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici; ne consegue che la legislazione italiana dispone un trattamento diverso tra gli operatori economici che hanno presentato un ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, in merito alla loro capacità di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, a seconda che tali operatori economici abbiano o meno incluso nel loro ricorso di concordato un piano che prevede la prosecuzione della loro attività; tale diverso trattamento non è in contrasto con la giurisprudenza della Corte:
- g1) il diritto europeo non contempla un'uniformità di applicazione delle cause di esclusione che esso prevede a livello dell'Unione e in tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tali disposizioni;
 - g2) lo Stato membro interessato ha quindi il diritto di determinare le condizioni in cui la causa di esclusione facoltativa non si applica, come nel caso di concordato con continuità;
 - g3) è altrettanto conforme al diritto dell'Unione e soprattutto al principio di uguaglianza nella procedura di aggiudicazione di appalti pubblici per

la legislazione nazionale escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico un operatore economico che ha presentato una domanda di «concordato in bianco» piuttosto che non escluderlo, giacché egli, a differenza dell'operatore che ha già presentato istanza di concordato con continuità, non si è ancora impegnato, alla data in cui la decisione di esclusione è adottata, alla prosecuzione dell'attività d'impresa.

V. – Appare opportuno svolgere alcune considerazioni sulla portata applicativa della sentenza della Corte di giustizia in rassegna:

- a) la Corte evidenzia come venga nella specie in considerazione una causa di esclusione facoltativa, rientrante nella previsione dell'art. 45, par. 2, della direttiva 2004/18/CE, così che anche l'individuazione del significato del disposto che esclude dalla gara l'operatore economico *«a carico del quale sia in corso un procedimento (...) di concordato preventivo»*, deve essere rimessa al diritto nazionale;
- b) la massima elaborata dalla Corte è nel senso, già riferito, secondo cui il diritto europeo *“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”*;
- c) con riferimento alla specifica fattispecie portata all'attenzione della Corte in effetti il diritto nazionale è pacificamente nel senso di escludere la partecipazione dell'operatore economico dalla gara, giacché l'esclusione è stata assunta dalla stazione appaltante quando l'impresa era non solo non ancora ammessa al concordato con continuità, ma altresì priva dell'autorizzazione alla partecipazione alla gara rilasciata dal tribunale ordinario, richiesta dall'art. 186 *bis*, comma 4, L.F.;
- d) 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;
- e) se questa era la posizione espressa da ANAC nella determinazione n. 3 del 2014, essa è stata superata dalla stessa Autorità nella successiva determinazione n. 5 del 2015, che ammette l'applicazione della normativa riferita al concordato con continuità anche alla fattispecie del concordato <in

bianco>, “a condizione che l’istanza presenti chiari e inconfutabili effetti prenotativi del concordato con continuità” (su ciò *infra*);

- f) in giurisprudenza si rinvencono sia pronunce nel senso della incompatibilità del concordato <in bianco> con la partecipazione alle gare pubbliche (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; *id.* 27 dicembre 2013, n. 6272; Cons. Stato, sez. IV, 3 febbraio 2016, n. 426; *id.* 3 luglio 2014, n. 3344; Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2015, n. 5519).

VI. – Per completezza si segnala quanto segue:

- a) 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.;
- b) occorre segnalare che identici quesiti a quelli posti dall'ordinanza n. 686 del 2018, che ha portato alla sentenza della Corte di giustizia in commento, erano stati sottoposti alla stessa Corte UE da una precedente ordinanza del Consiglio di Stato (sez. V, 4 giugno 2015 n. 2737, in *Nuovo not. giur.* 2015, 2, 544 con nota di BARBIERI, ed oggetto della News US in data 8 giugno 2015); tuttavia, a causa della sopravvenuta estinzione del processo innanzi al Consiglio di Stato, la Corte di giustizia non si è pronunciata;

- c) sul problema di quando possa dirsi "in corso" una procedura concorsuale:
- p1) la giurisprudenza ha ritenuto che non sia sufficiente una mera istanza creditoria (la quale potrebbe essere proposta strumentalmente o comunque infondatamente), occorrendo quanto meno un pronunciamento istruttorio del giudice che accerti oggettivamente lo stato di insolvenza dell'impresa; l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, poi, con la sentenza 15 aprile 2010, n. 2155 (rinumerata ufficialmente in n. 1 del 15 aprile 2010, pubblicata in *Foro it.*, 2010, III, 374 con nota di TRAVI), ha statuito come nell'ipotesi di concordato preventivo le evidenziate preoccupazioni possano dirsi superate se è lo stesso imprenditore a chiedere l'ammissione alla procedura concorsuale, con una condotta che ben può ritenersi confessoria della consapevolezza del proprio stato di dissesto;
 - p2) il principio affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la menzionata sentenza n. 1 del 2010, è stato tuttavia reso con riferimento al c.d. concordato liquidatorio, dunque prima delle novità introdotte dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con modificazione dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 (che ha novellato la legge fallimentare introducendo l'art. 186 *bis* ed ha modificato l'art. 38, comma 1, lett. a) del d. lgs. n. 163/2006, facendo espresso rinvio alla previsione dell'art. 186 *bis* della legge fallimentare, quale eccezione alla regola dell'esclusione dalle procedure di gara e dalla conseguente possibilità di stipula del contratto); in seguito a tale novella si è posto in giurisprudenza il problema se la deroga alla regola della esclusione per le imprese coinvolte in procedure fallimentari prevista dall'art. 186 *bis* operasse solo in caso di formale ammissione al concordato con continuità aziendale o se a tale fine fosse sufficiente il deposito della mera istanza di ammissione;
 - nel primo senso si è espresso Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101, nel secondo senso, Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6272 entrambe in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 417 e ss. con nota di CIPPITANI; l'orientamento della V sezione (confermato dalla successiva pronuncia 22 dicembre 2014, n. 6303) è poi stato seguito anche dalla IV Sezione con sentenze 3 luglio 2014, n. 3344 e 5 marzo 2015, n. 1091;
 - in senso contrario nella giurisprudenza di primo grado si sono espressi T.a.r. del Lazio – Roma, sez. I, 19 giugno 2014, n. 6537; sez. III ter, 4 giugno 2014, n. 5901; sez. II ter 11 maggio 2015, n. 6781;

T.a.r. del Piemonte, sez. I, 18 marzo 2014, n. 463; T.a.r. della Toscana, sez. I, 16 giugno 2014, n. 1052;

- a dirimere il contrasto è intervenuto il legislatore con l'art. 13, comma 11 *bis* del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9 che ha inserito all'art. 186 *bis* L.F. un comma 4 a mente del quale *“Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale”*, così riconoscendo espressamente che il solo deposito dell'istanza di ammissione è sufficiente purché accompagnato dalla autorizzazione del Tribunale;

p3) analoghe divergenze si sono registrate con riguardo agli effetti della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, L.F. (c.d. concordato "in bianco" o "con riserva") sulla disciplina degli appalti pubblici con particolare riferimento alla partecipazione alle gare pubbliche; la stessa ANAC in una prima fase ha negato (con determinazione n. 3 del 23 aprile 2014) che il concordato in bianco potesse legittimare la partecipazione in quanto per definizione privo del «piano di continuità aziendale» richiesto invece per l'ammissione al concordato ex art. 186 *bis* L.F. (nello stesso senso T.a.r. per la Campania – Napoli, sez. I, 29 aprile 2015, n. 2428); successivamente (con la determinazione n. 5 dell'8 aprile 2015), è giunta a conclusioni opposte muovendo da una interpretazione sistematica dell'art. 186 *bis*, comma 4 della L.F., a condizione che l'istanza presenti chiari ed inconfutabili effetti prenotativi del concordato con continuità aziendale in relazione alla futura presentazione del piano e verificando che sussistano le condizioni per consentire intanto la partecipazione medesima;

d) sulla questione di costituzionalità sollevata con riferimento alle norme del codice dei contratti del 2006 cfr. T.a.r. per il Lazio- Roma, sez. II, ordinanza 29 ottobre 2018, n. 10398 (oggetto della News US in data 12 novembre 2018, cui si rinvia per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza) secondo cui: *“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”;

e) su questioni connesse si segnala, nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE, i seguenti pronunciamenti:

r1) Corte giustizia UE, 20 dicembre 2017, C-178/16 (in *Giornale dir. amm.*, 2018, 335 [m], con nota di COZZIO) secondo cui *“la direttiva 2004/18/Ce del parlamento europeo e del consiglio, 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in particolare l’art. 45, par. 2, 1° comma, lett. c), d) e g), di tale direttiva, nonché i principi di parità di trattamento e di proporzionalità, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che consente all’amministrazione aggiudicatrice: di tener conto, secondo le condizioni da essa stabilite, di una condanna penale a carico dell’amministratore di un’impresa offerente, anche se detta condanna non è ancora definitiva, per un reato che incide sulla moralità professionale di tale impresa, qualora il suddetto amministratore abbia cessato di esercitare le sue funzioni nell’anno precedente la pubblicazione del bando di gara d’appalto pubblico, e di escludere tale impresa dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione di appalto in questione con la motivazione che, omettendo di dichiarare detta condanna non ancora definitiva, l’impresa non si è effettivamente e completamente dissociata dalla condotta del suddetto amministratore”;*

r2) Corte giustizia UE, 4 maggio 2017, C-387/14, Esaprojekt Sp. Z.o.o., secondo cui *“l’art. 44 direttiva 2004/18, letto in combinato disposto con l’art. 48, par. 2, lett. a), di tale direttiva e con il principio di parità di trattamento degli operatori economici sancito all’art. 2 di quest’ultima, deve essere interpretato nel senso che non consente a un operatore economico di far affidamento sulle capacità di un altro soggetto, ai sensi dell’art. 48, par. 3, suddetta direttiva, sommando le conoscenze e l’esperienza di due soggetti che, singolarmente, non possiedono le capacità richieste per l’esecuzione di un determinato appalto, qualora l’amministrazione aggiudicatrice ritenga che l’appalto di cui trattasi sia indivisibile e che siffatta esclusione della possibilità di far valere le esperienze di più operatori economici sia connessa e proporzionata all’oggetto dell’appalto di cui trattasi, il quale deve pertanto essere eseguito da un unico operatore”;* *“l’art. 51 direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di*

lavori, di forniture e di servizi, letto in combinato disposto con l'art. 2 di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che osta a che un operatore economico, dopo la scadenza del termine stabilito per il deposito delle candidature a un appalto pubblico, comunichi all'amministrazione aggiudicatrice, per provare che soddisfa le condizioni per la partecipazione a una procedura di appalto pubblico, documenti non contenuti nella sua offerta iniziale, come un contratto eseguito da un soggetto terzo e l'impegno di quest'ultimo di mettere a disposizione di detto operatore determinate capacità e risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto di cui trattasi";

- r3) Corte giustizia UE, 14 dicembre 2016, C- 171/15 (in *Foro amm.*, 2016, 2890) secondo cui *"il diritto dell'Unione, in particolare l'art. 45, par. 2, direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non osta a che una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, obblighi un'amministrazione aggiudicatrice a valutare, applicando il principio di proporzionalità, se debba essere effettivamente escluso un offerente in una gara d'appalto pubblico che ha commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale. Le disposizioni della direttiva 2004/18, in particolare quelle dell'art. 2 e dell'allegato VII A, punto 17, della medesima, interpretate alla luce del principio della parità di trattamento, nonché dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretate nel senso che ostano a che un'amministrazione aggiudicatrice decida di attribuire un appalto pubblico ad un offerente che ha commesso un grave errore professionale, per il fatto che l'esclusione di tale offerente dalla procedura di gara sarebbe stata contraria al principio di proporzionalità, mentre, secondo le condizioni della gara d'appalto in questione, un offerente che avesse commesso un grave errore professionale avrebbe dovuto necessariamente essere escluso, senza tener conto del carattere proporzionato o meno di tale sanzione";*
- r4) nell'ipotesi in cui, all'interno del raggruppamento temporaneo che si sia aggiudicato un appalto, fallisca una delle due imprese che lo compongono, con conseguente scioglimento del raggruppamento, la Corte di giustizia UE, con sentenza 24 maggio 2016, C-396/14, MT Hojgaard A/S (in *Foro amm.*, 2016, 1136, nonché oggetto della News US in data 31 maggio 2016, cui si rinvia per ulteriori indicazioni), ha affermato la possibilità che l'altra impresa rimasta possa essere autorizzata dalla stazione appaltante a subentrare, in proprio, nell'aggiudicazione; ciò, purché ricorrano due condizioni: da un lato,

occorre che l'impresa rimanente sia in possesso – da sola – dei requisiti necessari per l'ammissione alla procedura di gara in questione; dall'altro lato, occorre che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporti un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza;

- f) sugli effetti dell'omologazione con concordato preventivo, che chiude la procedura concordataria a norma dell'art. 181 r.d. n. 267/1942, in tal modo facendo tornare l'imprenditore *in bonis* senza limitazioni alla sua attività cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225; Cons. Stato, sez. III, 19 aprile 2012, n. 2305; in argomento anche T.a.r. per la Toscana, sez. II, 3 aprile 2019, n. 491.