

Il (difficile) rapporto tra procedure concorsuali e contratti pubblici

(di Luigi Carvelli)

* * *

1. Premessa
2. Il fallimento e i rapporti giuridici preesistenti secondo la disciplina della legge fallimentare
3. Fallimento e contratti pubblici: *intuitus personae* e divieto di cessione o sostituzione
4. Il Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: la fase di partecipazione alla gara; il fallimento dell'appaltatore nella fase esecutiva; il fallimento della mandataria o della mandante nell'associazione temporanea d'impresa
5. Concordato preventivo con continuità aziendale e contratti pubblici
6. I criteri interpretativi forniti dall'Autorità nazionale anticorruzione in tema di concordato preventivo
7. Fallimento ed esercizio provvisorio dell'impresa
8. Fallimento e affitto d'azienda
9. Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese in crisi e contratti pubblici
10. Lo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali elaborato dalla Commissione Rordorf
11. Le Direttive europee 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE in materia di appalti e concessioni in materia di appalti e concessioni
12. Il Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture
13. Considerazioni conclusive

* * *

1. Premessa

1.1.

Il rapporto tra procedure concorsuali e contratti pubblici pone questioni molto delicate.

Da un lato, l'esigenza del committente pubblico di affidarsi ad un appaltatore qualificato e che offra le massime garanzie, sia tecniche che economico-finanziarie; dall'altro, l'esigenza di consentire al curatore fallimentare o all'imprenditore sottoposto a concordato preventivo la prosecuzione dell'attività, inscindibilmente legata anche alla manutenzione dei contratti, ivi compresi quelli pubblici.

Trovare un punto d'equilibrio tra le esigenze qui solo accennate è un compito assai arduo per il Legislatore.

La trattazione del tema suggerisce di muovere dalla disciplina del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (anche l.f.), dando conto delle linee evolutive che, soprattutto nell'ultimo decennio, hanno profondamente inciso sulla disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali in generale.

Sarà poi esaminato più da vicino il rapporto tra fallimento e contratti pubblici, per giungere così alle recentissime novità legislative.

* * *

2. Il fallimento e i rapporti giuridici preesistenti secondo la disciplina della legge fallimentare

2.1.

L'art. 72 l. f. stabilisce il principio generale della sospensione dell'esecuzione di tutti i contratti pendenti alla data della dichiarazione del fallimento e attribuisce al curatore il potere di sciogliersi o subentrare nel contratto sospeso.

Il quarto comma dell'art. 72 l. f. disciplina gli effetti dello scioglimento del contratto ad opera del curatore, prevedendo che *“il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno”*.

La norma si riferisce a tutti i contratti di scambio pendenti alla data della dichiarazione di fallimento e trova applicazione quindi nei confronti di tutti quei tipi contrattuali non espressamente disciplinati nella legge fallimentare: la giurisprudenza prevalente interpreta infatti l'art. 72 l. f. alla stregua di una norma di carattere generale, applicabile quindi anche ai tipi contrattuali non espressamente disciplinati e con esclusione dell'applicazione analogica di disposizioni reputate idonee a disciplinare solo ed esclusivamente gli istituti in esse espressamente previsti e tipizzati (1).

(1) Cass. Sez. I, 9 aprile 2003, n. 55521

La norma esprime una chiara presa di posizione della legge nel senso di un *favor* per l'assegnazione della possibilità di scelta al curatore, accentuato dalla previsione secondo cui *“sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento”* (art. 72, V° comma. l.f.).

2.2.

Tra i tipi contrattuali disciplinati dalla l. f., figura il contratto d'appalto.

L'art. 81 l.f. stabilisce che *“il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie. Nel caso di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della **qualità soggettiva** è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto. Sono salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche”*.

* * *

3. Fallimento e contratti pubblici: *intuitus personae* e divieto di cessione o sostituzione

3.1.

In materia di contratti pubblici, l'orientamento tradizionalmente condiviso sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza considera che il contratto di appalto di opere pubbliche si scioglie *ope legis* per effetto del fallimento dell'appaltatore (2).

Sotto la vigenza del Capitolato generale degli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei lavori pubblici, R. d. n. 350 del 1895, l'appaltatore, all'atto della stipulazione del contratto, doveva indicare un supplente, il quale, in caso di fallimento, sarebbe potuto subentrare quale obbligato principale nel rapporto con l'Amministrazione.

La norma faceva comunque salva la facoltà per l'Amministrazione di non proseguire il rapporto, rimanendo obbligata a pagare l'imprenditore per la parte di lavoro correttamente eseguita, senza obbligo di versare ulteriori indennizzi.

(2) Tribunale Roma, 19 aprile 2002, in *Giur. romana* 2003, 76; in senso conforme Tribunale Treviso, 3 giugno 1999 in *Foro Padano* 2000

Il d.P.R. n. 554 del 1999, di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici n. 109 del 109 del 1994 (c.d. legge Merloni), ha abrogato il R.d. n. 350 del 1895, senza tuttavia disporre alcunché riguardo alla nomina obbligatoria del supplente.

Sul punto, l'art. 10, comma 1-ter, della legge Merloni, stabiliva che le amministrazioni appaltanti, in caso di fallimento o di risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'appaltatore, potevano riservarsi nel bando la facoltà di interpellare il secondo classificato al fine di stipulare un nuovo contratto alle medesime condizioni economiche già proposte in sede di offerta e, in caso di fallimento del secondo classificato, la possibilità di interpellare il terzo classificato.

In conclusione, sotto la vigenza della legge Merloni il fallimento dell'appaltatore di opere pubbliche determinava lo scioglimento del contratto di appalto pubblico, mentre restava salva per l'amministrazione appaltante la possibilità, laddove originariamente prevista, di interpellare il secondo (ed eventualmente il terzo) classificato per la stipula di un nuovo contratto, finalizzato al completamento dei lavori.

3.2.

La disciplina appena riportata si spiega da parte della dottrina e della giurisprudenza con la natura del contratto di appalto di opere pubbliche che, fondato sull'*intuitus personae*, conduce ad escludere la facoltà di subentro nel rapporto da parte del curatore: a fronte del fallimento dell'appaltatore di opere pubbliche, l'intrasmissibilità del rapporto contrattuale non era motivata dall'assenza, in capo al curatore, delle capacità tecniche ed economiche già accertate nell'appaltatore, quanto, piuttosto, dalla natura dell'*intuitus personae* riconosciuta all'appalto pubblico e, conseguentemente, dall'applicazione del secondo comma dell'art. 81 l. f. (testo previgente), a mente del quale, "*la prosecuzione del rapporto non è consentita nel caso di fallimento dell'appaltatore, quando la considerazione della sua persona è stato un motivo determinante del contratto*" (3).

(3) Tribunale Roma, 14 maggio 2000: "*nel contratto di appalto di opere pubbliche la prosecuzione del rapporto non è consentita in caso di fallimento dell'appaltatore sia perché trattasi di contratto "intuitus personae", in cui costituisce motivo determinante la persona dell'appaltatore, sia perché il sub-ingresso del curatore è generalmente vietato dalla legge*"; v. anche Consiglio di Stato, sez. per gli atti normativi, 22 gennaio 2008, n. 4575/07: "*Per tutti i pubblici appalti (siano essi di lavori, servizi, e forniture), sia se stipulati con impresa singola che con raggruppamento di imprese, in caso di fallimento dell'appaltatore il rapporto contrattuale non può proseguire con il fallito (ancorché il giudice fallimentare abbia autorizzato l'esercizio provvisorio dell'impresa), ritenendosi che l'appalto pubblico sia connotato dall'intuitu personae, con conseguente inapplicabilità dell'art. 81, 1° comma, l.fall., per incompatibilità con la disciplina sugli appalti pubblici di cui all'art. 37, 18° comma, d.leg. n. 163 del 2006 (c.d. codice appalti pubblici).*"

La natura personale dell'appalto di opere pubbliche e il conseguente divieto di subentro da parte del curatore trovava un ancoraggio normativo nell'art. 18, comma 2, L. 19 marzo 1990 n. 55 (4), che imponeva all'appaltatore di eseguire personalmente i lavori e vietava cessioni o sostituzioni di qualunque tipo e a qualunque titolo: principio espresso nell'art. 118 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il quale stabilisce che *"I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice sono tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto, a pena di nullità, salvo quanto previsto nell'articolo 116"* (5), e nel D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale nell'art. 105 stabilisce che *"i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice di norma eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità. E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo"*.

* * *

4. Il Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: la fase di partecipazione alla gara; il fallimento dell'appaltatore nella fase esecutiva; il fallimento della mandataria o della mandante nell'associazione temporanea d'impresa

4.1.

Lo scenario sinora descritto non ha conosciuto mutamenti sostanziali con l'entrata in vigore del Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (anche il vecchio Codice), il quale, all'art. 38 (Requisiti di ordine generale), prevedeva che *"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'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 ..."*.

(4) T.a.r. Sicilia, sez. Catania, 4 settembre 1997, n. 1692: *"Il divieto di cessione del contratto di appalto pubblico sancito dall'art. 18, 2° comma, l. n. 55 del 1990 (nel testo emendato dall'art. 22 l. 12 luglio 1991 n. 203) non ha natura eccezionale e si applica anche al regime dei contratti di appalto conseguente alla cessione di azienda o di ramo di azienda"*.

(5) L'art. 116 del Codice regola i casi di cessioni di azienda nonché degli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ai soggetti esecutori di contratti pubblici.

L'art. 140 del vecchio Codice stabiliva che *“1. Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell'appaltatore o di liquidazione coatta e concordato preventivo dello stesso o di risoluzione del contratto ai sensi degli articoli 135 e 136, potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente, escluso l'originario aggiudicatario”* (6).

La possibilità per il Committente di stipulare un nuovo contratto per il completamento dei lavori in caso di fallimento dell'appaltatore presuppone evidentemente lo scioglimento del (primo) contratto a causa del fallimento.

L'art. 37 (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti), al comma 18 stabiliva che *“in caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto”*; al comma 19 stabilisce che *“In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”*.

4.2.

Riepilogando, secondo la disciplina del vecchio Codice:

(6) L'art. 135 del Codice dei contratti pubblici regola la risoluzione del contratto per reati accertati e per revoca dell'attestazione di qualificazione; l'art. 136 la risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo

- ai soggetti che si trovavano in stato di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa e di concordato preventivo (tranne il caso dell'art. 186 *bis* l.f.), era preclusa la possibilità di partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, di essere affidatari di subappalti e di stipulare i relativi contratti;
- il fallimento, la liquidazione coatta e il concordato preventivo dell'appaltatore nella fase esecutiva dell'appalto implicava lo scioglimento del contratto, con la possibilità per il committente di stipulare un nuovo contratto per il completamento dei lavori con uno dei soggetti che avevano partecipato all'originaria procedura di gara;
- in caso di fallimento del mandatario di un'associazione temporanea di imprese (ATI), la stazione appaltante poteva proseguire l'appalto con altro soggetto che, avendo i prescritti requisiti, si fosse costituito mandatario; in caso contrario, il committente avrebbe potuto recedere dall'appalto;
- in caso di fallimento di uno dei mandanti, il mandatario era tenuto ad indicare altro operatore che fosse subentrato al fallito o, in caso contrario, era tenuto (il mandatario) alla esecuzione diretta o a mezzo degli altri mandanti.

* * *

5. Concordato preventivo con continuità aziendale e contratti pubblici

5.1.

Come anticipato, l'art. 38 del vecchio Codice (7) faceva salva l'ipotesi di concordato con continuità aziendale (art. 186 *bis* l. f.), in ordine al quale appare opportuno qualche brevissimo cenno.

Prima della riforma alla legge fallimentare intervenuta nel 2006, si è molto discusso sulla differenza tra stato di crisi, quale presupposto oggettivo del concordato preventivo (art. 160 *bis* l.f.), e stato d'insolvenza, quale presupposto oggettivo del fallimento (art. 5 l. f.).

Da parte di alcuni si reputava che il discrimine risiedesse essenzialmente nella non irreversibilità della capacità di adempiere: seguendo questa via, per stato di crisi s'intenderebbe uno stato non così grave da rendere irreversibile l'incapacità dell'imprenditore ad adempiere alle proprie obbligazioni con mezzi regolari (8).

(7) Così come l'art. 80 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50..

(8) G. Racugno, *gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.* 2009, I, 897.

Il legislatore del 2006 ha modificato l'art. 160 l.f., aggiungendo un ultimo comma nel quale è precisato che lo stato d'insolvenza costituisce un'ipotesi dello stato di crisi (*"ai fini di cui al primo comma (n.d.r., dell'art. 160 l.f.) per stato di crisi si intende anche lo stato d'insolvenza"*) (9).

Lo stato di crisi comprende così un'area molto vasta, delimitata, da un lato, dall'insolvenza vera e propria, per estendersi, lungo un progressivo percorso di minor gravità, attraverso lo stato di squilibrio finanziario, destinato a degenerare nell'insolvenza, sino alle ipotesi di difficoltà finanziarie temporanee, per le quali l'esito dell'impossibilità irreversibile di adempiere è solo eventuale .

5.2.

Svolta qualche rapida precisazione sullo "stato di crisi", torniamo all'art. 186 *bis* della l. f. (Concordato con continuità aziendale, modificato con D.L. 22 giugno 2012, n. 83, L. di conversione 7 agosto 2012, n. 134, nonché dal D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, L. di conversione 21 febbraio 2014, n. 9), che si applica alle ipotesi di concordati i cui piani prevedano *"la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in uno o più società, anche di nuova costituzione"*, facendo salva la possibilità di liquidare i beni non funzionali all'esercizio della medesima.

Il piano deve presentare l'indicazione analitica dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, le risorse finanziarie necessarie e le relative modalità del loro reperimento.

Nel concordato è possibile prevedere una dilazione di pagamento per i creditori assistiti da privilegio, pegno o ipoteca, fino ad un anno dall'omologazione, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

5.3.

Tra gli effetti del concordato con continuità aziendale, l'art. 186 *bis* l. f. prevede che, durante la prosecuzione dell'attività d'impresa, i contratti in corso di esecuzione alla data del deposito del ricorso, **anche stipulati con le Pubbliche Amministrazioni**, non si risolvano per effetto dell'apertura della procedura.

(9) A questa conclusione era tuttavia pervenuta la giurisprudenza: v. Tribunale Mantova, 25 agosto 2005.

La concreta operatività della disposizione è garantita dalla successiva prescrizione di **inefficacia degli eventuali patti contrari**, che prevedano la risoluzione del contratto in caso di ammissione di uno dei contraenti ad un concordato in continuità.

La continuazione dei contratti pubblici da parte dell'impresa ammessa al concordato ai sensi dell'art. 186 *bis* l. f. è **consentita a condizione che il professionista designato dal debitore, di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento dei contratti stessi** (10).

L'art. 186 *bis*, rinviando all'art. 169 *bis* l. f., riconosce tuttavia al debitore la facoltà di chiedere al tribunale o al giudice delegato, in seguito all'ammissione al concordato, di essere autorizzato a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso o alla sospensione degli stessi, ma per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta.

In queste ipotesi è riconosciuto al contraente il diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento.

In definitiva, in caso di concordato con continuità è prevista la normale prosecuzione dei contratti in corso, salva la possibilità per il debitore di sciogliersi dai contratti che non siano coerenti con la continuità aziendale.

5.4.

Da quanto sinora rilevato, è chiaro che il concordato con continuità aziendale è compatibile per espressa previsione normativa con la "continuazione" dei contratti pubblici.

L'ammissione dell'impresa alla procedura di concordato con continuità aziendale non preclude, inoltre, alla partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici e all'aggiudicazione dei relativi contratti, benché, a seguito della riforma recata dalla L. n. 9 del 2014, successivamente al

(10) L'art. 67, comma terzo, lettera d) individua quale professionista idoneo alla redazione del parere di conformità il "*professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo*".

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 (solo) il tribunale.

La partecipazione è tuttavia subordinata alla presenza di due requisiti necessari:

- la relazione di un professionista, che abbia i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) - professionista iscritto nel registro dei revisori legali ecc. - che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;
- la dichiarazione di altro operatore munito dei requisiti di carattere generale, capacità tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si impegni *“nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto medesimo e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto”*, o comunque quando non sia per qualsiasi altra ragione in grado di procedere alla regolare esecuzione dell'appalto.

Soggiunge l'art. 186 bis l.f. che *“si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”*, ossia l'istituto dell'avvalimento.

Senza troppo indugiare sull'avvalimento, basterà segnalare che consiste, in estrema sintesi, nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti oggettivi necessari per partecipare ad una procedura di gara *“avvalendosi della capacità di altri soggetti”* (art. 49 vecchio Codice, art. 89 Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

Nel caso di concordato preventivo con continuità aziendale è previsto un *quid pluris* rispetto all'avvalimento, dato dall'espressa dichiarazione, da parte di un altro operatore, (anche) di subentrare all'impresa ausiliata ove questa fallisca nel corso della gara o non sia in grado di dare esecuzione al contratto.

L'impresa ammessa al concordato potrà, infine, alle medesime condizioni, concorrere a gare per l'aggiudicazione di contratti pubblici anche riunita in associazione temporanea di impresa, purché non rivesta la qualità di mandataria e le altre imprese non siano assoggettate a una procedura concorsuale.

5.5.

Come già riferito – ma gioverà ribadirlo - in coordinamento con la disciplina del concordato con continuità aziendale prevista nella legge fallimentare, il citato art. 38, comma 1, del vecchio Codice, prevedeva l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nonché di subappalti, dei soggetti in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, faceva *“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”*.

* * *

6. I criteri interpretativi forniti dall'Autorità nazionale anticorruzione in tema di concordato preventivo

6.1.

L'Autorità nazionale anticorruzione (anche ANAC), con una prima Determinazione (n. 3 del 23 aprile 2014), ha fornito un'interpretazione dell'art. 38 del vecchio Codice secondo la quale, nell'ipotesi di domanda di concordato c.d. in bianco (contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi **con riserva di presentare la proposta, il piano** e la documentazione ivi prevista; art. 161, comma 6, l.f.) si verificherebbe una causa ostativa per la qualificazione nonché presupposto per la soggezione dell'impresa al procedimento *ex art. 40, c. 9-ter* del vecchio Codice (decadenza dell'attestazione) per perdita del corrispondente requisito.

L'ANAC è tornata sulla questione con Determinazione n. 5 del 1°8 aprile 2015, nella quale ha precisato che *“laddove sia stata presentata domanda ‘in bianco’ con riserva espressa di produrre un piano recante proposta di prosecuzione dell'attività d'impresa, deve ritenersi che quest'ultima non costituisca ... causa di risoluzione del contratto in quanto, non viene meno – durante la pendenza del termine per la presentazione del piano – il requisito di qualificazione che è necessario anche per l'esecuzione del contratto, come si evince dalla formulazione dell'art. 60, comma 2 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207”*. Poste queste precisazioni, l'ANAC ha modificato la precedente Determinazione n. 3 del 2014 *“al fine di evitare che le imprese in crisi si vedano preclusa la possibilità della continuità aziendale proprio nel momento in cui preannunciano la presentazione del relativo piano”*.

* * *

7. Fallimento ed esercizio provvisorio dell'impresa

7.1.

Nella sua formulazione originaria, la l. f. non era concepita come una legge liberale, mirando alla eliminazione dell'imprenditore insolvente dal mercato in funzione della tutela del ceto creditorio (11).

La legge fallimentare era essenzialmente improntata alla tutela di un'unica categoria di soggetti: i creditori, i quali venivano collettivamente tutelati secondo il principio della *par condicio*. La legge si muoveva dunque nella prospettiva della tutela di interessi privatistici ed in un'unica direzione, mentre non considerava interessi pubblici di natura sociale ed economica, che pure possono risultare coinvolti in conseguenza dell'insolvenza dell'imprenditore.

Il Legislatore del '42 riconosceva alle imprese insolventi la possibilità di accedere a procedure concorsuali di carattere strettamente liquidatorio, precludendo all'imprenditore di proporre una soluzione dell'insolvenza che non passasse attraverso la liquidazione dell'impresa; e limitava la possibilità di una liquidazione che passasse attraverso l'esercizio provvisorio dell'impresa.

Il legislatore del 2006, in attuazione della legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali, ha rivisitato la disciplina della liquidazione dell'attivo nel fallimento, tentando di ridurre al minimo i rischi di dispersione dei valori aziendali, col chiaro fine di tutelare i creditori, ma anche i portatori di ulteriori interessi che gravitano nell'orbita dell'impresa dichiarata insolvente.

Col D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, il capo VI, del titolo II, della l. f. (artt. 104-109 l.f.), cambia rubrica che passa da *“della liquidazione dell'attivo”* a *“dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo”*.

L'esercizio provvisorio viene così inserito nel contesto della liquidazione dell'attivo e non più, come in passato, all'interno del capo dedicato alla custodia e all'amministrazione delle attività fallimentari.

La modifica operata dal legislatore delegato è tesa ad offrire una nuova interpretazione dell'esecuzione forzata collettiva. L'intera materia è stata riformulata, come chiarito dalla relazione al decreto legislativo, *“tenendo conto delle prassi virtuose poste in essere dai tribunali più attenti che da tempo adottano soluzioni liquidatorie che privilegiano la duttilità e la rapidità delle operazioni di cessione,*

(11) Cfr. FABIANI, *Riforma delle procedure concorsuali. Presentazione*, in *Fallimento*, 2004, n. 8, Supplemento, pag. 3.

cercando di superare le farraginose e poco efficienti norme sulle vendite, modellate sul sistema delle esecuzioni coattive individuali.”

7.2.

Inoltre, nel nuovo art. 104-ter l. f., modificato anche col D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito dalla Legge 6 agosto 2015, n. 132, è previsto che entro 60 giorni dalla redazione dell’inventario, e in ogni caso non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento, il curatore predisponga un **programma di liquidazione** che, previo parere vincolante del comitato dei creditori, dovrà essere sottoposto al giudice delegato per l’approvazione.

La riforma del 2015 ha aggiunto che:

- *“il mancato rispetto di tale termine senza giustificato motivo è giusta causa di revoca del curatore”;*
- *che nel programma deve essere specificato “il termine entro il quale sarà completata la liquidazione dell’attivo”: termine che non “può eccedere due anni dal deposito della sentenza di fallimento. Nel caso in cui, limitatamente a determinati cespiti dell’attivo, il curatore ritenga necessario un termine maggiore, egli è tenuto a motivare specificamente in ordine alle ragioni che giustificano tale maggior termine”.*

Il programma di liquidazione assolve alla funzione di prevedere una strategia unitaria per le vicende liquidatorie così da *“evitare, per quanto possibile, i rischi irrazionali di disgregazione”* (12).

Il programma di liquidazione rappresenta così la proposta di realizzazione dell’attivo riconducibile ad un quadro unitario, ed in quest’ottica, le indicazioni che il programma deve fornire riguardano (art. 104-ter, comma 2, lett. a, l.f.) **l’opportunità di disporre l’esercizio provvisorio dell’impresa, o di singoli rami di azienda (art. 104 l.f.), o l’opportunità di autorizzare l’affitto dell’azienda o di suoi rami (art. 104-bis l.f.) e le possibilità di cessione unitaria dell’azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco:** indicazioni volte ad evitare la dispersione dei valori aziendali o, per dirla in altra forma, lo smembramento dei beni che compongono l’azienda.

(12) V. relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante *“la riforma organica delle procedure concorsuali”*, Capo VII.

Sia pur accomunati nell'obiettivo, l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda differiscono su un piano sostanziale: il primo è caratterizzato dalla prosecuzione dell'attività di impresa sotto la responsabilità del curatore e con oneri gravanti sulla procedura; il secondo affida l'attività di impresa (e i rischi che le ineriscono) ad un soggetto terzo e senza alcun onere per la procedura.

E' evidente che in entrambi i casi l'esercizio dell'impresa debba essere circondato da opportune cautele, volte a limitare al massimo i rischi che potrebbero discenderne per i creditori.

7.3.

A prescindere dalla modalità adottata, affinché sia possibile disporre l'esercizio provvisorio è necessario che ricorra il presupposto di un danno "grave" (e non più anche "irreparabile"; v. art. 104 l.f.).

Il danno non deve necessariamente incombere sui creditori, ma, anche in linea con la concezione di impresa come luogo in cui convergono molteplici e differenti interessi, può essere riferito genericamente all'attività imprenditoriale considerata in tutte le sue manifestazioni.

In altri termini, mentre il precedente art. 90 l. fall., dedicato all'esercizio provvisorio, era connotato da una finalità di esclusiva tutela degli interessi dei creditori (l'esercizio provvisorio doveva tendere ad evitare un "danno grave ed irreparabile" ai creditori), la riforma, anche sulla scorta della meritoria opera della prassi giurisprudenziale, opera nel senso di consentire la salvaguardia del complesso organizzato di beni e persone evitando dispersioni di ricchezza, ovviamente purché questo operato sia compatibile col miglior soddisfacimento dei creditori "... *l'istituto [dell'esercizio provvisorio n.d.r.], a differenza di quanto previsto dall'art. 90 del regio decreto del 1942, risponde non più al solo interesse privatistico di consentire un migliore risultato dalla liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa ceduta nella sua integrità o in parte*" (13).

* * *

8. Fallimento e affitto d'azienda

8.1.

Come anticipato, la finalità assolta dall'affitto d'azienda ricalca quella perseguita con lo strumento dell'esercizio provvisorio "diretto" da parte del curatore: anche nel caso di affitto dell'azienda

(13) Abete, *Il novello "esercizio provvisorio": brevi notazioni*, *Dir. fall.*, 2006, I, 665.

appartenente all'imprenditore dichiarato insolvente, si tende ad assicurare la conservazione del patrimonio in vista di una futura cessione unitaria dell'azienda, senza perciò ricorrere allo smembramento dei suoi singoli elementi.

Vengono per questa via recuperate quelle componenti di impresa, che vanno dall'avviamento, alla forza lavoro, al mantenimento dei rapporti contrattuali: componenti che non troverebbero alcuna forma di tutela e valorizzazione nella liquidazione *tout court*. Il curatore può presentare la proposta di autorizzazione all'affitto d'azienda con il programma di liquidazione *ex art. 104-ter* o anche prima; in quest'ultimo caso, costituendo la proposta di autorizzazione un'anticipazione del programma di liquidazione, dovrà essere successivamente confermata al momento dell'approvazione dello stesso.

Soggiunge la norma che *“La scelta dell'affittuario deve tener conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo ai livelli occupazionali.”*(art. 104-bis, secondo comma).

8.2.

L'impostazione del legislatore della novella del 2006, qui accennata per grandi linee, sembra presentare una continuità logica ed ideologica rispetto alla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (anche A.S.), riformata nel 1999 proprio con l'idea di agganciarla successivamente alla riforma delle altre procedure concorsuali.

Depone in questo senso la previsione di una liquidazione programmata mediante una gestione intermedia dell'impresa, diretta od affidata a terzi, propedeutica ad una alienazione dei valori aziendali nell'interesse dei creditori, e quindi più proficua in termini di massimizzazione dell'attivo.

La legge fallimentare sembra così seguire il percorso di una liquidazione c.d. riallocativa sul modello dell'A.S. ed in particolare dell'opzione che, negli anni di applicazione della legge c.d. Prodi *bis*, ha riscosso maggiore successo, ovvero **la cessione a terzi dei complessi aziendali o di rami, individuati dal Commissario Straordinario sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa insolvente della durata di un anno che garantisca, per quanto possibile, la salvaguardia dei livelli occupazionali** (art. 27 D. Lgs. n. 270 del 1999).

Nella novella del 2006, in caso di fallimento tale programma di prosecuzione viene attuato con gli strumenti dell'esercizio provvisorio e dell'affitto endoconcorsuale.

* * *

9. **Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese in crisi e contratti pubblici**

9.1.

Ancora un cenno per segnalare che la procedura di amministrazione straordinaria (anche A.S.) - alla quale sembra essersi in parte ispirato il legislatore in sede di riforma della l.f. - tradizionalmente non ha rappresentato una causa di esclusione dalle procedure di gara pubblica e, pertanto, non era annoverata tra le procedure concorsuali che precludevano la partecipazione alle gare d'appalto di cui all'art. 38 del vecchio Codice (v. ora art. 48, commi 17 e 18, Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50). Ad avviso dell'ANAC, l'amministrazione straordinaria di cui al D. Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, non costituisce una causa di esclusione dalla partecipazione alla gara, considerata l'incertezza del rinvio alle situazioni analoghe contenute nell'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE e perché **l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, rilasciata in tale procedura, è volta alla conservazione dell'impresa, cui viene consentito di continuare ad operare nel mercato in funzione del risanamento dell'azienda** (14).

Dello stesso avviso il Consiglio di Stato, il quale a più riprese ha precisato che la procedura di amministrazione straordinaria non costituisce una causa di esclusione dalla partecipazione a gare pubbliche (15).

* * *

10. **Lo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali elaborato dalla Commissione Rordorf**

(14) Determinazione ANAC n. 1 del 12 gennaio 2010: *“Anche l'amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 non costituisce una causa di esclusione dalla partecipazione alla gara, considerata l'incertezza del rinvio alle situazioni analoghe contenute nell'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE e perché l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, rilasciata in tale procedura, è volta alla conservazione dell'impresa, cui viene consentito di continuare ad operare nel mercato in funzione del risanamento dell'azienda.*

(15) V. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4241; v. anche Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 2006, n. 6727, secondo cui l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, prevista di cui al D.lgs. 270/1999, secondo la prevalente giurisprudenza, non rappresenta causa di esclusione dalla partecipazione a gare pubbliche. Considerato che l'art. 38 codice degli appalti pubblici non include tra le cause di esclusione dalla partecipazione a gare pubbliche l'ammissione di un'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria, deve essere consentita a tali società la possibilità di concorrere ad appalti pubblici, visto che l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'attività economica deve consentire loro un'effettiva presenza sul mercato.

10.1.

Le continue riforme che interessano le procedure concorsuali non sembrano destinate a placarsi.

Tralasciando, perché non rilevanti ai fini del tema qui trattato, le modifiche alla legge fallimentare apportate dal D. Lgs. 16 novembre 2015, n. 180, per l'attuazione delle norme contenute nella Direttiva 2014/59/UE, c.d. Direttiva "BRRD" (*Bank Recovery and Resolution Directive*), in materia di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, converrà rammentare che con decreto del 28 febbraio 2015 il Ministro della Giustizia ha istituito una Commissione a cui è stato affidato il compito di elaborare proposte di riordino e di riforma delle procedure concorsuali (Commissione Rordorf): Commissione che, nel novembre 2015, ha presentato uno "*schema di disegno di legge delega*" recante "*Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*".

Durante i lavori della commissione Rordorf la legge fallimentare ha conosciuto una ulteriore modifica, data dal citato D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito dalla Legge 6 agosto 2015, n. 132 e, di recente, è stato pubblicato il D. L. 3 maggio 2016, n. 59 (disposizioni urgenti in materie di procedure esecutive e concorsuali).

Interessante notare che anche le recenti riforme delle procedure concorsuali, al pari della riforma del codice dei contratti pubblici, muovono pur sempre dalla spinta europea (per le procedure concorsuali, Regolamento (UE) 2015/848 e Raccomandazione della Commissione n. 2014/135/UE).

Ad ogni modo, da parte gli aspetti lessicali (sostituzione del termine fallimento e suoi derivati con espressioni equivalenti, quali insolvenza o liquidazione giudiziale; v. art. 2 schema legge delega commissione Rordorf), lo schema di legge delega prevede una integrazione della disciplina dei rapporti giuridici pendenti, "prevedendo lo scioglimento dei contratti caratterizzati da *intuitus personae* che non proseguano con il consenso della controparte" (art. 7, n. 5, schema di legge delega, v. art. 81 l.f.).

10.2.

Spunti interessanti in chiave evolutiva si colgono dalla "*relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*", trasmessa dal Presidente Rordorf al Ministro della Giustizia.

A pagina 38 di tale relazione si legge che *“appare ormai almeno in parte superata una delle principali ragioni che sono storicamente all’origine dell’istituto dell’amministrazione straordinaria: ossia la convinzione che le tradizionali procedure concorsuali fossero improntate a logiche di tipo prettamente punitivo, e comunque essenzialmente liquidatorie, per ciò stesso non collimanti con la visione prospettica del risanamento delle grandi imprese in crisi, cui già la c.d. legge Prodi ... era soprattutto ispirata. La profonda trasformazione che da un decennio a questa parte sta investendo tutte le procedure concorsuali (e che l’intervento di riforma organica al quale qui si sta lavorando intende portare a compimento) consente di affermare che oggi anche le procedure ordinarie sono prevalentemente orientate, quando ciò sia possibile, alla salvaguardia della continuità aziendale e sono perciò tese a considerare la liquidazione dell’impresa come un approdo soltanto residuale. Il che indiscutibilmente avvicina questi due mondi un tempo così distanti e dissonanti dall’universo concorsuale – le procedure che si possono definire ordinarie e l’amministrazione straordinaria – rendendoli assai più agevolmente riconducibili ad unità, quantomeno sul filo comune di principi fondamentali che ora li ispirano. Tanto più che, nelle prefigurate procedure concorsuali ordinarie sta ugualmente assumendo maggior rilievo l’esigenza – avvertita anche a livello comunitario – di salvaguardare per quanto possibile il profilo occupazionale: ciò che dischiude, legittimandole, opzioni normative più coraggiose, rispetto alla precedente logica liquidatoria e distributiva, posto che il mantenimento (se non addirittura la creazione) di posti di lavoro corre sulla stessa lunghezza d’onda della continuità aziendale, sia essa diretta o indiretta”* (pag. 26 relazione Rordorf).

* * *

11. Le Direttive europee 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE in materia di appalti e concessioni in materia di appalti e concessioni

11.1.

Importanti novità sono giunte dalle Direttive europee 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE in materia di appalti e concessioni.

L’art. 38, comma 7, lett. b) della Direttiva 2014/23/UE, stabilisce che *“Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono escludere o possono essere obbligati dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione all’aggiudicazione di concessioni un operatore economico, se si verifica una delle condizioni seguenti:*

...

*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; **tuttavia** l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore possono decidere di non escludere oppure gli Stati membri possono esigere che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non escludano un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui sopra, qualora abbiano stabilito che l'operatore economico in questione sarà in grado di eseguire la concessione, **tenendo conto delle norme e misure nazionali applicabili in relazione alla prosecuzione delle attività in tali situazioni***"

L'art. 57 della Direttiva n. 2014/24/CE (direttiva appalti) al comma 4 stabilisce che "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.

L'ultimo capoverso del comma 4, art. 57, stabilisce inoltre che "Fermo restando il primo comma, lettera b), gli Stati membri possono esigere o prevedere la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice **non escluda** un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui a tale lettera, qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia stabilito che l'operatore economico in questione sarà in grado di eseguire il contratto, **tenendo conto delle norme e misure nazionali applicabili in relazione alla prosecuzione delle attività nelle situazioni di cui alla lettera b)**".

La Direttiva 2014/25/CE rinvia a quanto previsto nella Direttiva 24, senza prevedere nulla di specifico.

11.2.

La disciplina comunitaria ha lasciato agli Stati membri la facoltà di prevedere a quali condizioni l'operatore economico, pur trovandosi in una condizione di insolvenza o di liquidazione, sia in grado di eseguire il contratto, tenendo conto delle misure nazionali in relazione alla *“prosecuzione delle attività”* nelle ipotesi di procedure concorsuali.

Il principio delle Direttive è stato anticipato dal legislatore italiano per il caso di concordato con continuità aziendale che, al ricorrere di alcune condizioni, consente all'imprenditore in stato di crisi (insolvenza) di partecipare alla gara per l'aggiudicazione di un contratto pubblico.

Di seguito vedremo in quali altri casi (diversi dal concordato con continuità aziendale) l'imprenditore, benché sottoposto ad una procedura concorsuale, sia in grado di partecipare alla gara ed eseguire il contratto pubblico, posto che le procedure concorsuali appaiono oramai caratterizzate da un rapporto più o meno costante tra esercizio dell'impresa, azienda e contratti in corso, ivi compreso il contratto d'appalto.

Nel caso del concordato con continuità aziendale o di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, tale rapporto è netto al punto da consentire la partecipazione alle gare pubbliche, e quindi la possibilità di dare esecuzione al contratto (pubblico).

L'“avvicinamento” del fallimento all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza (v. relazione Rordorf, sopra riportata); la valorizzazione dell'esercizio provvisorio, anche in caso di fallimento; l'opportunità di evitare lo smembramento dell'azienda (anche in caso di fallimento), costituiscono momenti strettamente connessi alla manutenzione dei contratti. Al punto che l'art. 104 l.f., al settimo comma, stabilisce che *“durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli”*.

All'esito delle varie riforme probabilmente il fallimento non è più una figura unitaria, ma si dipana in varie forme a seconda delle caratteristiche dell'impresa e, soprattutto, delle cause dell'insolvenza.

Al fallimento immediatamente liquidatorio se ne contrappone uno che passa per l'esercizio provvisorio dell'impresa e tende così, nell'interesse dei creditori, del fallito, dei lavoratori e del sistema produttivo in generale, a non disperdere il valore dell'azienda; ad evitare lo smembramento dell'azienda.

Sono frequentissimi i fallimenti dichiarati in una fase in cui l'impresa è irrimediabilmente compromessa da un punto di vista sia produttivo che finanziario. In questi casi, purtroppo di gran

lunga prevalenti, gli organi della Procedura (curatore, giudice delegato, comitato dei creditori) non possono che prendere atto della già avvenuta dispersione del bene “azienda” e procedere alla liquidazione, risultando l’esercizio provvisorio impraticabile.

Si contano tuttavia casi in cui l’impresa, benché dichiarata fallita, mantiene una capacità produttiva idonea a consentire al curatore l’esercizio provvisorio. E sono i casi in cui “*i contratti pendenti proseguono*”.

Si torna così alla disciplina della l.f., che all’art. 81 consente, nell’appalto tra privati, il *subentro* del curatore ove offra “idonea garanzia”, o alla disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale, che al ricorrere di alcune condizioni (diremo garanzie) consente di mantenere anche i contratti stipulati con le Pubbliche Amministrazioni e di partecipare alle gare pubbliche, o all’amministrazione straordinaria, nemmeno contemplata dall’art. 38 del vecchio Codice (con tutti i corollari sopra accennati): tutti casi, questi, in cui l’impresa è insolvente o in stato di crisi.

La prospettiva sembra così mutata: non più una preclusione verso il fallimento, ma una valutazione del rapporto tra fallimento, esercizio provvisorio e “garanzie” offerte al committente, anche pubblico.

Si tratta ora di stabilire se attraverso il recepimento delle Direttive comunitarie il legislatore nazionale ha recepito questi principi.

* * *

12. Il Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture

12.1.

In questo scenario si collocano la legge 28 gennaio 2016, per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (anche legge delega) (16), e il Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

(16) Al punto vv) della legge delega è regolata la “... disciplina del procedimento per la decadenza e la sospensione delle attestazioni secondo i seguenti principi e poteri direttivi:

1) attribuzione della relativa competenza all’ANAC;

2) previsione che il curatore del fallimento possa partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, che possa essere affidatario di subappalto e possa stipulare i relativi contratti quando l’impresa fallita è in possesso delle necessarie attestazioni ed è stato autorizzato l’esercizio provvisorio;

3) previsione che il curatore del fallimento, quando è stato autorizzato l’esercizio provvisorio, possa eseguire i contratti già stipulati dall’impresa fallita;

(anche il nuovo Codice), il quale pone regole che in parte coincidono con quelle dettate dal vecchio Codice; in parte recano delle significative novità.

L'art. 48 del nuovo Codice (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici, v. art. 37 vecchio Codice) stabilisce che “... 17. *Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dal contratto.* 18. *Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”.*

4) *previsione che l'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale possa partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, o essere affidataria di subappalti e stipulare i relativi contratti, senza necessità di avvalersi dei requisiti di altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto;*

5) *previsione che l'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale o con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, possa eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita;*

6) *disciplina dei casi in cui l'ANAC può, nelle fattispecie di cui ai numeri 2), 3), 4) e 5), sentito il giudice delegato alla procedura di fallimento o concordato preventivo e acquisito il parere del curatore o del commissario giudiziale, subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa 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 nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione”.*

12.2.

L'art. 80 del nuovo Codice (Motivi di esclusione, v. art. 38 vecchio Codice) stabilisce che "... 5. *Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ... b) l'operatore economico 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*".

12.3.

L'art. 110 del Nuovo Codice (Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione, v. art. 140 vecchio Codice) stabilisce che "*1. Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, o di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori.*

2. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

3. Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC, possono:

a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;

b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale.

4. L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avalimento di requisiti di altro soggetto. L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato

domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC.

5. L'ANAC, sentito il giudice delegato, può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa 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 nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione, nei seguenti casi:

a) se l'impresa non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali;

b) se l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida”.

13. Considerazioni conclusive

13.1.

Come anticipato, le novità recate dal nuovo Codice sono di ampissima portata.

Con la nuova legge sui contratti pubblici al curatore fallimentare non è più preclusa la possibilità di partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici e di proseguire il contratto già stipulato dall'impresa fallita.

Risulta peraltro condivisibile la scelta del legislatore del nuovo Codice di riservare tali possibilità al curatore fallimentare “*autorizzato all'esercizio provvisorio*” (sul rapporto tra manutenzione dei contratti ed esercizio provvisorio v. §§ 7 e 8).

La nuova disciplina dei contratti pubblici si pone così nel solco dell'evoluzione delle procedure concorsuali, consentendo anche alle imprese che operano esclusivamente o prevalentemente nel settore

dei contratti pubblici la possibilità di perseguire le finalità proprie della legge fallimentare (oltre alla tutela dei creditori, la salvaguardia dell'integrità aziendale, la salvaguardia dell'occupazione ecc.).

Sembra così aver trovato ingresso nell'ordinamento quell'istanza che, anche a seguito delle Direttive comunitarie del 2014, appariva ineludibile (17).

Né può trascurarsi l'ulteriore novità, data dalla possibilità per l'imprenditore che abbia optato per un concordato con cessione di beni o che abbia presentato domanda di concordato c.d. in bianco (sul punto v. anche §§ 5 e 6), di eseguire i contratti già stipulati (art. 105, comma 4, nuovo Codice).

L'indubbio rilievo delle novità non può tuttavia esimere dal segnalare, sia pur sinteticamente e schematicamente, gli aspetti critici del nuovo Codice.

13.2.

L'art. 48 del nuovo Codice (raggruppamenti temporanei):

- estende i casi in cui la stazione appaltante può recedere dal contratto o in cui il mandatario o gli altri mandanti sono tenuti all'esecuzione dei lavori del mandante sottoposto a procedura concorsuale contemplando, oltre al fallimento (art. 37 vecchio Codice), procedure tradizionalmente compatibili con la prosecuzione del contratto pubblico (ad es. A. S., v. § 9), o addirittura abrogate (è il caso dell'amministrazione controllata, abrogata col D. Lgs. n. 5 del 2006);
- menziona l'insolvenza o la liquidazione (del mandatario o mandante): procedure le quali, benché mutate dalle Direttive comunitarie (v. § 11), non costituiscono procedure tipizzate nella legge fallimentare o nella legislazione speciale.

L'art. 110 del nuovo Codice (procedure di affidamento):

- al pari dell'art. 48, menziona procedure mutate dalle Direttive comunitarie ma non tipizzate nell'ordinamento nazionale (insolvenza concorsuale);
- subordina l'esecuzione dei contratti pubblici o la partecipazione alle procedure di affidamento da parte dell'imprenditore in concordato preventivo con continuità aziendale all'autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC. Su questo punto vale la pena di rammentare che l'art. 186 *bis* l. f., ai fini della partecipazione alla gara pubblica da parte dell'imprenditore sottoposto a concordato

(17) Sul punto mi permetto di rinviare al mio articolo *"il fallimento nelle nuove Direttive e nella riforma dell'istituto"*, rubrica *"Dottrina"* della rivista di Diritto Pubblico *GiustAmm.it*, giugno 2015.

con continuità aziendale, esige tra l'altro la dichiarazione di altro operatore munito dei requisiti di carattere generale, capacità tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si impegni a mettere a disposizione le risorse necessarie e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto. Pur sorvolando su altri aspetti – non è ad esempio agevole stabilire se il parere dell'ANAC si sommi al parere del professionista indipendente di cui all'art. 186 *bis* l. f., o lo assorba - il nuovo Codice non prevede quella (efficace) forma di garanzia per la stazione appaltante data dall'impegno dell'ausiliario a subentrare nel contratto, prevista invece nella l. f. (18). Non è questa la sede per affrontare il delicato problema del rapporto tra l'art. 186 *bis* l. f. e l'art. 110 nuovo Codice: ove si reputasse che la seconda norma, speciale e successiva, abbia abrogato la prima (19), il risultato apparirebbe paradossale: in caso di fallimento o incapacità all'adempimento da parte dell'appaltatore soggetto a concordato preventivo con continuità aziendale, la stazione appaltante non potrebbe più contare sull'intervento (subentro) dell'ausiliario, essendo sufficiente, ai fini della partecipazione alla gara, l'autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC (20);

- al 5 comma, l'art. 110 del nuovo Codice attribuisce all'ANAC, sentito il giudice delegato, il potere di subordinare la partecipazione alle procedure di affidamento da parte del curatore (senza precisare che deve trattarsi di curatore ammesso all'esercizio provvisorio) o dell'impresa ammessa al concordato (senza precisare che deve trattarsi di concordato con continuità aziendale), all'impegno di altro operatore. In disparte l'analisi dei casi in cui tale autorizzazione è necessaria (lett. a e b dell'art. 105, comma 5), ciò che occorre segnalare con la sintesi propria di questo contributo è il problema di tipo "ordinamentale" che potrebbe generare la norma; nonché la

(18) L'art. 110 del nuovo Codice stabilisce che l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto.

(19) Non c'è deroga espressa, v. art. 217 nuovo Codice.

(20) L'impegno dell'ausiliario anche al subentro nel contratto è previsto nel comma 5 dell'art. 105 del nuovo Codice limitatamente alle due ipotesi previste nelle lett. a) e b) della stessa norma: tale previsione conferma che, secondo la disciplina del nuovo Codice, l'impegno dell'ausiliario anche con riguardo al subentro è limitata a casi specifici, contrariamente a quanto è previsto nell'art. 186 *bis* l. f., che pone come condizione generale per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici l'impegno anche al subentro da parte dell'ausiliario.

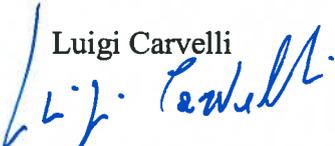
difficoltà d'applicazione. L'art. 23 della l. f. stabilisce che *“il tribunale che ha dichiarato il fallimento è investito dell'intera procedura fallimentare”*; l'art. 25 della l. f. stabilisce che il giudice delegato *“esercita funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura”*. Nel sistema delle procedure concorsuali delineato dalla legge fallimentare appare assai arduo immaginare un ruolo di organo consultivo del giudice delegato in favore dell'ANAC (così come delineato dall'art. 105 in commento); come appare simmetricamente difficile immaginare le modalità mediante le quali, una volta aperta la procedura fallimentare, l'ANAC rimanga titolare di un potere decisionale (sottratto al Tribunale fallimentare).

13.3.

A conclusione di queste pagine verrebbe da osservare che, con ogni probabilità, la soluzione più agevole per il legislatore del nuovo Codice poteva risultare l'estensione della disciplina dell'art. 186 bis l. f. anche all'ipotesi di fallimento con esercizio provvisorio, garantendo per questa via il committente pubblico attraverso l'obbligo anche al subentro da parte dell'ausiliario per l'ipotesi un cui il curatore non fosse più stato in grado di adempiere; ciò sia per il caso di prosecuzione del contratto già stipulato dall'impresa fallita, sia per la partecipazione a nuove gare.

Ancora una notazione per segnalare che, in caso di fallimento con esercizio provvisorio, l'esigenza prevalente potrebbe essere quella di mantenere i contratti in corso, assumendo invece rilievo secondario la partecipazione a gare per l'affidamento di nuovi contratti d'appalto (21).

* * *

Luigi Carvelli


l.carvelli@legalecarvelli.com

(21) Per completezza si segnala che ci sono altre due norme del nuovo Codice – artt. 187 e 194 – che regolano ipotesi di fallimento: la prima (art. 187), stabilisce che in caso di locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, ove l'offerente sia un'ATI costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, in caso di fallimento di uno dei due l'altro può sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto avente i medesimi requisiti e caratteristiche; la seconda (art. 194) riguarda il contraente generale, è prevede che la garanzia per la risoluzione (di cui all'art. 104 nuovo Codice) deve comprendere la possibilità per il garante, in caso di fallimento o inadempienza del contraente generale, di far subentrare nel rapporto altro soggetto idoneo in possesso dei requisiti di contraente generale, scelto direttamente dal garante stesso.