

Concordato in bianco e partecipazione alle gare pubbliche: vecchi interrogativi e nuove disposizioni

di Giorgio Bonerba

Title: Arrangement with creditors with reservation and participation in public tenders: old questions and new dispositions

Keywords: Arrangement with creditors; Public tenders; Exclusion grounds.

1. – Uno degli aspetti più complessi della contrattualistica pubblica è senza dubbio la verifica dei requisiti soggettivi in capo agli operatori economici. Si tratta di un'attività particolarmente delicata, dal momento che la stazione appaltante, al di là del controllo dei requisiti specifici che ha previsto nei propri documenti di gara per la partecipazione a una precisa procedura, è chiamata a verificare che gli operatori economici non versino in condizioni di inaffidabilità tali da precludere la stessa partecipazione alla gara, la sua aggiudicazione, la stipula del contratto e la successiva permanenza del relativo rapporto. La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 28 marzo 2019 in causa C-101/18, *Idi Srl*, ribadisce alcuni punti fermi della giurisprudenza eurounitaria in materia e costituisce un nuovo passaggio nella definizione di una questione di rilevante incidenza sugli operatori che versino in uno stato di crisi di solvibilità, e cioè se un'impresa che abbia presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva di presentare un piano idoneo ad accedere all'istituto della continuità aziendale (c.d. concordato in bianco) possa partecipare o meno alle procedure ad evidenza pubblica.

Considerati i profili notevolmente tecnici della questione, è necessario premettere alcuni cenni di carattere generale sulla determinazione dei requisiti di carattere generale per la partecipazione alle predette procedure, nonché sui tratti essenziali del concordato preventivo con continuità aziendale e del concordato in bianco.

In linea di massima, l'inaffidabilità di un operatore economico può dipendere da una pluralità di fattori: la condanna definitiva dei legali rappresentanti dell'operatore economico e di una pluralità di ulteriori soggetti coinvolti nell'adozione delle decisioni dell'ente (amministratori dotati di rappresentanza, sindaci, soci di maggioranza, ecc.) per reati connessi all'esercizio delle funzioni tipiche della pubblica amministrazione, quali la concussione o la corruzione, o all'esercizio dell'attività di impresa; la violazione degli obblighi retributivi e contributivi nei confronti dei lavoratori; la commissione di gravi illeciti di varia natura nell'esercizio della propria attività professionale.

In quest'ottica l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE prima e l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE poi hanno stabilito in maniera puntuale un'articolata casistica

delle cause di esclusione degli operatori economici (in argomento, si veda ad esempio AA.VV., *Implementing the EU Directives on the selection of economic operators in public procurement procedures*, Sigma Paper n. 56, 2018). Alcune di queste devono essere obbligatoriamente previste nei propri atti interni di trasposizione dagli Stati membri; altre, invece, possono essere inserite o meno, a seconda delle scelte operate dagli Stati membri. La Corte di giustizia ha già in passato riconosciuto (v. ad esempio, la sentenza 14 dicembre 2016, in causa C-171/15, *Connexion Taxi Services BV*) che, in questi ultimi casi, la discrezionalità degli Stati membri è piena, nel senso che possono scegliere di non includere affatto tali ipotesi tra le cause di esclusione oppure di includerle specificandone, tuttavia, i presupposti in maniera in tutto o in parte differente da quella prevista dalle direttive.

Fra le cause di esclusione facoltative rientra anche l'assenza di solidità imprenditoriale dell'operatore economico derivante da situazioni di crisi di impresa non più recuperabile. L'avvenuto fallimento dell'operatore economico, o l'applicazione di analoghe misure – quali, nell'ordinamento italiano, il concordato preventivo o la liquidazione coatta amministrativa – sono in grado di denotare la sussistenza di uno stato talmente critico della vita d'impresa che non è possibile garantire la corretta esecuzione dell'appalto. Non va dimenticato, per completezza, che il divieto di partecipare a gare pubbliche garantisce anche la posizione dei creditori dell'impresa, che potrebbero vedersi ulteriormente pregiudicati dalla contrazione di ulteriori debiti (in proposito, cfr. F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo in continuità e contratti «stipulati da stipulare» con la pubblica amministrazione*, in *Rivista del notariato*, 3/2018, pp. 451 ss.). La direttiva 2004/18/CE prevedeva a tal proposito due distinte ipotesi: la prima riguardava le procedure concorsuali sulle quali fosse già intervenuto un provvedimento definitivo del giudice (art. 45, par. 2, lett. a)); la seconda, invece, atteneva ai “procedimenti in corso”, ossia a quei procedimenti che, seppur avviati, non fossero stati ancora definiti dall'autorità giudiziaria (art. 45, par. 2, lett. b)). La direttiva 2014/24/UE, invece, riunisce le due ipotesi, facendo riferimento allo stato di fallimento o alla sottoposizione ad altra procedura di insolvenza o liquidazione (art. 57, par. 4, lett. b)). Nella sostanza, peraltro, poco o nulla cambia, bastando che la procedura concorsuale sia stata già avviata al momento della presentazione della domanda di partecipazione o nel corso della gara.

Peraltro, le specificità di ciascuno degli Stati membri hanno indotto il legislatore eurounitario a non prevedere tali cause di esclusione come obbligatorie: le differenze tra i vari ordinamenti, infatti, avrebbero potuto rendere eccessivamente stringente il requisito. Se, infatti, in ordinamenti come quello italiano o quello francese è presente una pluralità di procedure concorsuali cui sono riconnessi effetti differenti, in altri ordinamenti, come quello spagnolo o quello tedesco, è prevista una sola procedura, che può condurre a diversi esiti, tra i quali la rimessione *in bonis* dell'impresa: in questi ultimi casi, l'esclusione automatica del concorrente sottoposto a procedura concorsuale potrebbe risultare eccessiva e non necessariamente confacente alle esigenze dell'amministrazione. Anche negli ordinamenti con più procedure concorsuali, inoltre, sono previste ipotesi nelle quali le imprese ad esse soggette possono continuare la propria attività di impresa in quanto garantiscono un minimo di solvibilità: si pensi ad esempio al concordato con continuità aziendale in Italia o al *redressement judiciaire* in Francia. Anche in questi casi, l'esclusione automatica sarebbe eccessivamente penalizzante per le imprese e non necessaria per le stazioni appaltanti.

La scelta del legislatore eurounitario di rimettere agli Stati membri la decisione sull'introduzione di tali cause di esclusione nel proprio ordinamento consente loro di adeguarle alle proprie specificità e di strutturare autonomamente le possibili eccezioni (per alcuni riferimenti piuttosto recenti sulla struttura del diritto fallimentare di alcuni Stati europei, tra cui Francia, Spagna e Germania, si rinvia a F. VASSALLI, F.P. LUISO, E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. V, Torino, 2014). Così, ad esempio, l'art. L2141-3, n. 3°, del *Code de la*

commande publique francese, approvato con *ordonnance* 2018-1074 del 31 dicembre 2018, prevede come cause di esclusione la sottoposizione dell'impresa a fallimento e a *redressement judiciaire* – procedura fondamentalmente analoga al concordato preventivo italiano – purché in quest'ultimo caso non vi sia stata autorizzazione dell'autorità giudiziaria alla prosecuzione dell'attività dell'impresa. Dal momento che le imprese in *redressement* sono sottoposte a un preliminare periodo di osservazione da parte dell'autorità giudiziaria, compreso fra i sei e i diciotto mesi, l'attenzione della giurisprudenza si è focalizzata sulla sovrapposizione tra questo periodo e quello di esecuzione del contratto. In particolare, il *Conseil d'Etat* ha specificato che il periodo di osservazione deve durare almeno fino alla fine del periodo di esecuzione del contratto: v. ad esempio la sentenza 24 marzo 2014, n. 374387. In Spagna, invece, la procedura fallimentare (*concurso*) è unica, ma, in seguito alla dichiarazione della sua apertura con apposita ordinanza, può condurre a due esiti diversi: il *convenio*, con il quale si pianifica la progressiva soddisfazione dei crediti e si consente all'imprenditore di tornare *in bonis*; la liquidazione, nel caso in cui il patrimonio del debitore sia incapiente e non consenta la prima soluzione. A fronte di questa differenziazione, l'art. 71, comma 1, lett. c) della legge 9/2017 dell'8 novembre sui contratti pubblici prevede come causa di esclusione automatica l'avvenuta dichiarazione del *concurso*, a meno che non sia divenuto efficace il *convenio* di cui si è detto. L'ordinamento tedesco prevede anch'esso un'unica procedura concorsuale, che però mira tendenzialmente alla ricostituzione dell'integrità patrimoniale del debitore. In quest'ottica, l'esclusione dell'impresa non è automatica, bensì discrezionale, e dipende dalle valutazioni della stazione appaltante in ordine alla sua proporzionalità: così dispone il § 124, comma 1, n. 2 del GWB.

2. - Più simile alla soluzione francese è quella adottata dal codice dei contratti pubblici italiano per il caso del concordato preventivo con continuità aziendale (sulle nuove forme di concordato, si veda ad esempio G. TERRANOVA, *Le nuove forme di concordato*, Torino, Giappichelli, 2013). È appena il caso di ricordare che con il concordato preventivo l'imprenditore che si trovi in stato di crisi può proporre ai creditori un apposito piano che deve essere omologato dal giudice fallimentare e che può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, l'attribuzione delle attività di impresa a un assuntore, la suddivisione dei creditori in classi omogenee e trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse (art. 160 r.d. 16 marzo 1942, n. 267, di seguito anche "l.fall."). A partire dal 2012, si è inoltre prevista la possibilità che il concordato conduca non già alla mera liquidazione del patrimonio dell'impresa, bensì al suo ritorno *in bonis*, attraverso la cosiddetta continuità aziendale. In questo caso, il piano di concordato deve prevedere espressamente anche la prosecuzione dell'attività d'impresa, la cessione dell'azienda in esercizio o il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società (art. 186-bis l.fall.).

Proprio al fine di consentire un'attività il più possibile completa dell'impresa, e in considerazione della maggior sicurezza derivante dall'omologazione di un piano di concordato che attesta la perdurante vitalità della stessa impresa, l'art. 186-bis l.fall. ammette la partecipazione delle imprese in concordato con continuità alle gare pubbliche, in presenza di alcune specifiche condizioni (in argomento, si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Roma-Bologna, 2017, pp. 850-853). In particolare, se l'impresa ha presentato domanda, ma non è stata ancora ammessa al concordato, potrà partecipare soltanto ove sia munita di specifica autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Ove, invece, sia stata già ammessa al concordato, dovrà presentare apposita relazione di conformità al piano e di ragionevole capacità di adempimento predisposta da un esperto e una dichiarazione di altro operatore economico che si impegni a mettere a disposizione le proprie risorse e i propri mezzi nell'evenienza in cui l'impresa in concordato non sia più in grado di

adempiere le proprie obbligazioni. Parallelamente, l'art. 38, co. 1, lett. a) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prima, e l'art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito "codice dei contratti pubblici"), adesso, hanno previsto che siano escluse dalle procedure ad evidenza pubblica le imprese in stato di fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione dei relativi stati.

Per completezza, è bene ricordare che l'impresa in concordato con continuità può partecipare a una procedura di gara anche in raggruppamento temporaneo di imprese, ma potrà assumere esclusivamente la qualifica di mandante, e sempre che le altre imprese componenti il raggruppamento non siano in stato di crisi. La prima limitazione è adesso oggetto di una rimessione alla Corte costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., operata dal Tar Lazio-Roma con ordinanza del 29 ottobre 2018, n. 10398. In particolare, il giudice *a quo* dubita della conformità al principio di ragionevolezza di una disposizione che ammette la partecipazione alle gare pubbliche delle imprese in questione addirittura come concorrenti singoli, ma non come mandatarie di un raggruppamento temporaneo: in quest'ultimo, infatti, le prestazioni contrattuali devono essere eseguite da una pluralità di soggetti di cui la mandataria è la rappresentante e l'esecutrice in via prevalente, ma non assoluta, come avviene invece nel caso della partecipazione *uti singuli*.

È possibile, peraltro, che l'impresa in stato di crisi non presenti contestualmente alla domanda di ammissione al concordato preventivo il relativo piano per ottenere la continuità aziendale, ma che si riservi di produrlo entro un termine fissato dal giudice e compreso fra sessanta e centoventi giorni, eventualmente prorogabile di ulteriori sessanta in presenza di giustificati motivi: è, questa, l'ipotesi del concordato in bianco, prevista dall'art. 161, co. 6, l.fall. e oggetto della pronuncia della Corte di giustizia in esame. L'imprenditore ha altresì la facoltà di depositare nello stesso termine una domanda di accordo di ristrutturazione dei debiti. Ove entro il termine non siano stati presentati né il piano di concordato né tale ultima domanda, il giudice dichiara inammissibile la domanda di concordato e dichiara il fallimento dell'imprenditore.

Come si può notare, la fattispecie in esame appare più controversa e di conclusione meno sicura rispetto a quella del concordato con continuità aziendale: l'unico dato certo che si può ricavare dal ricorso introduttivo è lo stato di crisi dell'impresa, mentre è del tutto ipotetico il buon esito della procedura. Non va dimenticato, inoltre, che l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza del 15 aprile 2010, n. 2155, ha osservato che l'istanza di concordato «*ben può ritenersi confessoria della consapevolezza del proprio stato di dissesto*». Mentre nel caso del fallimento la procedura può essere instaurata anche dai creditori, con un ricorso che potrebbe essere anche puramente strumentale e infondato nel merito, nel caso del concordato preventivo è lo stesso debitore a chiedere l'ammissione alla procedura concorsuale, domanda che, ovviamente, non proporrebbe se non vi fosse un oggettivo stato di crisi d'impresa. Per questo, la procedura concorsuale del concordato preventivo può considerarsi instaurata proprio con il ricorso introduttivo del debitore e non già con un successivo pronunciamento istruttorio del giudice che accerti oggettivamente lo stato di insolvenza dell'impresa, come invece la giurisprudenza richiede nell'ipotesi del fallimento. Ne consegue che, secondo la pronuncia richiamata, il momento a partire dal quale la stazione appaltante deve escludere il concorrente dalle procedure di gara è proprio quello della presentazione del ricorso introduttivo.

Una volta definito in questa maniera il momento introduttivo della procedura, il *punctum dolens* è se l'impresa che ha presentato domanda di concordato in bianco debba essere automaticamente esclusa dalle procedure di gara per il solo fatto di aver depositato il ricorso e, dunque, aver confessato il proprio stato di crisi o se, invece, ogni decisione debba essere rinviata al momento in cui il giudice fallimentare ammette

o non ammette l'impresa al concordato preventivo con continuità aziendale. Su questo punto specifico si è espressa la Corte di giustizia.

Le tesi che si possono sviluppare sono essenzialmente due, ed entrambe sono state autorevolmente sostenute in giurisprudenza e negli atti ufficiali dell'ANAC.

Secondo un primo orientamento, l'impresa che abbia presentato domanda di concordato in bianco ha già reso evidente e dichiarato la propria insolvibilità; inoltre, con il deposito del ricorso si instaura una procedura per l'accertamento dello stato di crisi dell'impresa che rientra a tutti gli effetti fra i "procedimenti in corso" di cui ai testi normativi richiamati; infine, il codice dei contratti pubblici fa espresso riferimento al solo concordato con continuità, senza menzionare in alcun modo il concordato in bianco. Le esigenze di celerità e speditezza dell'azione amministrativa, del resto, contrasterebbero con la definizione di una procedura che potrebbe richiedere un periodo di tempo abbastanza lungo. Dall'assenza di un piano strutturato potrebbe argomentarsi, inoltre, che la capacità di ripresa dell'impresa non sia agevolmente riscontrabile. Tale posizione è stata sostenuta dall'Autorità anticorruzione nella propria determinazione n. 3 del 23 aprile 2014, che si è espressa, in maniera per vero molto sintetica, nel senso dell'esclusione delle imprese fin dal momento del deposito del ricorso introduttivo in bianco. In giurisprudenza, si vedano ad esempio Tar Piemonte, 7 marzo 2019, n. 260, Tar Lazio-Roma, 2 novembre 2017, n. 10965 e Cons. Stato 10 aprile 2017, n. 1677.

Secondo l'orientamento opposto, invece, ogni valutazione dovrebbe essere rinviata al momento conclusivo della prima fase della procedura, vale a dire l'ammissione al concordato con continuità o, al contrario, il rigetto della domanda. Prima di tale momento, infatti, le strade per la presentazione di un piano per ottenere la continuità aziendale sono ancora aperte, sicché precludere alle imprese la partecipazione alle gare pubbliche sulla base della mera eventualità che non accedano al concordato con continuità potrebbe rappresentare una misura eccessiva e troppo rigorosa. Da un punto di vista sistematico, inoltre, l'art. 186-bis ammette la partecipazione delle imprese che abbiano presentato domanda di concordato soltanto ove sia stato sentito il commissario giudiziale, ove nominato. Nel caso di concordato in bianco, tale nomina avviene dopo la presentazione della domanda e prima di ogni ulteriore decisione del giudice, sicché la preclusione della partecipazione alle gare pubbliche potrebbe risultare contraria rispetto alla stessa *voluntas legis*. Nel senso fin qui esposto si pronunciano numerose decisioni del Consiglio di Stato, tra cui la sentenza 3 luglio 2014, n. 3344, 4 dicembre 2015, n. 5519 e 20 marzo 2018, n. 1772, nonché la determinazione n. 5 dell'8 aprile 2015 dell'Anac. Quest'ultima, nel rivedere l'impostazione della determinazione n. 3 del 2014, rileva anche che nel 99% dei casi le domande di ammissione al concordato preventivo sono proposte proprio con riserva di presentare il piano in un secondo momento: tanto significherebbe, a ben vedere, che seguendo la tesi più restrittiva si escluderebbero pressoché tutte le imprese che confessino il proprio stato di crisi, anche qualora la loro situazione complessiva sia tale da consentire loro di accedere al concordato con continuità.

3. - Di fronte ai molteplici dubbi interpretativi che pone la questione, il Consiglio di Stato già con l'ordinanza n. 2737 del 4 giugno 2015 ha effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendo se un simile orientamento fosse o meno compatibile con la direttiva 2004/18/CE, applicabile *ratione temporis* alla vicenda sottoposta al suo esame. Nel caso di specie, dopo la pronuncia di primo grado la società appellante aveva stipulato mediante atto pubblico un contratto di affitto di azienda nel quale dichiarava la propria volontà di accedere alla procedura di concordato preventivo e, successivamente, aveva depositato apposito ricorso per accedervi, riservandosi di presentare apposito piano. In una simile ipotesi, alla luce dell'orientamento più restrittivo – l'ordinanza cita in particolare l'ad. plen. n.

2155/2010, che comunque è stata pronunciata quando ancora gli istituti del concordato con continuità e del concordato in bianco non erano stati introdotti nell'ordinamento – l'impresa non potrebbe aggiudicarsi la gara e, dunque, verrebbe meno in radice il suo interesse a ricorrere. Il Collegio, tuttavia, dubita della compatibilità eurounitaria dell'interpretazione fornita dalla precedente giurisprudenza. Dopo aver ricostruito le disposizioni rilevanti sul concordato in bianco e sul concordato in continuità, e dopo aver affermato la rilevanza della questione ai fini della risoluzione della controversia, il Consiglio di Stato osserva che è necessario rinviare alla Corte di giustizia due specifiche questioni: in primo luogo, se è compatibile con il diritto dell'Unione considerare "procedimento in corso" la procedura avviata dal ricorso introduttivo per accedere al concordato in bianco; in secondo luogo, se la dichiarazione di voler presentare ricorso per ottenere il concordato preventivo, contenuta in un atto pubblico, sia sufficiente per ritenere già in corso una procedura concorsuale e per escludere il concorrente dalle gare pubbliche.

Il rinvio pregiudiziale del 2015 non ha portato a nessun esito perché, in pendenza del giudizio dinanzi alla Corte di giustizia, il giudizio *a quo* si è estinto. La questione, tuttavia, è stata riproposta pressoché negli stessi termini dalla successiva ordinanza del Consiglio di Stato 2 febbraio 2018, n. 686. In particolare, in tale pronuncia il Collegio si sofferma su quanto affermato dall'ad. plen. n. 2155/2010 e dalla determinazione Anac n. 3 del 2014, mentre, curiosamente, nulla dice sulla determinazione n. 5 del 2015, prima richiamata, e sulle ulteriori sentenze che, invece, hanno ammesso le offerte presentate da imprese con domanda di concordato in bianco. Dall'ordinanza emerge un quadro semplificato, che quasi sembrerebbe non tener conto delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali cui si è accennato: tanto, come si vedrà, ha condizionato non poco il pronunciamento finale del giudice europeo.

1712

4. - La Corte di giustizia si è da ultimo pronunciata con la decisione in commento, che ha ribadito i principi di fondo della materia e che ha risolto la questione nel senso della compatibilità dell'esclusione dell'impresa che abbia chiesto l'ammissione al concordato con riserva dalle procedure ad evidenza pubblica.

In primo luogo, la Corte supera un'eccezione di irricevibilità del rinvio per via della pretesa assenza, nell'ordinanza, delle motivazioni che hanno spinto il Consiglio di Stato a effettuare il rinvio. La Corte ripropone i principi consolidati secondo i quali vige una presunzione di rilevanza della questione ai fini della risoluzione della controversia (per un approfondimento sulle cause di irricevibilità dei rinvii pregiudiziali, v. da ultimo C. IANNONE, *Le ordinanze di irricevibilità dei rinvii pregiudiziali dei giudici italiani*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2/2018, pp. 249 ss.). In ogni caso, non può non osservarsi che nell'ordinanza di rinvio sono presenti puntuali riferimenti in ordine alla rilevanza della questione per la risoluzione della controversia ed emergono i profili problematici che hanno indotto il Collegio a sottoporre alla Corte di giustizia il rinvio pregiudiziale.

La Corte entra poi nel vivo della questione. Il punto di partenza dell'analisi è la non vincolatività della direttiva 2004/18/CE, applicabile *ratione temporis*, quanto ai requisiti in ordine allo stato di crisi dell'impresa. Si tratta di considerazioni già svolte per la diversa causa di esclusione relativa ai gravi errori nell'attività professionale e contenute nella sentenza del 14 dicembre 2016 in causa C-171/15, *Connexion Taxi*. La stessa direttiva prevede che tali cause di esclusione siano facoltative per gli Stati membri, e quindi ammette che questi scelgano di non inserirle affatto nei propri ordinamenti, o di inserirle con ulteriori specificazioni, precisazioni o delimitazioni. È quanto ha fatto il legislatore delegato italiano prevedendo, ad esempio, l'eccezione relativa al concordato con continuità aziendale.

Sulla base di tali considerazioni, la decisione della Corte di giustizia appare già necessitata: spettando agli Stati ogni valutazione sul punto, essi sono liberi di delimitare la portata delle previsioni della direttiva in base alle proprie specifiche esigenze. Una simile considerazione avrebbe potuto già costituire un argomento sufficiente per affermare la conformità dell'orientamento giurisprudenziale italiano al disposto della direttiva. Trattandosi di una questione strettamente connessa alle scelte discrezionali dello Stato, il sindacato sul merito di queste ultime non compete alla Corte. L'unico tipo di sindacato che spetta a quest'ultimo è quello, di tipo esterno, sul rispetto delle norme del diritto dell'Unione e dei suoi principi generali, il che si risolve, a ben vedere, in uno scrutinio sulla ragionevolezza delle norme introduttive della causa di esclusione, nelle sue varie declinazioni di proporzionalità, uguaglianza, ecc.

Sulla base di queste premesse, la Corte risponde al quesito sottoposto dal Consiglio di Stato evidenziando in primo luogo che nel concordato in bianco il momento a partire dal quale la procedura concorsuale può intendersi avviata è proprio quello del deposito introduttivo. Quest'ultimo, infatti, è in grado di produrre effetti significativi tanto nei confronti dei creditori, che non possono più aggredire il patrimonio dell'impresa finché non ha termine la procedura, quanto nei confronti del debitore, che non può più compiere atti di straordinaria amministrazione in assenza dell'autorizzazione del giudice. Inoltre, attraverso il ricorso per il concordato in bianco l'impresa riconosce il proprio stato di indebitamento e, così, evidenzia la carenza di una sostanziale affidabilità economica.

Una volta individuato il momento a partire dal quale può ritenersi che la procedura sia in corso e può applicarsi la causa di esclusione prevista dalla direttiva e dal diritto interno, la Corte si sofferma sulle eventuali discriminazioni che potrebbero sussistere nel trattamento del concordato con continuità aziendale e del concordato in bianco, e che potrebbero contrastare con i principi generali del diritto dell'Unione e con la giurisprudenza della stessa Corte.

Il giudice europeo, tuttavia, perviene alla conclusione che la differenziazione fra le due fattispecie è conforme all'ordinamento eurounitario. In primo luogo, il legislatore nazionale può sempre autorizzare l'operatore a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica al ricorrere di determinate condizioni. In secondo luogo, le due situazioni sono intrinsecamente differenti. Le imprese che chiedono fin dall'inizio di accedere al concordato con continuità sono già in grado di provare la loro capacità di affrontare e superare la crisi attraverso un apposito piano di concordato; le imprese che chiedono di accedere al concordato con riserva, invece, si trovano in uno stato di incertezza maggiore, che potrà essere risolto soltanto in un secondo momento. L'affidabilità economica della prima impresa è decisamente maggiore della seconda. In questo senso, pertanto, non vi è lesione del principio di uguaglianza, anzi, l'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato nell'ordinanza di rinvio ne costituisce applicazione, perché tratta in maniera diversa situazioni che sono di per sé differenti. La diversa disciplina costituisce espressione del principio di eguaglianza, in quanto situazioni dissimili sono trattate in maniera dissimile. Pertanto, il diritto dell'Unione non osta a una disciplina nazionale che consenta di escludere un operatore economico che abbia presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva.

5. - Così riassunto il contenuto della sentenza della Corte, uno degli aspetti più interessanti da esaminare è certamente quello degli effetti che sortirà nell'ordinamento italiano. Non può non osservarsi che, nel caso in questione, oggetto del rinvio non è tanto una specifica disposizione, quanto piuttosto un'interpretazione che è stata attribuita dalla giurisprudenza a un complesso di norme. Tra l'altro, il tenore della sentenza, come di consueto, non è nel senso che il diritto dell'Unione imponga una determinata interpretazione del diritto nazionale, quanto piuttosto che

“non osti” a un certo orientamento: in altri termini, la normativa nazionale, così come prospettata dal giudice nazionale nell’ordinanza di rinvio, è conforme al diritto dell’Unione, ma nulla toglie che siano possibili altre normative ugualmente compatibili o, come nel caso in questione, altre interpretazioni delle medesime norme.

La peculiarità della sentenza in esame è che muove da una ricostruzione del panorama normativo interno nella quale sono stati superati alcuni atti che, invece, avrebbero potuto portare a una pronuncia della Corte più articolata e complessa. In particolare, nell’ordinanza di rinvio si richiama la determinazione n. 3 del 2014 dell’Anac, ma non si menziona la successiva determinazione n. 5 del 2015, che rivede l’orientamento espresso nella prima e che fornisce ampie argomentazioni a favore dell’ammissione dell’impresa che abbia domandato il concordato con riserva di presentare il piano. Non sono state tenute in conto neanche le sentenze dello stesso Consiglio di Stato nelle quali si ammette la partecipazione delle imprese che abbiano chiesto il concordato con riserva, purché siano state espressamente autorizzate a ciò dall’autorità giudiziaria. Come si è osservato in precedenza, infatti, tale autorizzazione deve essere preceduta dal parere di un commissario giudiziale che può essere nominato dal giudice anche nella procedura di concordato in bianco, per cui nulla osta a che tale autorizzazione sia resa anche nel corso di tale procedimento. Nel caso in cui vi sia un’autorizzazione giudiziale, dunque, la partecipazione delle imprese alle procedure a evidenza pubblica dovrebbe essere consentita, nonostante e, anzi, al di là della sentenza in commento.

A conclusione dell’iter percorso, inoltre, è necessario rilevare che lo scenario normativo è destinato a cambiare e, anzi, è stato già ampiamente modificato. Il nuovo codice della crisi di impresa e dell’insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che entrerà in vigore a partire dal 15 agosto 2020 e sostituirà l’attuale legge fallimentare, ammette espressamente che le imprese in concordato con riserva partecipino alle gare pubbliche e modifica conseguentemente l’art. 110 del codice dei contratti pubblici stabilendo che, nel periodo intercorrente tra il deposito del ricorso introduttivo e il deposito del decreto di apertura della procedura di concordato, l’impresa è tenuta ad avvalersi dei requisiti e dei mezzi di altro operatore economico *in bonis*. Nelle more dell’entrata in vigore di tali disposizioni, e a maggior ragione alla luce della sentenza della Corte di giustizia in commento, il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. Sblocca-cantieri) ha anticipato l’applicazione delle nuove previsioni ed è intervenuto in maniera decisa sulle norme del codice dei contratti pubblici e della legge fallimentare fin qui esaminate. In seguito alle modifiche apportate - e in attesa della legge di conversione del decreto legge -, l’art. 80, co. 5, lett. b) del codice prevede adesso che siano escluse le società sottoposte a procedure concorsuali, salvo quanto stabilito dall’art. 110 dello stesso codice e dall’art. 186-bis l.fall. Questi ultimi, a loro volta, ammettono ora espressamente che le imprese in stato di crisi che domandino di accedere al concordato con riserva siano equiparate a quelle che chiedano direttamente di essere ammesse al concordato con continuità aziendale. Tale equiparazione, peraltro, non è completa, perché anche in questo caso si prevede che nel periodo compreso tra il deposito del ricorso introduttivo e il deposito del decreto di apertura della procedura di concordato vi sia l’avvalimento dei requisiti e dei mezzi di altro operatore economico solido.

Si potrebbe ritenere che gli interventi normativi richiamati abbiano risolto in via definitiva la questione. Non si può tralasciare, però, che le disposizioni appena richiamate possono essere applicate soltanto alle procedure avviate dopo la loro entrata in vigore, sicché il problema resta attuale per tutte le gare già chiuse ed eventualmente *sub iudice* e per quelle pendenti al momento dell’entrata in vigore del decreto legge (19 aprile 2019). Gli scenari possibili dopo la pronuncia della Corte di giustizia sono tuttora molteplici. Posto che la decisione della Corte non può essere totalmente disattesa, essa può ritenersi certamente applicabile a quei casi in cui le imprese offerenti abbiano presentato domanda di concordato in bianco senza aver

ottenuto alcuna autorizzazione a partecipare a gare pubbliche: in simili ipotesi, il concorrente dovrà essere senz'altro escluso dalla procedura. Meno sicura è la soluzione nel caso in cui vi sia stata espressa autorizzazione da parte del giudice della procedura concorsuale. La Corte di giustizia non ha preso in considerazione questa evenienza, che tuttavia è materialmente possibile e può condurre a conclusioni diverse. La questione potrebbe essere risolta in via interpretativa dai giudici amministrativi, ma potrebbe portare anche a un rinvio all'adunanza plenaria, perché componga il contrasto giurisprudenziale, o a una nuova ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia perché chiarisca la portata della sentenza in commento e fornisca ulteriori elementi per la risoluzione delle controversie.