

L'Adunanza plenaria tornerà ad occuparsi di requisiti generali delle imprese che partecipano alle procedure di affidamento delle commesse pubbliche. Ciò in relazione agli specifici profili inerenti alle imprese che abbiano presentato istanza di concordato "in bianco", con particolare riferimento all'idoneità di tale istanza (e relativi presupposti) a consentire l'ammissione alla procedura, alla natura (di atto di ordinaria o di straordinaria amministrazione) della scelta dell'impresa di partecipare alla gara (e ciò ai fini dell'autorizzazione del Tribunale) nonché, da ultimo, con riferimento agli effetti dell'autorizzazione del Tribunale che pervenga durante lo svolgimento della procedura di gara.

**Consiglio di Stato, sezione sez. V, ordinanza, 8 gennaio 2021, n. 313 – Pres. Barra Caracciolo, Est. Prospero**

**Contratti pubblici – Istanza di concordato "in bianco" – Esclusione dell'impresa dalla gara – Deferimento all'Adunanza plenaria**

**Contratti pubblici – Istanza di concordato "in bianco" – Atto di straordinaria amministrazione della scelta di partecipare alla gara – Deferimento all'Adunanza plenaria**

**Contratti pubblici – Istanza di concordato "in bianco" – Autorizzazione del giudice durante la procedura di gara – Effetti – Deferimento all'Adunanza plenaria**

*Devono essere rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:*

*Se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942) debba ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale (1).*

*Se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti, ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione (2).*

*In quale fase della procedura di affidamento l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedura e dell'aggiudicazione della gara (3).*

(1-2-3) I. – Con l’ordinanza in rassegna, coeva all’omologa (*in parte qua*) ordinanza 8 gennaio 2021, n. 309 (Pres. Barra Caracciolo, est. Rotondano), la quinta sezione del Consiglio di Stato ha deferito, all’Adunanza plenaria alcune questioni in tema di requisiti generali delle imprese e, segnatamente, quelle involgenti le conseguenze per il caso di presentazione, in fase di gara, della c.d. domanda di concordato in bianco da parte dell’impresa.

II. – La vicenda procedimentale e contenziosa che ha condotto alla controversia dinanzi al Consiglio di Stato muove dall’intervenuta aggiudicazione, da parte della Regione Lombardia, del servizio di informazione giornalistica a mezzo delle agenzie di stampa a favore della Giunta e del Consiglio regionale, aggiudicato in favore di una società che, secondo l’impresa classificatasi al secondo posto della graduatoria, illegittimamente non sarebbe stata esclusa poiché – tra l’altro – sottoposta alla procedura di concordato preventivo di cui al r.d. n. 267 del 1942 (c.d. legge fallimentare).

La doglianza è stata dichiarata infondata con sentenza T.a.r. Lombardia, sez. IV, 5 novembre 2019, n. 2305 sul rilievo che il termine per la presentazione delle offerte scadeva in data 11 gennaio 2019 e l’aggiudicataria aveva presentato al Tribunale domanda per l’ammissione al concordato ai sensi dell’art. 161 l. fall. in data 21 gennaio 2019, quindi dopo la succitata scadenza di guisa che al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte in gara, l’aggiudicataria stessa non era stata ammessa al concordato né era in corso un procedimento in tale senso.

Ha evidenziato il Tribunale che, secondo l’indirizzo giurisprudenziale più diffuso e condiviso, 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.

Avverso la predetta sentenza è stato interposto appello da parte della originaria ricorrente (e seconda graduata), giudizio nell’ambito del quale si è innestato il deferimento di cui trattasi.

III. – Con l’ordinanza in commento il Collegio, nel rimettere le questioni all’esame dell’Adunanza plenaria, ha osservato che sussistono diversi interrogativi da dirimere, con riferimento all’ammissione in gara delle imprese interessate in vario modo a procedure concordatarie.

Tali interrogativi riguardano, date le effettive differenze tra concordato in bianco e concordato in continuità, la natura della scelta dell’impresa di partecipare alla gara, il rapporto tra la presentazione dell’istanza di concordato in bianco e gli effetti della continuità aziendale ai fini delle procedure di affidamento e, da ultimo, il rapporto diacronico tra autorizzazione del Tribunale ex art. 186-*bis* l. fall. e sviluppo delle fasi di gara:

a) in relazione alle differenze tra concordato in bianco e concordato in continuità:

- a1) la figura del concordato con riserva è del tutto originale per il nostro ordinamento e si traduce - come si evince dall'art. 161, comma 6, l. fall., nella possibilità di depositare una domanda di concordato preventivo priva, di fatto, di contenuto, essendo finalizzata solo a chiedere al Tribunale la concessione di un termine (variabile da 60 a 120 giorni e prorogabile per non più di altri 60 giorni) proprio al fine di poter predisporre e poi presentare la vera e propria proposta di concordato;
  - a2) l'utilità che con tale domanda si mira a realizzare è soprattutto quella di poter fruire, per tutto l'arco temporale fino alla scadenza del termine concesso dal Tribunale (e con effetto a partire dalla data di iscrizione nel Registro delle imprese), di un "ombrello protettivo" contro le aggressioni esecutive dei creditori, pur in assenza di una proposta di concordato vera e propria, solo in presenza della quale potevano prima scattare comparabili (anche se non identiche) misure protettive;
  - a3) con tale previsione lo *spatium deliberandi* concesso al debitore può essere utilizzato sia per predisporre il piano, sia per raggiungere accordi con i creditori diretti a facilitarne il buon esito (ad esempio la rinuncia al privilegio da parte di alcuni creditori);
  - a4) in definitiva, con tale istituto si paralizza temporaneamente quel potere-dovere del Tribunale di dichiarare inammissibile la proposta in ragione della mancanza degli elementi minimi di riconoscibilità di una proposta concordataria valida ed ammissibile, secondo la conformazione tipologica ed i requisiti formali e sostanziali previsti dalle predette norme;
  - a5) che si tratti di una paralisi temporanea di questo potere-dovere è dimostrato dal fatto che, a norma dell'art. 161, comma 6, ultimo periodo, se nel termine fissato dal Tribunale il debitore-ricorrente non deposita né una proposta definitiva di concordato (con il corredo documentale di cui si è detto), né, alternativamente come concesso dalla norma, un accordo di ristrutturazione dei debiti il Tribunale può procedere eventualmente anche dichiarare il fallimento in presenza dei relativi presupposti;
  - a6) la previsione di cui al predetto comma 6 in realtà contempla una forma minimale di presentazione di domanda con riserva, ma non esclude affatto che la domanda, per quanto "prenotativa", possa essere arricchita da ulteriori elementi, e che quindi più che di domanda "in bianco", si possa parlare di domanda "con riserva di presentare ulteriore documentazione", in vista della continuità aziendale;
- b) quanto al concordato con continuità aziendale, ex art. 186-bis l. fall., esso si configura quando "il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera

e), prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione”:

- b1) il 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*” (Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85, in *Foro it.*, 2020, I, 3003 con nota di D'AURIA e oggetto della [News US in data 20 maggio 2020](#) alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti): sia la giurisprudenza che l'ANAC hanno, tuttavia, riconosciuto la possibilità di presentare una domanda di concordato “*in bianco*” che abbia gli effetti (c.d.) “*prenotativi*” della presentazione del concordato in continuità aziendale;
- b2) con tale strumento l'operatore economico usufruisce dei benefici del concordato in bianco e, allo stesso tempo, si riserva la possibilità di presentare ulteriore documentazione finalizzata alla richiesta di un concordato in continuità aziendale;
- b3) sarebbe possibile, secondo alcuni, ipotizzare una fattispecie in cui conviva sia l'esigenza economico-aziendale di attivare una procedura concorsuale per la liquidazione dei debiti e il riassetto della società, senza però impegnarsi a specificare immediatamente il progetto, usufruendo di un arco temporale più lungo per la sua definizione (accompagnato dai benefici suesposti caratteristici delle procedure concorsuali), sia la volontà, e la possibilità, alla luce delle risorse della singola società, di pianificare, una volta superato il momento di crisi, la continuazione dell'attività aziendale;
- c) gli aspetti ora evidenziati sono strettamente correlati al “*se*” la c.d. domanda in bianco sia compatibile con una proposta di concordato preventivo in continuità aziendale e se possa già configurarsi la tipologia del c.d. “*concordato con continuità aziendale*” come delineata dall'art. 186-bis l. fall. quando sia proposta una semplice domanda di pre concordato:
  - c1) al riguardo, nonostante la disposizione del comma 1 dell'art. 182-*quinquies*, l. fall. sembrerebbe legittimare la presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale possono porsi seri dubbi sulla compatibilità fra le due previsioni, sino ad evidenziare la sussistenza di una vera e propria aporia normativa;
  - c2) ciò in quanto un concordato con continuità aziendale sub specie di pre concordato sembrerebbe non possibile alla stregua di quanto disposto

dall'art. 186-*bis*, comma 1, che definisce in generale la fattispecie del concordato con continuità aziendale, fissandone tre specifiche condizioni: I) il piano di concordato deve prevedere la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione; II) il piano deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura; III) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, comma 3, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;

- c3) poiché tuttavia non esiste un concordato che possa definirsi con continuità aziendale che manchi di una o più di tali condizioni, e poiché queste mancano tutte in caso di pre concordato, non sembrerebbe possibile, secondo altra tesi, presentare un pre concordato con continuità aziendale;
- d) su tali ultime questioni è dato rilevare un contrasto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato nella quale si sono confrontate due tesi, una estensiva e una restrittiva;
- e) una prima tesi, quella estensiva, propende per l'applicabilità anche alla fattispecie in esame della deroga prevista dall'art. 186-*bis* della legge fallimentare con il deposito dell'istanza di ammissione al concordato, secondo cui, nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, l'impresa conserva la facoltà di partecipare alle gare di affidamento dei pubblici contratti: ciò varrebbe, quindi, anche nell'ipotesi in cui l'impresa abbia inizialmente proposto una domanda di ammissione "in bianco" con riserva di presentare, nel termine massimo fissato dal giudice, la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 186-*bis* l. fall. (Cons. di Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1328; sez. III, 20 marzo 2018, n. 1772, in *Appalti & Contratti*, 2018, 4, 80; sez. III, 4 dicembre 2015, n. 5519, in *Gazzetta forense*, 2015, 6, 141):
  - e1) in base a tale indirizzo giurisprudenziale 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 e non determina la perdita dei requisiti di partecipazione in capo all'operatore economico;
  - e2) la presentazione di una domanda di concordato in bianco non sarebbe, dunque, causa di automatica esclusione dalle procedure di affidamento dei pubblici contratti, specie quando la domanda abbia contenuti "prenotativi"

della presentazione della proposta in continuità, anticipando espressamente tale volontà;

- e3) sotto altro concorrente profilo, si è rilevato altresì che l'art. 161, comma 7, l. fall. stabilisce che, dopo la presentazione dell'istanza di ammissione e prima della decisione del Tribunale di cui al successivo art. 163, il debitore possa compiere atti urgenti di straordinaria amministrazione, se autorizzato dal Tribunale, o anche atti di ordinaria amministrazione;
- e4) la giurisprudenza, in talune pronunzie ha escluso che la partecipazione ad una pubblica gara in pendenza di domanda per l'ammissione al concordato costituisca un atto di straordinaria amministrazione, necessitante, pertanto, dell'autorizzazione del Tribunale: tale orientamento ritiene, infatti, opinabile che la partecipazione alla gara possa, in generale, considerarsi un atto di straordinaria amministrazione e, comunque, la relativa valutazione deve essere frutto di un riscontro caso per caso;
- e5) la circostanza che le autorizzazioni del Tribunale civile siano state adottate in corso di gara e financo dopo il provvedimento di aggiudicazione risulterebbe poi irrilevante, trattandosi di condizioni integrative dell'efficacia dell'aggiudicazione, che possono, quindi, intervenire anche in pendenza del procedimento di appalto;
- f) un secondo orientamento, restrittivo (secondo cui è ammessa la partecipazione alla gara solo all'impresa già ammessa al concordato con continuità aziendale, con relativo piano approvato e munita della specifica autorizzazione per la singola gara), esclude a priori ogni possibilità di partecipare alle pubbliche gare per l'impresa che abbia presentato la domanda di concordato preventivo quand'anche ci sia la relativa autorizzazione da parte del Tribunale, ove detta partecipazione non sia straordinaria e urgente:
  - f1) l'istanza del debitore di ammissione al concordato preventivo "*in bianco*" costituirebbe, financo una condizione impeditiva alla partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche;
  - f2) l'orientamento in questione, sulla base del principio che la partecipazione alle gare pubbliche sarebbe, di per sé, attività di straordinaria amministrazione, come tale autorizzabile solo se urgente afferma, afferma che: I) le imprese che hanno presentato istanza di concordato in bianco non possono partecipare alle gare pubbliche, ciò comportando causa automatica di esclusione dalla gara; II) le uniche attività possibili per le imprese che si trovano in tale stato sarebbero quelle straordinarie ed urgenti;
  - f3) in tal senso, se pure l'impresa non si trovava in stato di crisi quando ha presentato la propria offerta, certamente lo era al momento della

- presentazione dell'istanza di concordato con la conseguenza che il mantenimento della sua partecipazione alla gara ed alle fasi successive necessiterebbe *“del controllo costituito dalla specifica autorizzazione del Tribunale e del previo assolvimento degli obblighi documentali a ciò finalizzati”*;
- f4) l'istanza di concordato c.d. *“in bianco”* determinerebbe, così, in base a tale orientamento interpretativo, una soluzione di continuità del possesso dei requisiti di ordine generale richiesti dall'art. 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016, che neppure la successiva ammissione al concordato *“con continuità aziendale”* potrebbe retroattivamente sanare;
- f5) anche il nuovo testo dell'art. 110, comma 4, d. lgs. n. 50 del 2016, al pari dell'art. 186-bis, comma 4, l. fall., deve essere interpretato nel senso che la *“partecipazione alle procedure di affidamento”*, ivi disciplinata, sarebbe solo quella che inizia *ex novo* dopo la presentazione della domanda di concordato *“in bianco”*, e non anche quella in corso al momento del deposito della domanda stessa;
- f6) l'opzione ermeneutica c.d. restrittiva, seguita nel ritenere ostativa alla partecipazione alla gara la presentazione di un'istanza di concordato *“in bianco”*, risulterebbe coerente con la normativa eurounitaria (Corte di giustizia UE, sez. X, sentenza 28 marzo 2019, C- 101/18 – Idi Srl, in Riv. trim. appalti, 2020, 299, con nota di SEGALERBA e oggetto della News US in data 15 aprile 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti);
- g) altra problematica, strettamente correlata a quelle sopra evidenziate, attiene al momento in cui debba intervenire, per evitare l'esclusione dalla gara, l'autorizzazione contemplata dall'art. 186-bis della legge fallimentare necessaria per l'ammissione al concordato con continuità aziendale:
- g1) si tratta di questioni già solcate dalla giurisprudenza (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1328), nel senso che: I) l'eccezione al principio di continuità dei requisiti – affermato, in generale, dalla costante giurisprudenza amministrativa – di cui beneficiano le imprese in concordato con continuità aziendale in base all'art. 80, comma 5, lett. b), Codice dei contratti pubblici, in tanto può operare, in deroga al divieto per le altre procedure concorsuali, *“in quanto l'autorizzazione del tribunale fallimentare ai sensi dell'art. 186-bis, comma 4, l. fall. intervenga, dunque, prima della conclusione della fase ad evidenza pubblica”*; II) la partecipazione dell'impresa in concordato con riserva di presentazione della proposta e del piano è consentita solo se *“l'autorizzazione del Tribunale fallimentare che accerti la capacità economica della stessa di eseguire l'appalto intervenga nel corso della procedura di gara”*, poiché solo nella gara è concepibile che sia fatta quella

*“valutazione in concreto circa l’affidabilità dell’impresa”*, e non quando la procedura si è ormai conclusa;

- g2) concordato preventivo con continuità e concordato in bianco condividono la stessa finalità di consentire ad imprese in crisi di concorrere all’affidamento di contratti pubblici, in deroga al divieto di cui all’art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, con l’unica variante che nel secondo caso questa deroga è operante anche se al momento della presentazione del ricorso non è stato ancora presentato il piano dimostrativo della capacità dell’impresa di continuare la propria attività, in virtù dell’effetto prenotativo del ricorso ex art. 161 l. fall.;
- g3) della funzione così descritta sembra partecipare anche la versione del concordato con riserva o *“in bianco”*, la quale si caratterizza per il fatto di prendere avvio da una domanda al tribunale incompleta (art. 161, comma 6, l. fall.), ma che consente, nondimeno, all’imprenditore sin da quel momento di beneficiare degli effetti di carattere concorsuale derivanti dall’apertura della procedura;
- g4) nell’ambito di tale funzione di controllo spetta pertanto agli organi della procedura l’autorizzazione al compimento di atti eccedenti l’ordinaria amministrazione, precisamente ai sensi dell’art. 161, comma 7, l. fall., per la tutela degli interessi dei creditori concordatari e nella medesima funzione si iscrive il potere autorizzativo previsto dall’art. 186-*bis*, comma 4, l. fall. (nella versione applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dal sopra citato decreto-legge n. 32 del 2019) per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici in caso di concordato con continuità aziendale;
- g5) l’accertamento della capacità dell’impresa di assumere l’appalto pubblico e di portarlo ad esecuzione, anche se intervenuto in corso della procedura di gara, risale comunque al momento in cui quest’ultima ha presentato la domanda di concordato: sotto tale profilo non si ravvisano, dunque, ostacoli ad ammettere che l’autorizzazione ex art. 186-*bis*, comma 4, intervenga nel corso della procedura di gara, anche nel caso del concordato in bianco finalizzato alla continuità aziendale;
- g6) quanto meno in quest’ultima variante la procedura mantiene il suo carattere unitario, risalente all’epoca in cui è stato proposto il ricorso ex art. 161, comma 6, l. fall. e ciò consente di fare risalire a tale momento, secondo lo schema dell’atto prenotativo, la deroga al divieto di partecipazione a procedure di affidamento per imprese sottoposte a procedure concorsuali prevista per il caso di concordato con continuità aziendale);

- g7) una contraria opzione ermeneutica determinerebbe problemi di compatibilità dell'art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs n. 50 del 2016 con il diritto euro-unitario sugli appalti pubblici circa la necessità di una valutazione in concreto circa l'affidabilità dell'impresa;
- g8) quanto alla questione se anche la presentazione del ricorso per concordato in bianco, anche qualora espressamente preannunci la presentazione della documentazione finalizzata al concordato c.d. in continuità, costituisca o meno causa di esclusione automatica ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. b), deve evidenziarsi che: I) essa è rispondente agli scopi e alla *ratio* della disciplina in *subiecta materia*; II) il ricorso al concordato in bianco è un'azione di tutela preventiva che, essendo sempre e comunque rinunciabile, e non sembrerebbe influire sui requisiti di partecipazione alle pubbliche gare; III) l'orientamento restrittivo (cui aderisce la sentenza appellata) determinerebbe una cesura tra il legittimo ricorso al concordato e la perdita dei requisiti di partecipazione alle gare, finendo in tal modo per frustrare le stesse finalità cui l'istituto è preordinato;
- h) occorre chiedersi, inoltre, se tale quadro muti in virtù dell'efficacia retroattiva sanante dell'autorizzazione giudiziale e in quale momento detto provvedimento autorizzativo debba intervenire a tal fine:
- h1) si è già al riguardo osservato che, secondo l'orientamento restrittivo, il regime delle autorizzazioni riguarderebbe esclusivamente le imprese già ammesse al concordato in continuità aziendale, e non quelle che, avendo presentato domanda di concordato "*in bianco*", abbiano in tal modo, da un lato, riconosciuto il proprio stato di crisi, ottenendo con la domanda di concordato la paralisi delle azioni dei creditori e contraenti, e, dall'altro, solo prospettato la possibile presentazione di un piano di continuità aziendale (continuità tutta da verificare e validare);
- h2) di talché, secondo i sostenitori dell'indirizzo c.d. restrittivo, solo all'esito dell'ammissione al concordato con continuità aziendale potrebbe operare la eccezionale normativa che, in deroga al generale criterio di esclusione, consente la partecipazione dell'impresa in concordato che, non solo sia stata ammessa alla continuità aziendale, ma abbia anche ricevuto le richieste autorizzazioni, postulanti una valutazione di congruità tra piano di continuità e partecipazione alla gara con i relativi oneri;
- h3) ne deriva che, ai fini pubblicistici di partecipazione alla gara, resterebbe del tutto priva di effetto un'autorizzazione che, non solo sia del tutto tardiva rispetto alla conclusione della gara, ma pretenda di riferirsi ad un'impresa che non ha avuto alcuna approvazione del piano di continuità, avendo solo

presentato domanda di concordato e che, pertanto, dovrebbe incorrere pienamente nella generale causa di esclusione (impresa per cui sia in corso una procedura concordataria), senza che possa operare l'eccezionale deroga di cui si è detto;

- i) conclusivamente vanno sottoposte all'Adunanza plenaria le seguenti questioni:
- i1) *“se la presentazione di un’istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942) debba ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l’affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell’ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale”;*
  - i2) *“se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti, ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell’efficacia dell’aggiudicazione”;*
  - i3) *in quale fase della procedura di affidamento l’autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedura e dell’aggiudicazione della gara”.*

#### IV. – Per completezza si segnala:

- j) sul concordato preventivo con continuità aziendale e partecipazione alle gare nel d. lgs. n. 163 del 2006: Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85, cit., secondo cui *“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”*. Si veda anche V. Neri, *Procedure di affidamento in caso di fallimento dell’esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*, in *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di Sandulli e De Nictolis), Giuffrè, vol. IV, 2019, cap. 93;
- k) sulla facoltà per l’impresa di partecipare alle gare nel periodo tra il deposito della domanda e l’ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale: Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1328; Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2018, n. 1772 (in *Appalti & Contratti*, 2018, 4, 80); Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2015, n.

5519 (in *Gazzetta forense*, 2015, 6, 141); *contra* Cons. Stato, sez. III, 8 maggio 2019, n. 2963, tutte citate nell'ordinanza in rassegna;

- l) sulla distinzione tra atti di ordinaria e atti di straordinaria amministrazione durante la procedura concordataria: Cass. civ., sez. I, 29 maggio 2019, n. 14713 (in *Dir. fallim.*, 2019, 1471, con nota di FAUCEGLIA); Cass., Sez. I, 22 ottobre 2018, n. 26646 (in *Giur. it.*, 2019, 103, con nota di RUSSO), citate nell'ordinanza in rassegna;
- m) sulle condizioni di ammissione alle gare pubbliche delle imprese che hanno presentato istanza di concordato preventivo sul relativo regime autorizzatorio: Cons. Stato, V, 3 gennaio 2019, n. 69 citata nell'ordinanza in rassegna, secondo cui l'autorizzazione del Tribunale adottata in corso di gara costituisce condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione; per l'orientamento restrittivo: Cons. Stato, VI, 13 giugno 2019, n. 3984, citata nell'ordinanza in rassegna;
- n) sulla specifica istanza del debitore di ammissione al concordato preventivo "*in bianco*" quale condizione impeditiva alla partecipazione alle gare: T.a.r. per il Piemonte. II, 7 marzo 2019, n. 260; Cons. Stato, III, 18 ottobre 2018, n. 5966, entrambe citate nell'ordinanza in rassegna;
- o) sull'autorizzabilità solo degli atti straordinari pre-concordato aventi natura urgente: Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2019, n. 3984 (con richiami a sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225), citata nell'ordinanza in rassegna;
- p) sull'autorizzazione del Tribunale quale presupposto per partecipare alla gara: Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344 (in *Urbanistica e appalti*, 2014, 1327, con nota di RUFFINI), citata nell'ordinanza in rassegna;
- q) sul principio di continuità nel possesso dei requisiti:
  - q1) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., ordinanza 29 dicembre 2020, n. 1211 (oggetto della News US n.5 del 12 gennaio 2021, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti con particolare riferimento alla figura dei consorzi stabili);
  - q2) Cons. Stato, Ad. plen., 3 luglio 2017, n. 3 (in *Foro it.*, 2018, III, 31 e oggetto della News US in data 13 luglio 2017, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti);
  - q3) con particolare riferimento al possesso ininterrotto dei requisiti fin dal momento della partecipazione alla gara nell'ipotesi di subentro dell'impresa che segue in graduatoria: Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2017, n. 1050 (in *Foro amm.*, 2017, 534);
  - q4) Cons. Stato, Ad. plen., 25 maggio 2016, n. 10 (in *Foro it.*, 2017, III, 262, con nota di CORDOVA e oggetto della News US in data 31 maggio 2016, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti);

- q5) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 6, in *Foro it.* 2017, parte III, col. 263;
- q6) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5 (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2016, 2, 85, con nota di TONON; *Nuovo notiziario giur.*, 2016, 255, con nota di BARBIERI; *Urbanistica e appalti*, 2016, 787, con nota di CARANTA; *Guida al dir.*, 2016, 13, 82, con nota di CORRADO; *Riv. neldiritto*, 2016, 1586, con nota di CELLAI);
- q7) Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, (in *Urbanistica e appalti*, 2016, 88, con nota di GIACALONE), secondo cui *“nelle gare di appalto per l’aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali 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 ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell’esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità”*; 4 maggio 2012, n. 8 (in *Guida al dir.*, 2012, 23, 82, con nota di PONTE; *Corriere merito*, 2012, 745 (m), con nota di RAIOLA; *Urbanistica e appalti*, 2012, 905, con nota di D’HERIN; *Dir. e pratica amm.*, 2012, 9, 72 (m), con nota di TOSCHEI; *Riv. neldiritto*, 2012, 1601, con nota di BERTOLINI; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 2234 (m), con nota di GOTTI), secondo cui *“Il divieto di modificazione soggettiva dei soggetti consorziati in sede di appalti pubblici non ha l’obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara; il rigore delle norme va temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari; pertanto le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo sono quelle che portano all’aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento; tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell’Ati o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell’Ati che viene meno per effetto dell’operazione riduttiva”*;
- q8) Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4 (in *Foro it.*, 2011, III, 306, con nota di SIGISMONDI; *Urbanistica e appalti*, 2011, 674, con nota di LAMBERTI; *Corriere merito*, 2011, 763 (m), con nota di RAIOLA; *Giur. it.*,

- 2011, 1651 (m), con nota di TROPEA; *Guida al dir.*, 2011, 19, 70, con nota di PALLIGGIANO; *Giornale dir. amm.*, 2011, 1103 (m), con nota di GISONDI; *Riv. nel diritto*, 2011, 1530, con nota di IZZO; *Dir. proc. amm.*, 2011, 1035, con nota di SQUAZZONI, GIANNELLI, FOLLIERI, MARINELLI);
- q9) Cons. Stato, Ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155 (in *Foro it.*, 2010, III, 374, con nota di TRAVI; *Corriere merito*, 2010, 688 (m), con nota di RAIOLA; *Dir. proc. amm.*, 2010, 617, con nota di SQUAZZONI; *Urbanistica e appalti*, 2010, 964, con nota di FOÀ; *Guida al dir.*, 2010, 19, 84, con nota di CORRADO; *Dir. e pratica amm.*, 2010, 6, 72 (m), con nota di BRAIDO, LILLI; *Corti irpinia*, 2010, 277, con nota di BARRA);
- q10) in dottrina è stato evidenziato che *“le cause di esclusione rilevano non solo al fine della partecipazione alla gara, ma anche al fine della stipula del contratto e del subappalto, pertanto i requisiti generali non devono essere posseduti solo al momento della presentazione della domanda e al momento della scadenza del bando di gara, ma devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura e fino alla stipula del contratto [...]; il perdurante possesso di alcuni di essi rileva anche in fase di esecuzione, e il loro venir meno può essere causa di risoluzione del contratto. Ne consegue che va pronunciata la decadenza dall’aggiudicazione ove l’aggiudicatario, inizialmente in possesso dei requisiti, li perda prima della stipulazione”* (R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 677). La peculiarità della disciplina delle gare d’appalto, su un piano generale di fonte eurounitaria ed espressione – tra gli altri – dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, segna anche la differenza con le altre procedure concorsuali: mentre normalmente in queste ultime *“si richiede che i requisiti siano posseduti alla data di scadenza prevista dal bando per la presentazione delle domande di partecipazione, nelle gare d’appalto la Plenaria esige, con maggior rigore, che «i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell’aggiudicazione [...]”* (R. DE NICTOLIS, cit., 677). Sul versante della disciplina UE, Corte di giustizia UE, sez. V, 27 novembre 2019, C-402-18, *Tedeschi Srl* (in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 1438, con nota di GIUFFRÉ; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2020, 1, 125, con nota di DAMIN; *Riv. trim. appalti*, 2020, 191, con nota di MANCINI, MANGANI, nonché oggetto della News US n. 131 del 10 dicembre 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), ha affermato che *“le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare nel corso di tutta la procedura i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all’articolo 2 della*

*direttiva 2004/18, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità”;*

- r) sull'importanza del possesso, nel tempo, dei requisiti di ordine generale:
  - r1) Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85, cit.;
  - r2) Corte di giustizia UE, sez. X, sentenza 28 marzo 2019, C- 101/18 – Idi Srl, cit.;
- s) sul rapporto tra principio di continuità e istanza di c.d. concordato in bianco: T.a.r. per il Lazio, sez. II-ter, 22 luglio 2019, n. 9783;
- t) sulla equiparazione del concordato “*in bianco*” al ricorso per concordato in continuità ai fini della partecipazione alle gare: Cons. di Stato, Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6272 (in *Fallimento*, 2014, 667, con nota di MACAGNO; *Urbanistica e appalti*, 2014, 420, con nota di CIPPITANI; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2014, 1, 94, con nota di MARETTO), citata nell'ordinanza in rassegna;
- u) 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): T.a.r. per il Piemonte, sez. II, 7 marzo 2019, n. 260, cit.;
- v) sulla questione relativa alla implicita abrogazione dell'art. 186-bis l. fall. ad opera del (cronologicamente successivo) art. 80, comma 5, lettera *b*), del codice dei contratti:
  - v1) per la tesi dell'implicita abrogazione, in applicazione del criterio della successione delle leggi nel tempo, cfr. T.a.r. per la Toscana, sez. II, 3 aprile 2019, n. 491 (in *Foro amm.*, 2019, 688);
  - v2) per l'opposta tesi della perdurante vigenza, cfr. T.a.r. per il Lazio, sez. II, ordinanza 29 ottobre 2018, n. 10398; Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3405.