

## Legittima l'esclusione dalla gara dell'impresa che ha presentato domanda di concordato "in bianco"

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 7-5-2019

1. 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.

### Guida alla lettura

Con la pronuncia in commento la Corte di Giustizia UE, chiamata a pronunciarsi in sede di rinvio pregiudiziale dal Consiglio di Stato, ordinanza 2 febbraio 2018, n. 686, ha chiarito che **non contrasta con il diritto unionale 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), ovvero riservandosi la presentazione di un piano che preveda la prosecuzione dell'attività di impresa (cd. "concordato in bianco).**

Nel dettaglio, nel caso esaminato dalla Corte di giustizia vengono 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”.

Invero va rilevato come **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 legge 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”.

Posto quanto sopra in punto di disciplina legislativa di riferimento, la Corte giunge alla elaborazione della massima riportata sulla base del seguente percorso argomentativo: **il diritto europeo non contempla un’uniformità di applicazione delle cause di esclusione che esso prevede a livello dell’Unione**, ne consegue che è rimesso ai singoli Stati membri il

potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tali disposizioni.

**Lo Stato membro interessato, pertanto, ha il diritto di determinare le condizioni in cui la causa di esclusione facoltativa non si applica, come nel caso di concordato con continuità.**

Si afferma, inoltre, che **appare altrettanto conforme al diritto dell'Unione, in specie al principio di uguaglianza nella procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, la legislazione nazionale che esclude 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.

## **CORTE DI GIUSTIZIA UE Sez. 10<sup>^</sup>, 28/03/2019 Sentenza C-101/18**

### **SENTENZA DELLA CORTE (Decima Sezione)**

**28 marzo 2019**

«Rinvio pregiudiziale - Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi - Direttiva 2004/18/CE - Articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b) - Situazione personale del candidato o dell'offerente - Possibilità per gli Stati membri di escludere la partecipazione all'appalto pubblico di ogni operatore a carico del quale è in corso un procedimento di concordato preventivo - Normativa nazionale che prevede l'esclusione dei soggetti nei confronti dei quali è "in corso" un procedimento per la dichiarazione di concordato preventivo, salvo nel caso in cui il piano di concordato preveda la prosecuzione dell'attività - Operatore che ha presentato un ricorso di concordato preventivo, riservandosi di presentare un piano che prevede la prosecuzione dell'attività»

Nella causa C?101/18,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza dell'11 gennaio 2018, pervenuta in cancelleria il 12 febbraio 2018, nel procedimento

Idi Srl

contro

Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo (Arcadis),

nei confronti di:

Regione Campania,

LA CORTE (Decima Sezione),

composta da C. Lycourgos, presidente di sezione, E. Juhász (relatore) e M. Ilešič, giudici,

avvocato generale: E. Tanchev

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per l'Idi Srl, da L. Lentini, avvocato;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da V. Fedeli e C. Colelli, avvocati dello Stato;
- per la Commissione europea, da G. Gattinara, P. Ondrůšek e L. Haasbeek, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

## Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 45, paragrafo 2, 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 (GU 2004, L 134, pag. 114).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, l'Idi Srl e, dall'altro, l'Agenzia Regionale Campania Difesa Suolo (Arcadis) (Italia), in merito all'esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese (in prosieguo: l'«RTI»), di cui l'Idi era la mandataria, dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 L'articolo 45 della direttiva 2004/18, rubricato «Situazione personale del candidato o dell'offerente», al paragrafo 2, così dispone:

«Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico:

a) 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;

b) 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;

(...)

Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo».

4 La direttiva 2004/18 è stata abrogata e sostituita, con effetto dal 18 aprile 2016, dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65), la quale, tuttavia, non si applica alla controversia di cui al procedimento principale.

5 L'articolo 57 della direttiva 2014/24, rubricato «Motivi di esclusione», al paragrafo 4, prevede quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:

(...)

b) se l'operatore economico 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;

(...)».

Diritto italiano

6 L'articolo 38, comma 1, del decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (supplemento ordinario n. 100 alla GURI, del 2 maggio 2006), nella versione vigente all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale (in prosieguo: il «codice degli appalti»), così dispone:

«Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'art. 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.

(...)».

7 L'articolo 161 del regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267 (GURI n. 81, del 6 aprile 1942, in prosieguo: la «legge fallimentare»), rubricato «Domanda di concordato», così dispone:

«1. La domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore, al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale; il trasferimento della stessa intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso non rileva ai fini della individuazione della competenza.

2. Il debitore deve presentare con il ricorso:

(...)

e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore.

(...)

6. L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. (...) Con decreto motivato che fissa il termine di cui al primo periodo, il tribunale può nominare il commissario giudiziale di cui all'articolo 163, secondo comma, n. 3; si applica l'articolo 170, secondo comma. (...)

7. Dopo il deposito del ricorso (...) il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. (...)».

8 L'articolo 168 della legge fallimentare, rubricato «Effetti della presentazione del ricorso», è così formulato:

«1. Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.

(...)

3. I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato».

9 L'articolo 186 bis della legge fallimentare, rubricato «Concordato con continuità aziendale», così dispone:

«1. 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, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

(...)

4. 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.

5. L'ammissione al 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.

6. Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di

mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso la dichiarazione di cui al quarto comma, lettera b), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento.

(...)».

## Procedimento principale e questioni pregiudiziali

10 Dal fascicolo di cui dispone la Corte risulta che, con bando del 24 luglio 2013, Arcadis ha indetto una gara d'appalto ai fini dell'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 valore stimato di tale appalto di servizi ammontava a EUR 1 028 096,59.

11 Il 14 ottobre 2013 la TEI Srl ha presentato, in quanto mandante dell'RTI, una domanda di partecipazione alla gara indicata al punto precedente.

12 Il 29 aprile 2014 l'appalto pubblico di servizi è stato provvisoriamente aggiudicato all'RTI.

13 Il 18 giugno 2014 la TEI ha adito il Tribunale di Milano (Italia) 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.

14 Con decisione comunicata il 9 dicembre 2014 (in prosieguo: la «decisione di esclusione»), l'Arcadis ha escluso l'RTI dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico. L'Arcadis si è basata, a tal riguardo, sulla circostanza che, conformemente all'articolo 38, comma primo, del codice degli appalti, la presentazione da parte di una società di un ricorso ai fini dell'ammissione al procedimento di concordato preventivo osta alla sua partecipazione a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, tranne nell'ipotesi, distinta da quella del caso di specie, in cui il debitore abbia presentato assieme al ricorso un piano che prevede la prosecuzione dell'attività (concordato in continuità aziendale).

15 Con sentenza del 29 aprile 2015 il Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Italia) ha respinto il ricorso di annullamento proposto dall'Idi avverso la decisione di esclusione. Tale organo giurisdizionale ha considerato che la presentazione da parte della TEI di un ricorso ai fini dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo valeva come confessione da parte di quest'ultima del fatto che essa si trovava in una situazione di crisi, il che giustificava l'esclusione dell'RTI da qualsiasi partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

16 L'Idi ha proposto impugnazione dinanzi al giudice del rinvio, ossia il Consiglio di Stato (Italia).

17 Tale giudice rileva che la decisione di esclusione è conforme alla sua giurisprudenza.

18 Secondo tale giurisprudenza, un operatore economico che ha presentato un ricorso al fine di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo può partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici solo nel caso in cui sia stato ammesso al concordato preventivo in continuità aziendale, previsto dall'articolo 186 bis della legge fallimentare, o nel caso in cui, avendo chiesto di essere ammesso a tale ultima procedura, sia stato autorizzato dal giudice competente a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

19 Invece, sempre secondo tale giurisprudenza, è escluso dalle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici ogni operatore il cui ricorso al fine di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo non è accompagnato da un piano che prevede espressamente la prosecuzione dell'attività d'impresa. Infatti, in una situazione del genere, detta di «concordato in bianco», l'assenza di un piano siffatto costituisce la confessione da parte dell'operatore delle difficoltà economiche che affronta.

20 Il giudice del rinvio aggiunge che il «concordato in bianco», che è un concordato preventivo «con riserva», ai sensi dell'articolo 161, comma sesto, della legge fallimentare, consente, da un lato, di «congelare» temporaneamente (in genere da 30 a 120 giorni) le istanze fallimentari presentate dai creditori e, dall'altro, di consentire al ricorrente di scegliere tra la presentazione di un piano di concordato o la presentazione di un accordo di ristrutturazione aziendale, al fine di rinviare una siffatta scelta all'esito di una rinegoziazione con la massa dei creditori.

21 Tale giudice esprime tuttavia perplessità quanto alla conformità di una siffatta giurisprudenza all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere a) e b), della direttiva 2004/18.

22 A tal riguardo, esso sottolinea che, qualora l'apertura di una procedura d'insolvenza sia chiesta dai creditori, una siffatta procedura si considera «aperta» solo dopo che il giudice competente ha accertato lo stato d'insolvenza del debitore. Invece, qualora un operatore economico chieda l'ammissione a un «concordato in bianco», si ritiene che la procedura sia «aperta» a partire dalla presentazione del ricorso.

23 Il giudice del rinvio si chiede pertanto se l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere a) e b), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che esso include la situazione di un operatore economico, come quello di cui al procedimento principale, che ha presentato un ricorso al fine di essere ammesso al procedimento di «concordato in bianco».

24 Alla luce di tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se sia compatibile con l'articolo 45, [paragrafo] 2, [primo comma] lett. a) e b) della [d]irettiva 2004/18 (...), considerare "procedimento in corso" la mera istanza, presentata all'Organo giudiziario competente, di concordato preventivo da parte del debitore;

2) se sia compatibile con la predetta normativa [dell'Unione europea], 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 [dell'Unione] (art. 45 [della direttiva 2004/18]) e nazionale (art. 38 [del codice degli appalti]) citate».

Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali

25 Il governo italiano si interroga sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale.

26 Innanzitutto, il governo italiano osserva che il Consiglio di Stato si è limitato, nell'ordinanza di rinvio, a rammentare il tenore della sua giurisprudenza relativa agli effetti di una domanda di «concordato in bianco» sulle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici nonché a riportare le disposizioni dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere a) e b), della direttiva 2004/18, senza esporre i motivi per i quali tale organo giurisdizionale dubita della conformità della normativa nazionale a tale articolo 45.

27 Il governo italiano sostiene poi che le questioni sollevate dal Consiglio di Stato sono ipotetiche. A tal riguardo, esso afferma che 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. Ciò implica che «[la] causa di esclusione [a una siffatta partecipazione] sussiste a prescindere (...) [da] momento a partire dal quale può considerarsi “in corso” la procedura concorsuale».

28 A tale riguardo occorre rilevare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che egli individua sotto la propria responsabilità, del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono di una presunzione di rilevanza. Il diniego della Corte di statuire su una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto dell'Unione non presenta alcun nesso con la realtà o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte, il che implica che il giudice nazionale definisca il contesto di fatto e di diritto nel quale si collocano le questioni da esso sollevate o che esso, quanto meno, chiarisca le ipotesi di fatto sulle quali tali questioni si fondano (sentenze del 21 settembre 2016, *Etablissements Fr. Colruyt*, C-221/15, EU:C:2016:704, punto 14, nonché del 31 maggio 2018, *Zheng*, C-190/17, EU:C:2018:357, punto 48 e giurisprudenza ivi citata).

29 Nel caso di specie, e come confermano le osservazioni sviluppate dal governo italiano per quanto riguarda la risposta che deve essere fornita alle questioni pregiudiziali, gli elementi di fatto e di diritto menzionati nell'ordinanza di rinvio consentono di comprendere i motivi per i quali il giudice del rinvio ha interpellato la Corte a tal riguardo.

30 Inoltre, per quanto attiene al carattere asseritamente ipotetico delle questioni sollevate,

occorre constatare che la legittimità della decisione di esclusione di cui al procedimento principale dipende necessariamente dalla risposta alla questione sollevata. Infatti, attraverso quest'ultima, il giudice del rinvio si chiede se l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettere a) e b) della direttiva 2004/18, che riconosce agli Stati membri la facoltà di escludere dalla partecipazione agli appalti pubblici gli operatori in stato di concordato preventivo o a carico dei quali è in corso un procedimento di concordato preventivo, includa la situazione di una società che ha presentato un ricorso ai fini di essere ammessa al «concordato in bianco». Orbene, dagli elementi contenuti nell'ordinanza di rinvio emerge che l'RTI è stato escluso in quanto, precisamente, la TEI versava in una siffatta situazione.

31 Ne consegue che le questioni pregiudiziali sono ricevibili.

Sulle questioni pregiudiziali

32 In via preliminare, occorre rilevare che il giudice del rinvio si riferisce, nella formulazione delle sue questioni, sia all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera a), sia all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18.

33 Poiché l'esclusione di un operatore economico dalle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici può rientrare solo nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera a), o nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18, si deve ritenere che, tenuto conto delle circostanze che caratterizzano la causa di cui al procedimento principale, solo l'ultima di tali disposizioni sia pertinente.

34 In tali circostanze, con le sue 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 prevede la prosecuzione dell'attività.

35 Conformemente alla giurisprudenza della Corte, 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, che fanno riferimento all'integralità professionale, alla solvibilità e all'affidabilità degli offerenti in una gara d'appalto, come testimonia l'espressione «[p]uò essere escluso dalla partecipazione all'appalto», che compare al principio di tale disposizione (sentenza del 14 dicembre 2016, Connexion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, punto 28).

36 L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva in parola consente, più precisamente, 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.

37 Ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva in parola, gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di applicazione di tale paragrafo. Ne consegue che le nozioni di cui all'articolo 45, paragrafo 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 (v., in tal senso, sentenza del 4 maggio 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, punto 74 e giurisprudenza ivi citata).

38 Nel caso di specie, come emerge dalla legislazione nazionale, in particolare dall'articolo 168 della legge fallimentare, la presentazione di un ricorso al fine di essere ammesso al concordato preventivo ha segnatamente 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.

39 Pertanto, la presentazione di un siffatto ricorso produce effetti giuridici sui diritti e sugli obblighi sia del ricorrente sia dei creditori. 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.

40 Tale conclusione è altresì giustificata dalla situazione economica e finanziaria del richiedente. Infatti, 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. Orbene, come precisato al punto 35 della presente sentenza, la causa di esclusione facoltativa di cui all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18 mira precisamente a garantire all'amministrazione aggiudicatrice che contrarrà con un operatore economico che dispone di un'affidabilità economica sufficiente.

41 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.

42 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 non è idonea a modificare tale constatazione.

43 Certamente, dall'ordinanza di rinvio emerge che 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.

44 Tuttavia, tale diverso trattamento non è in contrasto con la giurisprudenza della Corte.

45 Infatti, la Corte ha già giudicato che l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 non contempla un'uniformità di applicazione delle cause di esclusione che esso prevede a livello dell'Unione, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto tali cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tale disposizione (sentenza del 14 dicembre 2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).

46 In tal caso, lo Stato membro interessato ha altresì il diritto di determinare le condizioni in cui la causa di esclusione facoltativa non si applica (v., in tal senso, sentenza del 20 dicembre 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato*, C-178/16, EU:C:2017:1000, punto 41).

47 In effetti, come sottolineato dal governo italiano, il fatto che a carico di un operatore economico sia in corso un procedimento di concordato preventivo, ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18, non impedisce peraltro alla legislazione nazionale pertinente di autorizzare tale operatore economico a partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, secondo le condizioni definite da tale legislazione.

48 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.

49 Inoltre, la situazione in cui detto operatore non s'impegna già, alla data in cui la decisione di esclusione è adottata, a procedere al concordato preventivo al fine di proseguire la sua attività non è paragonabile, con riguardo alla sua affidabilità economica, alla situazione di un operatore economico che s'impegna a tale data a proseguire la propria attività economica.

50 Tenuto conto di tutto quanto precede si deve rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18 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.

Sulle spese

51 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Decima Sezione) dichiara:

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.

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 28 marzo 2019.