



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

TESI IN DIRITTO DELLE CRISI D'IMPRESA

Crisi d'impresa e appalto pubblico

RELATORE:

Prof. Vincenzo De Sensi

CANDIDATO:

Lucrezia Pietrolucci

Matr: 126023

CORRELATORE:

Prof. Alessandro Botto

Anno Accademico
2018/2019

RINGRAZIAMENTI

Desidero cogliere l'occasione della stesura di questo elaborato per ringraziare coloro che, a diverso titolo, durante il mio percorso, mi hanno sostenuto.

In primo luogo i miei genitori e mia sorella che durante tutti questi anni di studio “matto e disperatissimo” sono riusciti a sopportarmi.

In secondo luogo desidero porgere un sentito ringraziamento al mio Relatore, il Prof. Vincenzo De Sensi, il quale mi ha dato l'occasione di approfondire un tema di grande interesse ad attualità.

Introduzione	1
--------------	---

Capitolo I

Evoluzione normativa in materia di appalti pubblici nell'ambito della continuità aziendale nella crisi d'impresa

1. La normativa in materia	3
2. Problemi di coordinamento tra le due principali fonti di legge	13
3. L'equilibrio degli interessi fra pubblico e privato e lo strumento della continuità aziendale	19
3.1. La continuità aziendale	23
3.1.1. La "Continuità diretta" e la "Continuità indiretta"	25
3.1.2. I creditori concorsuali nella continuità aziendale	26
3.1.3. La "continuità contrattuale"	29
3.1.4. La continuità aziendale e la partecipazione a nuove gare d'appalto pubblico nel concordato preventivo con continuità aziendale	32
3.2. La continuità aziendale nel caso di fallimento autorizzato all'esercizio provvisorio	33
4. Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici	35

Capitolo II

I requisiti soggettivi dell'operatore economico secondo il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici e la crisi d'impresa

1. I requisiti soggettivi secondo il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici: articolo 3 «Definizioni» articolo 45 «Operatore economico» e articolo 83 «Criteri di selezione»	44
2. Il venir meno dei requisiti soggettivi per la crisi d'impresa secondo il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici. L'articolo 80 comma 5 lettera b) «Motivi di esclusione»	54

- | | |
|---|----|
| 3. Quando un procedimento per la dichiarazione di una delle situazioni ostantive elencate dall'articolo 80 comma 5 lettera b) Nuovo Codice dei Contratti Pubblici deve ritenersi "in corso" | 57 |
| 4. Le procedure non ricomprese nel raggio d'azione dell'articolo 80 comma 5 lettera b) Nuovo Codice dei Contratti Pubblici | 65 |

Capitolo III

La partecipazione alle gare di appalto pubblico e l'esecuzione dei relativi contratti da parte dell'impresa in concordato preventivo o fallita che prosegua la sua attività in continuità aziendale

- | | |
|--|-----|
| 1. L'articolo 110 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici | 72 |
| 2. La prosecuzione dei contratti in corso per le imprese in crisi in continuità aziendale alla luce del comma 3 dell'articolo 110 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici | 79 |
| 3. La partecipazione a nuove gare di appalto pubblico per le imprese in crisi in continuità aziendale alla luce del comma 3 dell'articolo 110 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici | 82 |
| 4. Applicazione dell'articolo 110 comma 4 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici rispetto alla disciplina dell'articolo 186-bis Legge Fallimentare | 89 |
| 4.1. Il concordato preventivo "in bianco" | 92 |
| 4.2. Disciplina del concordato preventivo "in bianco" in rapporto con l'appalto pubblico prima della riforma degli appalti pubblici del 2016 | 97 |
| 4.3. Disciplina del concordato preventivo all'interno del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici. Il limite previsto dal comma 4 dell'articolo 110 per il concordato preventivo "in bianco" | 101 |
| 5. Applicazione dell'articolo 110 comma 5 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici rispetto alle disposizioni della Legge Fallimentare | 106 |

5.1. Principali caratteristiche dell'avvalimento richiesto dall'ANAC, ai sensi dell'articolo 110 comma 5 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici	110
5.2. La fattispecie della irregolarità contributiva articolo 110 comma 5 lettera a) Nuovo Codice dei Contratti Pubblici e le sue ripercussioni rispetto al rilascio del DURC	113
5.3. Ipotesi dell'articolo 110 comma 5 lettera b) Nuovo Codice dei Contratti Pubblici	119

Capitolo IV

Prime riflessioni sul contenuto della riforma "Rordorf" in relazione al rapporto tra crisi d'impresa ed appalto pubblico

1. La riforma "Rordorf"	121
2. Nuove previsioni rispetto all'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale	122
Conclusione	127
Bibliografia	129

INTRODUZIONE

Questo lavoro si pone come obiettivo principale quello di andare ad analizzare in maniera specifica ed approfondita il rapporto che sussiste tra il fenomeno della crisi d'impresa e l'appalto pubblico, al fine di chiarire le condizioni ed i requisiti che ad oggi permettono, secondo la Legge Fallimentare ed il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, ad un'impresa soggetta ad una procedura concorsuale di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico o di proseguire nell'esecuzione dei relativi contratti, quando già sottoscritti all'apertura della procedura.

Uno studio approfondito su tale rapporto appare sempre più necessario non solo in virtù dello scarso coordinamento tra le norme che disciplinano tale materia, ma anche in virtù della situazione economica e sociale odierna.

La crisi economica degli ultimi anni, infatti, ha accentuato la necessità di salvaguardare e proteggere le imprese dei privati: lo strumento che il legislatore ha ritenuto a tale scopo più idoneo è quello della continuità aziendale.

In tale ottica ed a tali scopi, il legislatore europeo prima e quello italiano dopo, hanno portato avanti, potremmo dire, un "programma" di riforma dal quale traspare come fosse necessario iniziare a far prevalere le esigenze e gli interessi degli imprenditori privati rispetto a quelli vantati dalla pubblica amministrazione.

Le nuove norme, che ci si propone di andare ad analizzare in maniera analitica e sistematica, forse con poca chiarezza, hanno lo scopo di favorire l'interesse dell'imprenditore alla conservazione e crescita del valore aziendale, piuttosto che quello della pubblica amministrazione alla correttezza, rapidità e salvaguardia delle opere e delle attività pubbliche.

L'analisi che si intende svolgere si compone principalmente di 4 parti.

Nelle prime due parti del lavoro si porranno le basi logiche per comprendere le questioni di maggior rilievo sul tema, che si argomenteranno nella terza e quarta parte del lavoro.

Nella prima parte, partendo dall'evoluzione normativa che ha condotto all'assetto attuale dell'ordinamento, si porranno in evidenza gli scopi che hanno nel tempo mosso il legislatore ed i principali interessi in gioco nel rapporto tra crisi d'impresa ed appalto pubblico.

Nella seconda parte, nello specifico, si analizzeranno le principali norme del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, partendo dalla identificazione di chi possa essere considerato, secondo tale fonte, un "operatore economico", fino alla definizione di quali siano, a fronte dell'evoluzione normativa, le procedure concorsuali che, a oggi, non devono più essere considerate come ostative alla partecipazione alle gare d'appalto o alla prosecuzione dei relativi contratti, andando a motivare tali scelte per il mezzo della continuità aziendale.

Poste queste basi, nella terza parte del lavoro si esamineranno le circostanze e le condizioni perché vi sia la possibilità, per una impresa soggetta ad una procedura concorsuale in continuità aziendale, di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico o di proseguire i relativi contratti, coordinando le disposizioni delle due diverse fonti, la Legge Fallimentare ed il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici e risolvendo in via interpretativa gli eventuali problemi di coordinamento.

La quarta ed ultima parte del lavoro propone una prima analisi sul tema in commento, evidenziando alcune questioni e problemi già analizzati nelle parti precedenti, questa volta in relazione al Nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, il cui Decreto Legislativo è stato approvato in via definitiva dal Governo il 10/01/2019.

CAPITOLO I

EVOLUZIONE NORMATIVA IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI NELL'AMBITO DELLA CONTINUITÀ AZIENDALE NELLA CRISI D'IMPRESA

1. La normativa in materia.

Il tema sotteso al presente elaborato è quello della crisi¹ d'impresa nell'appalto pubblico. Per un approccio sistematico a tale tema si devono prendere in

¹ In tale contesto con il termine “crisi” d'impresa si vuole fare riferimento a diverse situazioni, dall'insolvenza irreversibile allo squilibrio economico-finanziario, in cui si può trovare l'impresa. A livello giuridico, ma anche economico, è necessario evidenziare la differenza che sussiste tra la crisi dell'impresa e lo stato di insolvenza. La Legge Fallimentare assegna a tali due circostanze un ruolo differente: ai sensi dell'articolo 5 lo stato di insolvenza è il presupposto oggettivo necessario per la dichiarazione di fallimento; al contrario ai sensi dell'articolo 160 (modificato con D.L. 14/03/2005, n. 35) lo stato di crisi è il presupposto oggettivo per presentare ricorso per l'ammissione del concordato preventivo. L'insolvenza si presenta come un problema irreversibile nel settore finanziario dell'impresa (Vds. GALLETTI D., *Stato di insolvenza*, in CAVALLINI C., *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, 77), che, ai sensi dell'articolo 5, si «... manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni ...». Inoltre, secondo la maggioritaria dottrina aziendalistica, l'insolvenza è un concetto prettamente giuridico, in quanto situazione definita attraverso la dichiarazione di fallimento (Vds. BONFANTI S., CENSONI P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004; DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 56), al contrario della situazione di crisi, che rimane una nozione economica, non necessitando, oltretutto, di un accertamento giudiziale. Per quanto riguarda il concetto di crisi, invece, non si riscontra un'esatta definizione a livello normativo, quindi, questa dovrà essere ricavata attraverso elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali in materia. La prevalente posizione assunta dalla giurisprudenza e dalla dottrina ritiene che lo stato di crisi e quello di insolvenza si differenzino per la gravità del dissesto, quindi, solo da un punto di vista quantitativo e non qualitativo, essendo la crisi uno squilibrio finanziario reversibile (Vds. BONSIGNORI A., *Il fallimento*, in Trattato diretto da Galgano F., Padova, 1986, 137) e potendo sfociare nell'insolvenza e conseguentemente provocare, in caso di mancata ammissione del concordato preventivo, una dichiarazione di fallimento (Vds. Cass., sez. I, 06/08/2010, n. 18437, in www.dejure.it, per la quale «Qualora, a seguito di una verifica "a posteriori", venga accertato, con la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, che lo stato di crisi in base al quale ha chiesto l'ammissione al concordato preventivo era in realtà uno stato di insolvenza, l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta a seguito della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo, deve essere retrodatata alla data di presentazione di tale domanda, atteso che la ritenuta definitività anche dell'insolvenza che è alla base della procedura minore, come comprovata, "ex post", dalla sopravvenienza del fallimento, e, quindi, l'identità del presupposto, porta a escludere la possibilità di ammettere, in tal caso, l'autonomia delle due procedure»). Il legislatore sembra fare riferimento con il termine crisi ad una “crisi finanziaria”, cioè ad una situazione in cui «... non vi è un rapporto soddisfacente tra struttura del fabbisogno finanziario e fonti di finanziamento ...» (Vds. ZOCCA L., *Accordi di ristrutturazione, piano di risanamento e relazioni del professionista*, Milano, 2006). Il rapporto tra crisi e insolvenza viene spiegato dall'articolo

considerazione le due diverse fonti normative di riferimento, da una parte il “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE²” del 2006 (da ora anche solo “Codice dei Contratti Pubblici”) ed il “Codice dei contratti pubblici” del 2016 (da ora anche solo “Nuovo Codice dei Contratti Pubblici”) e dall’altra la Legge Fallimentare, antecedente e successiva alle riforme del 2011, 2012 e 2013 e valutare come esse siano state e vadano interpretate l’una in relazione all’altra rispetto alle varie modifiche normative di cui sopra.

Muovendo da una tale ricostruzione sarà possibile, infatti, illustrare e comprendere meglio anche le tematiche economico-sociali e gli specifici problemi che hanno sostanziato le questioni giuridiche che negli anni si sono presentate, dando vita a diverse modifiche normative nelle due discipline (quella dei contratti pubblici e quella fallimentare), fino ad arrivare alle disposizioni oggi vigenti.

Iniziando dalla Legge Fallimentare³, antecedente sistematico rispetto alle riforme della normativa sugli appalti pubblici, oltre al testo antecedente, si prenderà in considerazione la riforma del 2012, con particolare attenzione all’introduzione dell’articolo 186-*bis* «*Concordato con continuità aziendale*» e le altre sopra ricordate.

Rispetto alla normativa sugli appalti pubblici, unitamente alla quale si dovranno esaminare i passi d’interesse di cui alle direttive europee di settore, si prenderà in considerazione la riforma del 2006 e la riforma del 2016, andando ad analizzare i criteri di selezione e di esclusione, ivi regolamentati in relazione alla possibilità per le imprese in crisi di partecipare a gare d’appalto o stipulare contratti aggiudicati, ovvero ancora, proseguire contratti già in corso di esecuzione, per poi affrontare le principali problematiche oggettive sottese alla condizione concorsuale dell’imprenditore.

36, del D.L. 30/12/2005, n. 273, che introduce il comma 2, ad oggi comma 3, all’interno dell’articolo 160, andando a definire che lo “lo stato di crisi” ricomprende al suo interno quello di “stato d’insolvenza”, potendo ritenere che tra di loro nasca un rapporto di genere a specie (Vds. MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla l.fall.*, Padova, 2013).

² Tali Direttive hanno ad oggetto rispettivamente gli appalti e le concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori speciali e nei settori ordinari.

³ Vds. R.D. 16/03/1942, n. 267. Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa.

Tale analisi può partire, come detto, dalla Legge Fallimentare, in quanto lo spirito e l'intento delle ultime riforme in materia di crisi d'impresa è sicuramente lo stesso che ha animato le diverse riforme della normativa degli appalti pubblici che ci interessano.

Tali riforme della crisi d'impresa sono state determinate da una volontà di sviluppo economico e di mantenimento degli *assets* aziendali dell'impresa in crisi, che ha portato all'introduzione di più norme volte a rendere meno complesso e, quindi, possibile, al manifestarsi di uno squilibrio economico e finanziario all'interno dell'impresa, il tentativo di risanamento della stessa, piuttosto che un'attività puramente di tipo liquidatorio.

È in quest'ottica ed a tali fini che, nel 2012, il cosiddetto "Decreto sviluppo"⁴, all'articolo 33, comma 1, lettera h), ha introdotto nel testo della Legge Fallimentare l'articolo 186-*bis*.

Si ritiene utile, vista l'importanza che tale articolo ha nella disciplina di settore oggetto del lavoro, riportarne qui per intero il testo, che verrà più avanti analizzato: *«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.*

Nei casi previsti dal presente articolo:

a) il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa

⁴ D.L. 22/06/2012, n. 83, recante «*Misure urgenti per la crescita del paese*», convertito con L.7/08/2012, n. 134. Dalla relazione illustrativa del D.L. 22/06/2012, n.83 possiamo comprendere quelli che sono stati gli obiettivi della riforma. Volendo accentuare l'importanza di istituti volti alla ristrutturazione e al risanamento dell'impresa, piuttosto che alla sua liquidazione, «... *l'opzione di fondo che orienta l'intervento è quella di incentivare ... l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi*», quindi, valorizzando l'importanza di quel dissesto finanziario, ancora reversibile, che sembra precedere e molte volte anche portare allo stato d'insolvenza; la disciplina del nuovo articolo 186-*bis* consiste in «una disciplina di favore per i piani di concordato preventivo finalizzati alla prosecuzione dell'attività d'impresa ...».

prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;

b) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;

c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.

Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni.

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.

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 12/04/2006, n. 163.

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.

Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato».

L'importanza e la possibilità della continuazione dell'attività aziendale nella crisi d'impresa, che con l'articolo 186-bis trova il suo riconoscimento a livello normativo, era già nota agli operatori del diritto concorsuale.

Anche prima della novella del 2012, infatti, alcuni piani di concordato preventivo avevano previsto la continuazione dell'attività d'impresa, dandosi che l'articolo 160, comma 1, lettera a), della Legge Fallimentare, prevedendo (da sempre) che la ristrutturazione potesse avvenire «... attraverso qualsiasi forma ...», concedeva al debitore ampia libertà nel determinare strumenti e modi per la ristrutturazione del debito all'interno del piano di concordato preventivo da proporre ai propri creditori⁵.

La finalità perseguita dal legislatore del 2012 non è stata, quindi, tanto quella di “autorizzare” in tesi la continuazione dell'attività d'impresa nonostante la crisi, quanto quella di correggere le “criticità” che la pratica giuridica, negli anni, aveva riscontrato in questa, quali: «...tempi lunghi per la presentazione del piano e per l'ammissione alla procedura, vincoli in materia di capitale sociale, vincoli derivanti da contratti

⁵ Sul tema si richiama il Tribunale di Roma, decreto del 25/07/2012 in *Il Fallimento*, IPSOA, 2013, che, proprio affrontando il tema del concordato in continuità aziendale ante 2012, non ne esclude in radice la possibilità, limitandosi a pronunciare l'inammissibilità nel caso in esame perché proposta strutturata come meramente liquidatoria e, quindi, illegittima per violazione dell'articolo 2740 c.c..

onerosi e, al contrario, esposizione al rischio di risoluzione di contratti strategici, difficoltà di ottenimento di finanziamenti ... responsabilità anche personali per la gestione preconcordataria...»⁶, nonché di introdurre per i creditori nuove tutele, in modo che questi si potessero considerare “protetti” rispetto a quei rischi propri della continuità aziendale: eventuale riduzione delle risorse a disposizione dei creditori e possibile aumento dei creditori prededucibili⁷.

L'articolo in commento, come abbiamo visto nel testo riportato, introduce anche nuove specifiche previsioni in materia di appalti pubblici, che sono quelle che più interessano il tema oggetto del presente elaborato.

Fino alla riforma del 2012, nella Legge Fallimentare non vi erano, infatti, previsioni riguardo alla possibilità per imprese in crisi di partecipare a nuove gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici ed il destino dei contratti d'appalto pubblico pendenti al momento dell'apertura di una procedura concorsuale era disciplinato dalle previsioni dell'articolo 81⁸ Legge Fallimentare, il quale, oltretutto, esplicitamente, anche se genericamente, dopo il D.L. 6/12/2011, n. 201, andava a richiamare le norme previste dal Codice dei Contratti Pubblici in materia.

Tale situazione normativa ante 2012, anche dopo il generico richiamo alla normativa sugli appalti pubblici di cui all'articolo 81 Legge Fallimentare, ci premette di comprendere la portata innovativa dei commi 3, 4, 5 e 6 dell'articolo 186-bis, i quali, per la prima volta, prevedono espressamente una disciplina di dettaglio in merito alla possibilità per l'impresa ammessa al concordato preventivo in continuità aziendale, o

⁶ Cfr. STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, IPSOA, 2013.

⁷ Vds. FERRO M., *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, CEDAM, 2014, 2701.

⁸ L'articolo 81 Legge Fallimentare si trovava già all'interno del capo III «*Degli effetti del fallimento*», sezione IV «*Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*», rubricato «*Contratto di appalto*». Tali contratti si sciolgono «*...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...*». A tale articolo il D.L. 6/12/2011, n. 20 ha aggiunto un ultimo inciso: «*... Sono salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche*».

che abbia presentato ricorso a tale fine⁹, di partecipare a gare d'appalto pubblico o di proseguire contratti pubblici già stipulati.

Per quanto attiene, invece, agli interventi del legislatore, europeo ed italiano, sugli appalti pubblici, vale partire dal Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 12/04/2006, n. 163), fra l'altro, primo sistema organico di norme in materia di contratti pubblici.

La disposizione di tale Codice dei Contratti Pubblici che più rilevava (come vedremo, abrogato, nell'intera disciplina, dal Nuovo Codice dei Contratti Pubblici), nella materia delle procedure concorsuali qui in esame è quella dell'articolo 38, rubricato «*Requisiti di ordine generale*».

Il comma 1 di detto articolo, elencando una serie di circostanze che, anche se solo sopravvenute, potevano comportare l'esclusione dell'impresa dalla partecipazione a procedure di affidamento e dalla sottoscrizione di contratti pubblici, quando già aggiudicati, 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, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni; [...]*».

Tale preclusione, letteralmente imposta dal citato articolo 38, comma 1, lettera a), inizia a modificarsi con la novella del 2012 (la stessa della Legge Fallimentare). Tale riforma se da un lato ha introdotto l'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale, dall'altro ha, infatti, anche modificato il testo dell'articolo 38 in

⁹ Tale circostanza viene prevista al comma 4, dell'articolo 186-bis: «... *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. ...*». Il comma è stato introdotto con D.L. 23/12/2013, n. 145, «*Interventi urgenti di avvio del piano "Destinazione Italia", per il contenimento delle tariffe elettriche e del gas, per l'internazionalizzazione, lo sviluppo e la digitalizzazione delle imprese, nonché misure per la realizzazione di opere pubbliche ed EXPO 2015*», convertito con L. 21/02/2014, n. 9 e sarà oggetto di specifica trattazione nel Capitolo III.

commento, introducendo, sempre al comma 1, lettera a), l'inciso: «... *salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 ...*».

Questo ha rappresentato certamente una prima apertura del Codice dei Contratti Pubblici alla possibilità di non escludere a priori tutte le imprese soggette a procedure concorsuali dalla partecipazione agli appalti pubblici.

Un totale “rinnovamento” del quadro normativo si realizza, invece, con la successiva Legge Delega 28/02/2016, n. 11¹⁰, con la quale il Governo viene delegato a dare attuazione alle Direttive europee intervenute nel 2014 in materia¹¹, con la conseguente possibilità di mettere ordine nella precedente disciplina del 2006.

Dando attuazione a tale delega, il Governo ha emanato il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, con il D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, il quale ha abrogato completamente il vecchio Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 12/04/2006, n. 163).

Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, seguendo la direzione di politica normativa tracciata dalle riforme della Legge Fallimentare, introduce importanti novità sul tema che ci occupa.

In esso, infatti, ricostruito dalle basi il rapporto tra appalto pubblico e crisi d'impresa, viene strutturata in maniera sistematica la possibilità di far partecipare imprese soggette a procedure concorsuali, quali fallimento e concordato preventivo, all'aggiudicazione e/o all'esecuzione di appalti pubblici.

Quindi, se il Codice dei Contratti Pubblici, dopo la novella del 2012, apriva alla possibilità di far partecipare l'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale agli appalti pubblici attraverso il solo rinvio all'articolo 186-bis Legge Fallimentare inserito nell'articolo 38; diversamente, il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici prevede, già al suo interno, una specifica disciplina in materia, senza, quindi,

¹⁰ Recante «*Deleghe al governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/ue, 2014/24/ue e 2014/25/ue del parlamento europeo e del consiglio, del 26 febbraio 2014, 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*».

¹¹ Le Direttive in commento sono: la n. 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la n. 2014/24/UE, sugli appalti pubblici, la n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e servizi postali.

aver più bisogno di richiamare altre fonti normative ed apre il tema anche all'esercizio provvisorio ex articolo 104 Legge Fallimentare.

Tale disciplina viene inserita nell'articolo 80, rubricato «*Motivi di esclusione*», e nell'articolo 110, rubricato «*Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*».

L'articolo 80 prevede che «[...] *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; [...]*».

L'articolo 110 prevede che: «*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 dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture.*

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

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

L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento 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 16/03/1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato.

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 [...]».

Analizzando il testo dell'articolo 110 sopra riportato, emerge che i commi 1 e 2 dello stesso prevedono, nel caso in cui l'impresa fallita o assoggettata al concordato preventivo non sia legittimata alla prosecuzione dell'attività, come previsto e regolato nei commi successivi della stessa norma, la ripresa da parte della stazione appaltante della procedura di affidamento già prevista all'articolo 140¹² del Codice dei Contratti Pubblici, disponendo che, in tali situazioni, la stazione appaltante interPELLI gli altri operatori economici in graduatoria.

¹² Vds. Articolo 140, Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto*»: «*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 o di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 11, comma 3 del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, 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. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta*».

Sono i successivi commi 3, 4, 5 e 6 della norma a dare attuazione ai principi della delega data al Governo con la ricordata Legge Delega 28/02/2016, n. 11¹³ in specifica relazione al rapporto fra appalto pubblico e procedure concorsuali.

L'articolo 110 riveste un'importanza cruciale ai fini della disciplina della materia trattata in quanto, per la prima volta, la normativa sugli appalti pubblici espressamente prevede la possibilità per un'impresa ammessa alla procedura di concordato preventivo in continuità aziendale o assoggettata al fallimento ma autorizzata all'esercizio provvisorio, di accedere a nuove procedure di aggiudicazione e/o di continuare a eseguire contratti pubblici già sottoscritti.

2. Problemi di coordinamento tra le due principali fonti di legge.

Entrambe le fonti normative in esame, Legge Fallimentare e normativa sugli appalti pubblici, delle quali si è ricostruita al precedente paragrafo l'evoluzione sul

¹³ Legge Delega 28/02/2016, n. 11, articolo 1, com. 1, lettera vv): «... la disciplina del procedimento per la decadenza e la sospensione delle attestazioni secondo i seguenti principi e criteri 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 subappalti e che 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 estato autorizzato l'esercizio provvisorio, possa eseguire i contratti già stipulati dell'impresa fallita; 4) previsione che l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale possa partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavoro, 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 con continuità aziendale o con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, com. 6, possa eseguire i contratti già stipulati dall'impresa stessa; 6) disciplina dei casi in cui l'ANAC può, nella fattispecie di cui ai numeri 2), 3), 4) e 5), sentito il giudice delegato 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 ...».

tema concorsuale, sono norme dello stesso rango, essendo ricomprese in atti aventi forza di legge e, prevedendo una disciplina di settore, hanno tutte e due il rango di *lex specialis*.

Entrambe le fonti, ad oggi, si occupano della possibilità di proseguire i contratti d'appalto pubblico pendenti al momento dell'apertura di una procedura concorsuale e della possibilità di partecipare a nuove gare d'appalto per le imprese soggette a tali procedure. E' tale circostanza, cioè che entrambe le fonti disciplinano la stessa fattispecie, a determinare il sorgere di problemi interpretativi.

La Legge Fallimentare, prima della novella del 2012, prevedeva, *ex* articolo 81, una disciplina generale sulla possibilità di proseguire i contratti d'appalto in caso di fallimento (non distinguendosi nella norma l'appalto privato da quello pubblico), mentre non era prevista nessuna disposizione relativa alla possibilità, per le imprese assoggettate ad una procedura concorsuale, di partecipare a nuove procedure di aggiudicazione.

All'articolo 81, comma 1 è previsto che, in caso di fallimento, sia del committente che dell'appaltatore, il contratto d'appalto si sciogla, salvo dichiarazione di volontà contraria da parte del curatore; mentre, al comma 2, è previsto, nel caso di fallimento del solo appaltatore, che i contratti d'appalto si sciogano, se le qualità soggettive di questo siano state elemento determinante per la stipulazione, salvo volontà contraria del committente.

Tale regola generale è stata modificata, come visto, con il D.L. 6/12/2011, n. 201, convertito con Legge 22/12/2011, n. 214, che ha aggiunto al comma 2 dell'articolo in questione un (ultimo) inciso, prevedendo di escludere dai casi disciplinati i contratti per la realizzazione di opere pubbliche e rinviando per essi alla disciplina di settore.

Allo stesso tempo, il Codice dei Contratti Pubblici, se da un lato espressamente vietava, *ex* articolo 38, comma 1, lettera a), la partecipazione a nuove gare per imprese in stato di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo, dall'altro non diceva nulla sulla possibilità di proseguire i contratti già stipulati.

L'assenza di una specifica previsione relativa alla prosecuzione dei contratti d'appalto aveva portato giurisprudenza e dottrina a ritenere di dover subordinare (comunque) la possibilità di proseguire i contratti al mantenimento di tutte le qualificazioni ed attestazioni richieste per la partecipazione alle gare, le quali, infatti, si riteneva venissero automaticamente a mancare nel caso di apertura di una procedura concorsuale¹⁴.

Si riteneva di poter determinare la perdita delle qualificazioni, nel caso di una procedura concorsuale, attraverso una lettura coordinata dell'articolo 38, comma 1, lettera a), con altri articoli del Codice dei Contratti Pubblici. L'articolo 40, «*Qualificazione per eseguire lavori pubblici*», prevedeva, infatti, che il possesso dell'attestazione SOA fosse considerato come un requisito necessario per la partecipazione alle gare pubbliche e per la validità della stipulazione del relativo contratto. Quindi, si riteneva che tale requisito dovesse permanere anche per tutta la durata dell'appalto. Qualora, infatti, fossero venute a mancare in corso d'opera le qualificazioni accertate con il rilascio dell'attestazione SOA, si riteneva che la stessa sarebbe stata revocata e, quindi, la prosecuzione del contratto non sarebbe stata più possibile. L'articolo 140 prevedeva, inoltre, in caso di apertura di una procedura concorsuale per l'impresa aggiudicataria, la possibilità per la stazione appaltante di interpellare le imprese successive in graduatoria.

Risultava, così, alla luce dell'interpretazione data alle richiamate norme del Codice dei Contratti Pubblici, la sostanziale inapplicabilità del principio generale di prosecuzione del contratto di appalto su richiesta del curatore di cui all'articolo 81 Legge Fallimentare, sia *ante*, che *post* riforma del 2011.

La necessità, prevista dal Codice dei Contratti Pubblici, per l'operatore economico di possedere determinati requisiti soggettivi (economici, finanziari, tecnici

¹⁴ Sul tema il Cons. St., ad. pl., 7/04/2011, n. 4, in *Il Foro amministrativo – C.d.S.*, Giuffrè, 2011, 4: «*Nelle gare pubbliche indette per l'aggiudicazione di un appalto i requisiti generali e speciali, richiesti dal bando, devono essere posseduti non solo alla data di scadenza da questo fissata, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e dell'aggiudicazione sia provvisoria che definitiva, nonché per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità, trattandosi di regola che trova la sua ratio in esigenze di certezza e funzionalità del sistema di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte degli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire contratti pubblici*».

e professionali) rendeva, infatti, il contratto d'appalto pubblico caratterizzato da una forte componente di "*intuitu personae*". Tale caratteristica del contratto avrebbe dovuto portare all'applicazione del comma 2 dell'articolo 81 Legge Fallimentare e, quindi, escludere l'applicabilità del comma 1. In realtà nemmeno il comma 2, dell'articolo in commento, risultava, però, applicabile ai contratti d'appalto pubblico. Ciò perché, se dalla lettura dal combinato disposto degli artt. 38, 40 e 140, Codice dei Contratti Pubblici, si era desunta l'impossibilità di proseguire contratti già stipulati in caso di apertura di una procedura concorsuale, allora si doveva anche ritenere, conseguentemente, che il codice non lasciasse alle stazioni appaltanti alcuna libertà di decidere autonomamente in senso contrario.

Quindi, già prima del 2011, si era arrivati a ritenere, relativamente alla prosecuzione dei contratti d'appalto pubblici, che prevalesse la disciplina specifica del Codice dei Contratti Pubblici, su quella generale dell'articolo 81 della Legge Fallimentare¹⁵.

Questi problemi di rapporto tra le due fonti, vengono in buona parte risolti con la novella del 2012 che, come abbiamo sopra visto, in un'ottica finalmente di coordinamento, introduce l'articolo 186-*bis* nella Legge Fallimentare e modifica l'articolo 38, comma 1, lettera a) del Codice dei Contratti Pubblici.

Tuttavia, la riforma determina subito la nascita di altri problemi di coordinamento, tra cui: la possibilità di ricomprendere all'interno della disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale anche le imprese che accedono al concordato cosiddetto "in bianco", *ex* articolo 161, comma 6, Legge Fallimentare¹⁶.

Successivamente, l'abrogazione del Codice dei Contratti Pubblici e la riorganizzazione della intera materia, attraverso il Nuovo Codice dei Contratti

¹⁵ Sul tema il Cons. St., comm. spec., 22/06/2008, parere n. 4575/2007, in *Il Foro Amministrativo – CdS*, Giuffrè, 2008, 1, che afferma come le previsioni del Codice dei Contratti Pubblici prevalgano su quelle della Legge Fallimentare sia «...*in base al carattere speciale della disciplina dei pubblici appalti, sia in virtù del principio della successione delle leggi nel tempo* ...».

¹⁶ Bisogna, infatti, ricordare come il comma 4, dell'articolo 186-*bis*, Legge Fallimentare, che ad oggi prevede tale ipotesi, è stato introdotto solo nel 2014.

Pubblici, ha provocato ulteriori problemi di coordinamento, quale, fra gli altri che esamineremo di seguito, il rilascio del DURC in costanza di procedura.

L'articolo 80, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, ha previsto, infatti, che «... *un operatore economico è escluso dalla partecipazione a un appalto pubblico se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) ...*».

Tale previsione del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, ove avesse imposto il pagamento del debito previdenziale antecedente alla procedura, si sarebbe posta in contrasto con uno dei principi cardine disposti dalla Legge Fallimentare per il concordato preventivo: *ex* articolo 168, Legge Fallimentare, i creditori anteriori, dalla data di pubblicazione della domanda di concordato preventivo non possono iniziare o portare avanti azioni esecutive e cautelari, fino alla definitività del decreto di omologazione del concordato preventivo e ciò vale anche per i creditori erariali. Tale cristallizzazione della posizione dei creditori e moratoria della loro soddisfazione sono effetti prodotti dal concordato preventivo e mirano evidentemente a salvaguardare l'integrità del patrimonio della procedura ed il rispetto della “*par condicio creditorum*”¹⁷.

In tale quadro, le previsioni dell'articolo 80, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, si sarebbero poste anche come ostacolo all'applicazione del successivo articolo 110 stessa normativa.

Se per la Legge Fallimentare non è possibile pagare, dopo la pubblicazione della domanda di concordato preventivo, eventuali debiti contributivi antecedenti e se la stessa circostanza viene considerata come ostativa al possesso dei requisiti di carattere generale richiesti per l'accesso ad un appalto pubblico, allora risulta difficile ipotizzare circostanze in cui possano trovare applicazioni le previsioni dell'articolo 110, comma 3, lettere a) e b).

¹⁷ Vds. LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, 2008.

Tale problema di coordinamento deve considerarsi risolto alla luce di quanto disposto da D.M. 30/01/2015, e all'interpretazione che di questo viene data dalla giurisprudenza, come diffusamente si illustrerà nel successivo paragrafo 5.2. del capitolo III.

Il coordinamento sembra, infine, mancare, come sopra anticipato, anche all'interno dello stesso Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Primo esempio sono le differenti procedure concorsuali elencate all'interno degli articoli 110, comma 1¹⁸ e 48¹⁹, commi 17 e 18, nonché dell'articolo 80²⁰.

L'articolo 48 da una parte prevede, correttamente, tra le procedure concorsuali, l'amministrazione straordinaria, dall'altra mantiene l'indicazione dell'abrogata amministrazione controllata. Allo stesso modo, incertezze sorgono sulla lettera dell'articolo 110, la quale non prevede l'amministrazione straordinaria e, invece, riporta una formula ambigua, quale «... procedura di insolvenza concorsuale ...» cui aggiunge le «... procedure di liquidazione dell'appaltatore ...».

¹⁸ Vds. Articolo 110, com. 1, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici «*Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore ...*».

¹⁹ L'articolo 48, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*», disciplina i requisiti che un raggruppamento temporaneo di concorrenti o un consorzio ordinario di operatori devono avere al fine di poter partecipare ad una gara d'appalto e ai commi 17 e 18 prevede: «... 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 ... la stazione appaltante può proseguire il rapporto d'appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto. 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 ... 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. ...».

²⁰ Vds. articolo 80, com. 5, lettera b), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Motivi d'esclusione*»: «... 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...».

Un altro problema di coordinamento all'interno del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici si riscontra nelle previsioni dell'articolo 110, relative alla possibilità per imprese soggette al fallimento di partecipare a nuove procedure di aggiudicazione, quando ammesse all'esercizio provvisorio. Tali previsioni, infatti, non sembrano essere coordinate con le altre disposizioni all'interno del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

L'apertura di un fallimento, infatti, ancora ad oggi, incide sul mantenimento dei requisiti soggettivi richiesti per la partecipazione alle gare d'appalto, facendo venire meno le certificazioni di qualità ed incidendo sul nuovo sistema di *rating*, ex articolo 83, comma 10²¹. Per cui, non si comprende come l'impresa fallita, in assenza di previsioni derogatorie, possa partecipare ad una procedura di aggiudicazione.

Nel contesto di tale considerazione si può commentare che una lettura integrale dell'articolo 110 fa emergere come il fallimento avrebbe trovato sicuramente una posizione meno problematica se disciplinato allo stesso modo del concordato preventivo liquidatorio, ai sensi del comma 4 di detto articolo, prevedendo per esso la possibilità della sola prosecuzione dei contratti. Le due procedure, è evidente, del resto, che condividano la stessa finalità, pure nel caso in cui all'interno del fallimento venga concessa l'autorizzazione all'esercizio provvisorio.

3. L'equilibrio degli interessi fra pubblico e privato e lo strumento della continuità aziendale.

L'introduzione di specifiche modifiche normative per consentire alle imprese soggette a procedure concorsuali di partecipare a nuove gare d'appalto o stipulare contratti aggiudicati, ovvero di anche proseguire contratti già in corso, si pone in un

²¹ Per approfondimento sul tema paragrafo 1, capitolo II.

contesto in cui viene via via a prendere forma un nuovo equilibrio tra interesse pubblico ed interesse privato.

L'interesse pubblico²² rispetto alla stabilità, realizzabilità e certezza del progetto, consistente nella effettiva ed ottimale realizzazione dell'opera o del servizio appaltati, era considerato dal legislatore come preminente e da tutelare, anche a discapito degli interessi dell'impresa e degli imprenditori privati e ciò dava una giustificazione alla precedente normativa, che escludeva *in toto* la possibilità per le imprese in procedura concorsuale di avere un ruolo all'interno delle procedure per la realizzazione di opere pubbliche.

Le riforme della normativa sugli appalti con riferimento alla crisi d'impresa, che abbiamo sopra cominciato ad esaminare, riflettono come, nel corso degli anni, a fronte delle nuove problematiche economiche e sociali che l'imprenditoria si è trovata ad affrontare a seguito della crisi economica, la bilancia degli interessi, prima pendente verso quello pubblico, sia pian piano venuta a spostarsi verso l'interesse privato al mantenimento dell'attività d'impresa.

La posizione centrale che la figura dell'impresa ottiene all'interno del nuovo disegno normativo, soprattutto su impulso del legislatore europeo, giustifica, infatti, il recente favore per istituti come il concordato preventivo con continuità aziendale e l'esercizio provvisorio d'impresa nel fallimento, che hanno l'intento di promuovere la prosecuzione dell'attività d'impresa e la salvaguardia degli *assets* aziendali, piuttosto che attivare e portare avanti un procedimento puramente di tipo liquidatorio.

Favorire il risanamento dell'impresa piuttosto che la sua liquidazione, significa, perseguire lo scopo del mantenimento in vita delle imprese meritevoli²³.

²² Vds. Articolo 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusivi*»: «*L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*».

²³ Un'impresa si può dire meritevole quando ha un EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*) positivo, quindi, risulta ancora redditiva dal punto di vista della sua gestione caratteristica (capace di produrre valori positivi). Tale indicatore prende in considerazione quei valori del conto economico che rappresentano la produzione (quindi il venduto) ed i costi della stessa (i quali insieme danno il valore della gestione caratteristica dell'impresa) e lasciano da parte interessi, tasse, svalutazione e ammortamenti. Quindi, l'EBITDA risulta utile nella quantificazione dei flussi di

A tale fine lo strumento che il legislatore ha ritenuto possibile utilizzare è quello della continuità aziendale.

In un'ottica aziendalistica la continuità aziendale è espressa dalla capacità, insita nell'impresa stessa, di durare nel tempo con economicità, coesione e competitività. In altre parole, nella pratica aziendale, la continuità è la capacità dell'azienda di produrre risultati positivi e flussi finanziari attivi nel tempo.

La continuità aziendale è, inoltre, un postulato di bilancio obbligatorio previsto dall'articolo 2423-bis, comma 1, c.c.²⁴ e richiamato dai principi contabili nazionali (OIC – Organismo Italiano di Contabilità) e da quelli internazionali (IAS - *International Accounting Standards*)²⁵. Tra i principi contabili nazionali quello a cui bisogna prestare attenzione è l'OIC 11 che, ai paragrafi dal 21 al 24, prevede: «... la valutazione delle voci di bilancio sia fatta nella prospettiva della continuazione dell'attività e quindi tenendo conto del fatto che l'azienda costituisce un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito. ... la direzione aziendale deve effettuare una valutazione prospettica della capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionale destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro ...»²⁶.

L'alternativa alla continuità aziendale è la liquidazione, nella quale il patrimonio aziendale perde la capacità di produrre reddito, diventando patrimonio di liquidazione,

cassa dell'azienda, come suo risultato industriale. Importante è, quindi, comprendere cosa rappresentano i diversi valori riportati nel conto economico, distinguendo: la gestione caratteristica, la gestione ordinaria (per cui si introducono le attività finanziarie all'interno della gestione caratteristica), quella straordinaria e la componente della tassazione. Inoltre, il valore del risultato industriale, o profitto d'impresa, dato dall'EBITDA può essere assimilato al valore del Margine Operativo Lordo (MOL), anche esso rappresentativo della gestione caratteristica.

²⁴ Vds. Articolo 2423-bis, c.c., rubricato «Principi di redazione del bilancio»: «Nella redazione del bilancio devono essere osservati i seguenti principi: 1) la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività ...».

²⁵ Tali principi sono emanati da organismi nazionali (Organismo Italiano di Contabilità) ed internazionali (*International Accounting Standards Board*) che hanno un ruolo fontale in materia contabile. Tali principi vengono applicati per la redazione dei bilanci, trovando il loro riconoscimento a livello normativo, rispettivamente, nel D.L. 24/06/2014, n. 91, convertito con Legge 11/08/2014, n. 116 e nel Regolamento CE/1126/2008.

²⁶ Sono nella sostanza uguali le previsioni disposte dello IAS 1, ai paragrafi 23 e 24: «... nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione della capacità dell'entità di continuare a operare come un'entità in funzionamento. Il bilancio deve essere redatto nella prospettiva della continuazione dell'attività a meno che la direzione aziendale non intenda liquidare l'entità o interrompere l'attività ...».

quindi, destinato ad essere realizzato con usuali minusvalenze e/o sopravvenienze passive rispetto ai valori contabili: le attività vengono valutate per il presunto valore di realizzo, mentre le passività per quello di estinzione.

Quanto sopra premesso, il concetto di continuità aziendale all'interno di una procedura concorsuale deve essere inteso come prosecuzione dell'attività dell'impresa meritevole, nonostante la crisi, attraverso la ristrutturazione e nonostante, come nel caso del fallimento, la cessazione dell'imprenditore.

Anche se il concreto contributo alle soluzioni della crisi d'impresa attraverso la continuità aziendale viene introdotto dalla novella del 2012, il concetto non costituiva una assoluta novità nel nostro ordinamento.

Basti pensare ad istituti come quello dell'esercizio provvisorio, *ex* articolo 104 Legge Fallimentare, i quali hanno portato anche la giurisprudenza, già nel 2010, a prescindere dal tema specifico dell'appalto pubblico, ad affermare come il nostro ordinamento fosse ormai caratterizzato da una «... *nuova modalità di approccio alla crisi dell'impresa ... connotata dal superamento della concezione liquidatoria ... , in favore di quella diretta alla conservazione del valore dell'azienda ...*²⁷».

Tornando a prestare attenzione a quanto previsto dalla novella del 2012, si deve evidenziare che questa non solo ha introdotto una specifica disciplina in materia di concordato preventivo con continuità aziendale, attraverso l'articolo 186-*bis* ma ha anche previsto vari istituti per superare le criticità che la pratica giuridica aveva posto in evidenza per una effettiva attuazione della finalmente regolata continuità aziendale

²⁷ Cfr. Corte Cost. 22/07/2010, n. 270, in *Il Foro italiano*, 2010, I, 2901 «La soluzione privilegiata dalla disposizione in esame può essere iscritta, infatti, nella nuova modalità di approccio alla crisi dell'impresa che caratterizza il nostro ordinamento, alla quale è stata ispirata anche la riforma della legge fallimentare, connotata dal superamento della concezione liquidatoria dell'impresa, in favore di quella diretta alla conservazione del valore dell'azienda, per fini di utilità sociale (tra questi, la tutela del lavoro), conseguibile anche mediante cessioni e concentrazioni».

(ne sono esempi l'articolo 182-*quinquies*²⁸, l'articolo 182-*sexies*²⁹ e l'articolo 169-*bis*, di cui si parlerà diffusamente al successivo paragrafo 3.1.3.).

3.1. La continuità aziendale.

La continuità aziendale presa in considerazione dal legislatore all'interno dell'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale, *ex* articolo 186-*bis* Legge Fallimentare, che deve essere specificatamente prevista e regolata all'interno del piano concordatario, si basa sul mantenimento in esercizio dell'azienda, da parte dello stesso imprenditore o da parte di terzi, cessionari o conferitari.

²⁸ Vds. Articolo 182-*quinquies*, Legge Fallimentare, rubricato «*Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*»: «*Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. ... Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori ...*».

²⁹ Vds. Articolo 182-*sexies*, Legge Fallimentare, rubricato «*Perdita o riduzione del capitale sociale in crisi*»: «*Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-duodecies del codice civile. Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile*».

La continuità aziendale, in tale contesto, diventa strumento finalizzato da una parte al migliore³⁰ soddisfacimento dei creditori (si sta sempre parlando di una procedura concorsuale) e dall'altra al risanamento dell'azienda.

La novella del 2012 ha introdotto una disciplina specificatamente dedicata al concordato preventivo con continuità aziendale costituita, da un lato, da oneri informativi aggiuntivi a tutela dei creditori e, dell'altro, da una serie di istituti agevolativi per il debitore, che lo possano indurre a “denunciare”, il prima possibile, la situazione di crisi, agevolandolo nella ricercata soluzione proprio attraverso l'introdotta prosecuzione aziendale.

Tra tali agevolazioni rileva considerare qui l'articolo 182-*quinquies* Legge Fallimentare, che prevede la possibilità per l'imprenditore in crisi, dopo il deposito di una domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, di ottenere nuovi finanziamenti (prevedendo di considerare i relativi finanziatori come creditori prededucibili, ai sensi dell'articolo 111, Legge Fallimentare) e, nel caso specifico di concordato con continuità aziendale, anche di pagare i c.d. “fornitori strategici” anteriori, dopo il deposito dalla relativa domanda di concordato preventivo.

Entrambe le previsioni si inseriscono in un assetto normativo «... *finalizzato ad agevolare il ricorso tempestivo agli istituti di regolazione concordata della crisi anche in funzione della anticipata emersione della crisi stessa e a consentire, nonostante la crisi, la continuità dell'attività imprenditoriale allorché essa corrisponda anche all'interesse dei creditori, in quanto suscettibile di condurre al loro migliore soddisfacimento ...*»³¹.

³⁰ La prova che, per il legislatore, sia sempre preminente l'interesse alla soddisfazione dei creditori e che, quindi, l'imprenditore non possa accedere indiscriminatamente all'istituto del concordato preventivo al fine della sola ristrutturazione, è dato, dalla necessità di assicurare proprio la “miglior soddisfazione possibile” dei creditori: ex articolo 186-*bis*, comma 2, lettera b), Legge Fallimentare, viene esplicitamente richiesto che la relazione del professionista, ex articolo 161, comma 3, attesti che la prosecuzione dell'attività, prevista dal piano, sia funzionale alla miglior soddisfazione possibile dei creditori.

³¹ cfr. FERRO M., *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, CEDAM, 2014.

E' possibile andare ad analizzare come, all'interno dell'articolo 186-*bis* Legge Fallimentare, il concetto della continuità aziendale possa e debba essere analizzato sotto diverse prospettive utili allo sviluppo del tema affrontato.

3.1.1. La “Continuità diretta” e la “Continuità indiretta”.

Ai fini della qualificazione del concordato preventivo come concordato con continuità aziendale e dell'applicazione della specifica disciplina sopra richiamata, ciò che rileva sono le specifiche previsioni fatte in argomento all'interno del piano concordatario; «... *nel piano si deve ricollegare la soddisfazione dei creditori all'andamento dell'impresa e, quindi, alle risorse generate dalla continuità (“continuità diretta” - ndr) o al valore che questa consente di realizzare, attraverso il ricavato della cessione dell'azienda mantenuta a tal fine in esercizio fino al trasferimento (“continuità indiretta” - ndr) ...*»³².

Ciò significa che, ai fini dell'applicazione dell'articolo 186-*bis* Legge Fallimentare, il piano potrà prevedere, o la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, o la cessione dell'azienda in esercizio, ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società. Nel primo caso si può parlare di “continuità diretta”, mentre negli altri due di “continuità indiretta”.

Va anche detto che le modalità con cui si può strutturare la continuità aziendale sopra ricordate, non hanno sicuramente il valore di una elencazione tassativa; perciò sembra lecito pensare che la continuità possa essere realizzata anche con forme

³² cfr. CASA F., *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'articolo 186-bis l.fall.*, in *Il Fallimento*, IPSOA, 2013, 1379-1390.

differenti: attraverso l'attribuzione dell'azienda con scissione societaria³³ o anche attraverso possibili combinazioni di continuità "diretta" ed "indiretta"³⁴.

La possibilità di prevedere la "continuità diretta" è la vera innovazione prevista all'interno della novella del 2012. Infatti, come già detto, anche prima di tale riforma, all'interno della Legge Fallimentare si riconosceva la possibilità di portare avanti l'attività di impresa o attraverso l'affitto d'azienda o con conferimenti in appositi veicoli societari, al fine, tuttavia, della successiva cessione nella fase liquidatoria.

Per quanto riguarda la possibilità di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico, utilizzando l'azienda in crisi o di proseguire contratti che questa abbia già stipulato, l'articolo 186-*bis* non fa distinzioni tra "continuità diretta" e "continuità indiretta", prevedendo espressamente che, se in possesso degli stessi requisiti e delle attestazioni previste per l'imprenditore originariamente *in bonis*, anche l'impresa cessionaria, o la società conferitaria dell'azienda, o del ramo d'azienda, possono beneficiare dell'istituto della continuazione aziendale, potendo, quindi, partecipare a nuove gare d'appalto pubblico e proseguire contratti già stipulati³⁵.

3.1.2. I creditori concorsuali nella continuità aziendale.

Ovviamente, se da una parte la continuità aziendale sembra una scelta assolutamente funzionale per la salvaguardia degli *assets* aziendali ed è concessa dal legislatore solo previa verifica specifica del miglior soddisfacimento, attraverso di essa, dei creditori concorsuali, dall'altra non si può negare che la stessa porti con sé

³³ Vds. STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, IPSOA, 2013.

³⁴ Vds. NARDECCHIA G. B., RANALLI R., *Sub articolo 186-bis*, in *Comm. Lo Cascio*, IPSOA, 2284 – 2314.

³⁵ Vds. FERRO M., *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, 2014.

dei rischi, rispetto ai quali i creditori devono essere garantiti, attraverso maggiori oneri informativi per il debitore.

Questi rischi insiti nella prosecuzione dell'attività sono il rischio stesso d'impresa, unitamente al possibile aumento dei creditori prededucibili.

Si comprendono e giustificano, quindi, le particolari “cautele” procedurali introdotte dal legislatore nell'articolo 186-*bis* Legge Fallimentare, che sono poste proprio a tutela dei creditori rispetto alla prosecuzione di contratti pendenti all'apertura della procedura concorsuale, in particolar modo se si tratta di contratti stipulati con la pubblica amministrazione, nonché rispetto all'assunzione di nuove obbligazioni, specialmente se comportino la partecipazione a nuove gare d'appalto pubblico.

L'articolo specifica, infatti, per la continuità aziendale, il contenuto del cosiddetto piano concordatario, rispetto a quanto previsto dall'articolo 161, comma 2, lettera c) e della relazione del professionista rispetto all'articolo 161, comma 3, prevedendo ulteriori particolari cautele nel caso in cui l'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale voglia proseguire contratti pubblici pendenti o partecipare a nuove gare d'appalto pubblico³⁶.

Il comma 2 dell'articolo prevede, per quanto riguarda gli oneri informativi generali, che il piano concordatario contenga un'analitica «... *indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa ...*» e che la relazione del professionista, designato dall'imprenditore *ex* articolo 67, Legge Fallimentare, attesti che tale prosecuzione sia «... *funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori ...*».

Sempre in tema di oneri informativi, ma “speciali”, cioè riferiti ai contratti in essere, il successivo comma 3 specifica, poi, come, al fine della prosecuzione degli stessi, ivi compresi quelli di appalto pubblico, il professionista debba anche attestare che la prosecuzione di essi sia conforme al piano e che vi sia la ragionevole capacità

³⁶ Si può notare come solo la Legge Fallimentare parla della necessità di specifiche attestazioni, in quanto nel Codice dei Contratti Pubblici non vi è nessuna disposizione in merito. La ragione di tale assenza è che le attestazioni a cui si è fatto riferimento consistono in atti propri della procedura concorsuale, come attività interna dei suoi organi, e devono essere presentate al relativo Giudice Delegato.

dell'imprenditore di adempierli, rappresentata dalla presenza di specifici strumenti e risorse concretamente idonee ad adempiere le singole obbligazioni degli stessi.

L'attestazione "speciale" del comma 3 e la sua funzione sono ben descritti, come segue, dalla dottrina «... *L'attestazione di conformità si risolve in un giudizio di coerenza della prosecuzione del contratto rispetto al piano di concordato, con particolare riguardo all'esistenza di una correlazione tra tale prosecuzione ed i flussi della stessa generati. Con riferimento invece all'attestazione sulla ragionevole capacità di adempimento, questa dovrebbe comprendere l'insussistenza di ragioni ostative, anche prospettive, alla capacità del debitore di far fronte agli impegni già assunti nei confronti della stazione appaltante ...*»³⁷.

Nel caso, poi, in cui il piano preveda la partecipazione dell'imprenditore a nuove procedure di aggiudicazione (comma 5), il legislatore aggiunge tra i requisiti necessari ai fini del deposito del ricorso per l'ammissione del concordato preventivo una ulteriore attestazione "speciale": la relazione di un professionista (in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 67, comma 3, lettera d)), il quale attesti «... *la conformità del piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto ...*», nonché una dichiarazione 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 sia 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 ...*».

³⁷ cfr. FIAMMANÒ F., *Esercizio provvisorio dell'impresa e riallocazione dell'azienda nella riforma della legge fallimentare*, in www.ilCaso.it.

3.1.3. La “continuità contrattuale”.

Con riferimento al comma 3 dell’articolo 186-*bis* Legge Fallimentare, relativo alla prosecuzione dei contratti pendenti all’apertura della procedura concorsuale, la dottrina³⁸ ha affrontato il tema della cosiddetta “continuità contrattuale” all’interno della continuità aziendale nella crisi d’impresa.

Per “continuità contrattuale” si vuole qui intendere la circostanza per cui, all’interno di una procedura di concordato preventivo, al fine del mantenimento in vita del complesso aziendale, la Legge Fallimentare, come da ultimo riformata, consente oggi all’imprenditore di continuare ad eseguire i contratti stipulati prima dell’apertura della procedura, ovvero di sciogliersene, al verificarsi di determinati presupposti.

Per comprendere quale sia la sorte che la Legge Fallimentare assegna ai contratti pendenti³⁹ ed, in particolare, a quelli di natura pubblica, al momento della presentazione del ricorso *ex* articolo 161, bisogna richiamare, pur brevemente, la disciplina in materia.

Prima del 2012, all’interno della Legge Fallimentare, il destino dei contratti pendenti era disciplinato dagli articoli 72⁴⁰ e ss., all’interno della Sezione IV, «*Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*».

In assenza di diverse specifiche disposizioni, anche nel caso di concordato preventivo, veniva applicata la regola generale della sospensione dei rapporti giuridici pendenti prevista per il fallimento dall’articolo 72, Legge Fallimentare, lasciando al curatore la possibilità di scegliere se proseguirli o scioglierli.

³⁸ Vds. Ferro M., *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, 2014.

³⁹ «*I contratti pendenti sono i contratti bilaterali a prestazioni corrispettive non ancora compiutamente eseguiti da entrambe le parti del rapporto al momento della predisposizione della domanda di concordato*» (cfr. CAIAFA A. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, DIKE, 2016).

⁴⁰ Vds. Articolo 72, Legge Fallimentare, rubricato «*Rapporti pendenti*»: «*Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l’esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l’autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto. [...]*».

La ratio alla base delle previsioni dell'articolo 72, Legge Fallimentare, è quella di lasciare al curatore la possibilità di decidere, caso per caso, se la continuazione di un contratto sia compatibile o meno con le finalità del fallimento, cioè con la soddisfazione di quanti più creditori possibili attraverso la liquidazione dell'attivo dell'impresa.

Tale situazione cambia con la novella del 2012 che, con il nuovo articolo 169-*bis*, ha introdotto una necessaria specifica disciplina per i contratti pendenti all'apertura di una procedura di concordato preventivo.

Ciò ha comportato la possibilità di distinguere quelli che sono gli effetti sui rapporti giuridici preesistenti determinati dal fallimento e quelli invece determinati dal concordato preventivo. Infatti, se per il fallimento la regola generale rimane quella della sospensione dei contratti, in attesa della decisione del curatore, ad oggi, nel caso di concordato preventivo, la regola generale è quella della naturale continuazione del contratto, considerando la sospensione/scioglimento come un'eccezione.

L'articolo 169-*bis* Legge Fallimentare prevede che «... *il debitore con il ricorso di cui all'articolo 161, o successivamente, può chiedere che il Tribunale, ovvero, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato con decreto motivato sentito l'altro contraente, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. Lo scioglimento o la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente. ...*».

Tale norma, stabilendo la possibilità per l'imprenditore di sciogliere o sospendere i contratti pendenti, ha voluto facilitare la realizzazione del piano concordatario, permettendogli di sciogliere o sospendere quei contratti che non risultino, secondo il piano attestato da predisporre, funzionali allo scopo, pagando, poi, l'eventuale indennizzo/danno conseguente dal mancato adempimento come credito concorsuale e non prededucibile.

Se l'articolo 169-*bis* ha dettato una disciplina generale della “continuità contrattuale” nel concordato preventivo, con l'articolo 186-*bis*, comma 3, Legge Fallimentare, il legislatore ha introdotto una disciplina ulteriore di tale “continuità contrattuale” per il concordato preventivo con continuità aziendale.

In questo articolo il legislatore, dopo aver definito l'applicabilità anche al concordato con continuità aziendale dell'articolo 169-*bis*, aggiunge importanti ed ulteriori novità.

L'articolo, infatti, nel ribadire che «... *i contratti in corso di esecuzione alla data del deposito del ricorso ...*» non si risolvono, come già definito dall'articolo 169-*bis*, aggiunge che tale previsione si applica anche ai contratti stipulati con la pubblica amministrazione.

Tale previsione, facendo esplicito riferimento al deposito del ricorso e non invece all'ammissione alla procedura, come nel paragrafo 2, del capitolo II si avrà modo di approfondire, permette di risolvere eventuali problemi interpretativi rispetto alla possibilità per l'imprenditore, che abbia presentato un ricorso per l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161, comma 6, Legge Fallimentare (cosiddetto concordato preventivo “in bianco”), di poter proseguire i contratti d'appalto già stipulati.

Il comma 3 dell'articolo 186-*bis*, Legge Fallimentare, poi, prosegue andando a prevedere, invece, nuovi oneri informativi a carico del debitore, nel caso in cui questo voglia proseguire i contratti già stipulati dopo l'ammissione al concordato preventivo.

Quindi, nel caso di contratti stipulati con la pubblica amministrazione, il comma 3 dell'articolo 186-*bis*, che disciplina il concordato preventivo con continuità aziendale, delinea uno schema per cui, dopo il deposito del relativo ricorso i contratti proseguono ai sensi dell'articolo 169-*bis*, mentre dopo l'ammissione, per proseguire tali contratti, saranno necessarie nuove e ulteriori attestazioni.

3.1.4. La continuità aziendale e la partecipazione a nuove gare d'appalto pubblico nel concordato preventivo con continuità aziendale.

La continuità aziendale si declina poi, ai commi 4, 5 e 6 dell'articolo 186-*bis* Legge Fallimentare, come possibilità, per l'impresa ammessa al concordato preventivo (e per i raggruppamenti temporanei d'impresa di cui la stessa faccia parte), di partecipare a nuove procedure di aggiudicazione di contratti pubblici.

Rispetto alla possibilità per l'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale di partecipare a nuove procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, sono due le questioni che si dovranno approfondire e delle quali si vuole qui introdurre i temi principali.

La prima questione riguarda la possibilità che la partecipazione a nuove gare sia condizionata all'ammissione del concordato preventivo con continuità aziendale e, quindi, esclusa nel caso di (semplice) presentazione del ricorso, anche ai sensi dell'articolo 161, comma 6, Legge Fallimentare, cioè del cosiddetto concordato "in bianco".

Su un tema così importante, che determina la possibilità per le aziende di un determinato settore (come quelle degli appalti pubblici nel settore edilizio o in quello dei servizi pubblici) di presentare un concordato preventivo con continuità aziendale, si parlerà diffusamente nel successivo paragrafo 4 del capitolo III di questo lavoro.

La seconda questione riguarda la possibilità per un'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale di partecipare a gare che non erano state ancora bandite al momento del deposito del ricorso, per cui di una tale partecipazione nulla sia stato previsto all'interno del piano concordatario.

Nel caso affrontato, la dottrina ha ritenuto che l'impresa possa partecipare ad una nuova gara per un appalto pubblico, quindi non menzionata all'interno del piano concordatario, se: «... *il contratto per il quale l'impresa concorre sia comunque riconducibile alle attività oggetto di prosecuzione ed il professionista riscontri la*

sostenibilità economica e finanziaria per l'impresa, con una valutazione che attiene non solo la conformità ma anche la ragionevole capacità di adempimento ...»⁴¹.

Fermo che, ex articolo 108, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, in generale, l'impresa potrà essere ammessa a partecipare a nuove gare solo ove sussista il ragionevole convincimento che questa, come ogni altra impresa, abbia le dovute competenze tecnico-professionali.

3.2. La continuità aziendale nel caso di fallimento autorizzato all'esercizio provvisorio.

Facendo riferimento al Nuovo Codice dei Contratti Pubblici e, quindi, alle disposizioni del nuovo articolo 110⁴², un altro istituto della Legge Fallimentare in cui emerge il concetto di continuità aziendale è quello previsto dall'articolo 104, «*Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*»⁴³.

⁴¹ cfr. MACAGNO G. P., *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in www.ilCaso.it.
⁴² Nella pratica viene spesso utilizzato anche l'istituto dell'affitto d'azienda, ex articolo 104-bis Legge Fallimentare. Tale istituto, tuttavia, non viene in alcun modo preso in considerazione dell'articolo 110 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, che si concentra solo sull'esercizio provvisorio. L'istituto dell'affitto d'azienda, pur perseguendo le medesime finalità di quello previsto ex articolo 104, quindi la possibilità di proseguire lo svolgimento delle attività dell'impresa fallita, nella pratica sembrerebbe conciliarsi meglio con la possibilità di partecipare a nuove procedure di aggiudicazione, in quanto l'onere e la responsabilità della gestione non va a pesare sul fallimento, ma sull'affittuario.

⁴³ Vds. Articolo 104, Legge Fallimentare, rubricato «*Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*»: «*Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori. Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata. Durante il periodo di esercizio provvisorio, il comitato dei creditori è convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio. Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione. Ogni semestre, o comunque alla conclusione del periodo di esercizio provvisorio, il curatore deve presentare un rendiconto dell'attività mediante deposito in cancelleria. In ogni caso il curatore informa senza indugio il giudice delegato e il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio. Il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto in camera di consiglio*

L'articolo 104, che non è stato introdotto con la novella del 2012, ma il cui testo è stato introdotto con il D.Lgs. 9/01/2006, n. 5, rappresenta un esempio di come lo strumento della "continuità aziendale" fosse già presente nella Legge Fallimentare.

L'istituto dell'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa all'interno del fallimento è finalizzato alla conservazione della funzionalità dell'azienda ed alla tutela dell'avviamento, per una proficua successiva liquidazione dell'attivo⁴⁴.

L'esercizio provvisorio viene realizzato dal curatore e non dall'imprenditore, che nel fallimento viene spogliato dei beni aziendali, così costituendo una previsione di continuità aziendale "indiretta", essendo il patrimonio del fallito cristallizzato come massa separata, non più gestibile dall'imprenditore fallito.

Al curatore, nel caso di autorizzazione all'esercizio provvisorio, viene affidato il compito di mantenere in vita quelle strutture organizzative preesistenti ed economicamente rilevanti, per la loro successiva "riallocazione" sul mercato.

Date le previsioni dell'articolo 110, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, bisogna evidenziare un problema di coordinamento fra il fallimento in esercizio provvisorio e le disposizioni in materia di appalto pubblico riguardanti la partecipazione a nuove gare.

Infatti, se l'istituto dell'esercizio provvisorio è caratterizzato da un intento conservativo del valore del complesso aziendale per la sua successiva certa cessione, sembra difficile ipotizzare la partecipazione della curatela a nuove gare d'appalto, in quanto tale nuovo impegno non sembrerebbe avere il medesimo intento conservativo.

Altra caratteristica dell'esercizio provvisorio, che rende incerta e problematica la partecipazione ad una gara d'appalto da parte di un'impresa in fallimento è il

non soggetto a reclamo sentiti il curatore ed il comitato dei creditori. Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli. I crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in precedenza ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1). Al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del capo III del titolo II».

⁴⁴ Vds. MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013; GUGLIEMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino 2008.

carattere necessariamente temporaneo che connota l'istituto *ex* articolo 104 Legge Fallimentare.

A ciò deve aggiungersi che il Tribunale ed il Comitato dei Creditori hanno la funzione, nel caso in cui valutino che la prosecuzione dell'esercizio provvisorio non sia più idoneo alla migliore liquidazione possibile delle attività, di disporre la cessazione in ogni momento.

4. Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

L'attuazione delle Direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2015/25/UE, attraverso il D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, ha portato, come anticipato, all'emanazione di un Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, abrogando per intero il precedente, di cui al D.Lgs. 12/04/2006, n. 163.

Al fine di inquadrare il panorama normativo nel quale è stato discusso, approvato e promulgato il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici si deve fare riferimento a quanto previsto dall'articolo 38, comma 1, lettera a) della Direttiva 2014/23/UE:

«... 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 dell'attività in tali situazioni; ...».

L'intento del legislatore europeo, con tale disposizione, era quello di lasciare agli Stati membri la possibilità di decidere se escludere o meno le imprese soggette ad una particolare procedura concorsuale da un appalto pubblico e, quindi, favorire la massima partecipazione possibile a tali procedure ad evidenza pubblica anche per le imprese che avessero fatto ricorso agli strumenti previsti dall'ordinamento nazionale al fine del risanamento aziendale.

All'interno del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici la libertà lasciata al legislatore italiano dalle norme europee si è realizzata attraverso il combinato disposto degli artt. 80 e 110, sopra già illustrati, anche rispetto al loro necessario coordinamento con la normativa fallimentare.

L'analisi di tale testo normativo e delle modifiche con esso introdotte sul precedente codice, nell'ottica che qui interessa, deve senz'altro iniziare tenendo presente che all'interno della normativa sugli appalti pubblici è sempre stato necessario definire una serie di previsioni con cui classificare i requisiti che un operatore economico deve possedere, in via generale, per poter partecipare a procedure di aggiudicazione e per poter sottoscrivere ed eseguire i relativi contratti.

Preliminarmente va individuato chi, secondo il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, può essere qualificato come operatore economico.

Riprendendo la definizione che la Direttiva europea 2014/23/UE dà di tale soggetto, il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici lo definisce, all'articolo 3, comma 1, lettera p), come: *«... una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991,*

n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi; ...»⁴⁵.

Tornando alla trattazione analitica dei requisiti, che potremmo definire, ai fini dello svolgimento del discorso che ci occupa, come “soggettivi”, vanno esaminate quelle che erano le relative norme nel vecchio testo del Codice dei Contratti Pubblici, in quanto, solo in questo modo, appare possibile comprendere il reale valore delle nuove disposizioni, all’interno del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Il Codice dei Contratti Pubblici andava a disciplinare le caratteristiche e le qualifiche che un operatore economico doveva possedere per partecipare ad un appalto pubblico agli artt. 38 e ss..

Nell’articolo 38, come anticipato al precedente paragrafo 1, il legislatore elencava tutte quelle situazioni soggettive che dovevano ritenersi ostative alla partecipazione di un’impresa ad una procedura ad evidenza pubblica. Tra di esse si prevedevano il fallimento, la liquidazione coatta ed il concordato preventivo, ovvero la pendenza di un procedimento per l’apertura di una di tali procedure concorsuali. Sistema rigido poi, in parte, “mitigato”, nel 2012, con il sopra ricordato rinvio all’articolo 186-*bis* Legge Fallimentare.

Agli artt. 39, 40, 41 e 42, erano, invece, posti in evidenza i c.d. “criteri di selezione”. Con essi il legislatore richiedeva all’imprenditore di avere determinati requisiti di idoneità professionale, qualificazioni tecniche, capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.

Per quanto riguarda i requisiti di professionalità, l’articolo 39 richiedeva ai concorrenti in gara di essere iscritti nel registro della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura e nel Registro delle Commissioni Provinciali per l’Artigianato, o presso i competenti Ordini Professionali.

⁴⁵ Si prenda in considerazione anche l’articolo 45, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Operatore Economico*».

Il successivo articolo 40 prevedeva che i soggetti esecutori possedessero capacità professionali ed un determinato livello di correttezza. Inoltre, tale capacità e qualità dell'impresa doveva essere propriamente certificata.

Da ultimo, gli artt. 41 e 42 andavano a definire parametri per quantificare la capacità economico finanziario e tecnico professionale minima⁴⁶ richiesta agli operatori economici.

Passando, quindi, ad analizzare le modifiche introdotte su tali requisiti soggettivi dal Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, sono due gli articoli di principale interesse: l'articolo 83 e l'articolo 80. L'esame di tali norme permette di andare a valutare come siano cambiati e quali, quindi, ad oggi, siano i requisiti soggettivi richiesti dall'ordinamento per gli operatori economici in materia di appalti pubblici.

I criteri di selezione, prima disciplinati agli artt. 39, 40, 41 e 42, ad oggi, sono riproposti all'articolo 83⁴⁷, rubricato «*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*».

Di maggiore importanza, ai fini della materia in esame, è la disciplina dell'articolo 80, rubricato, come già detto, «*Motivi di esclusione*». Tale norma, come già l'articolo 38 nel Codice dei Contratti Pubblici, elenca le cause per cui un operatore economico può essere escluso dalle procedure d'appalto, per carenza dei necessari requisiti soggettivi. Tra tali cause di esclusione, al comma 5, lettera b), si prevede che «... *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*

⁴⁶ Sia nel Codice dei Contratti Pubblici, sia nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici tali livelli minimi di capacità economico finanziaria e tecnico professionale dovevano essere definiti dalla stazione appaltante all'interno del bando di gara o della lettera d'invito e dovevano essere parametrati alla specifica opera o servizio oggetto di gara pubblica. Nell'articolo 83, comma 8, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*», infatti, viene previsto che «... *Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazioni richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche dall'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite ...*».

⁴⁷ Vds. 83, comma 1, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*»: «*I criteri di selezione riguardano esclusivamente:*

- a) *i requisiti di idoneità professionale*
- b) *la capacità economica e finanziaria*
- c) *le capacità tecniche e professionali ...*».

riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni ...», facendo, invece, salvo quanto previsto all'articolo 110.

Attraverso il rinvio, fatto dall'articolo 80, all'articolo 110, che introduce la grande novità in materia, permettendo, con le dovute cautele, all'impresa in fallimento, quando autorizzata all'esercizio provvisorio e a quella in concordato preventivo con continuità aziendale di partecipare a nuove gare d'appalto e proseguire l'esecuzione di contratti già aggiudicati, diventa evidente come sia mutato l'indirizzo del legislatore del nuovo codice rispetto alla possibilità di ritenere o meno ostativa alla partecipazione ad una gara d'appalto, alla stipulazione di un contratto già aggiudicato, ovvero, anche, alla prosecuzione di contratti pendenti l'apertura e/o la pendenza di una procedura concorsuale.

Infatti, se nel vecchio codice veniva completamente esclusa la possibilità per imprese in stato di insolvenza/crisi di poter, in alcun modo, partecipare ad appalti pubblici, prima con la novella del 2012 (con l'introduzione del concordato con continuità aziendale ed il richiamo ad esso nell'articolo 38 vecchio codice) e, successivamente, nel 2016 (con il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici), il legislatore ha aperto sempre più la strada a tale possibilità.

Valutati, quindi, i requisiti soggettivi che l'operatore economico deve possedere, è necessario andare a determinare su quale fase della procedura dell'appalto pubblico venga ad incidere il possesso di essi.

Appare utile, quindi, ripercorrere in breve quelle che sono le fasi della procedura dell'appalto pubblico.

L'articolo 32⁴⁸, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Fasi delle procedure di affidamento*», conferma, sull'argomento, l'assetto del precedente articolo 11, del vecchio Codice dei Contratti Pubblici.

⁴⁸ Vds. Articolo 32, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Fasi delle procedure di affidamento*»: «*Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli anni di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai*

Riprendendo, infatti, l'impostazione delle recenti Direttive europee e del previgente Codice dei Contratti Pubblici, il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, «*mantiene l'originaria sequenza procedimentale distinta in due fasi: la prima, avente natura amministrativa, rappresentata dalle procedure di scelta del contraente che devono svolgersi nel rispetto di regole definite; la seconda avente natura negoziale, costituita dal momento di conclusione del contratto e di attuazione del rapporto contrattuale*»⁴⁹.

Dopo la pubblicazione del bando di gara o l'invio della lettera d'invito, ad opera della stazione appaltante e la presentazione delle relative offerte da parte degli operatori economici, che intendono partecipare alla procedura di gara, si apre una prima fase di esame. La stazione appaltante, infatti, deve valutare se gli operatori, nel presentare l'offerta, abbiano depositato tutta la documentazione necessaria, richiesta dalla normativa in materia, tra cui, quindi, anche tutta la documentazione che dimostri il possesso dei requisiti di selezione.

Tale fase si conclude con la scelta del contraente da parte della stazione appaltante, attraverso una proposta di aggiudicazione⁵⁰ che chiude la gara. La proposta, redatta all'interno dell'ultimo verbale, viene, quindi, trasmessa all'organo competente per la valutazione⁵¹.

propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. ... La selezione dei partecipanti e delle offerte avviene mediante uno dei sistemi e secondo i criteri previsti dal presente codice. ... La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione. L'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8. L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti. Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ...»

⁴⁹ cfr. LUPO A., *Fasi delle procedure di affidamento*, www.l'Amministrativista.it.

⁵⁰ Sul tema il TAR, Lazio-Roma, sez. II-ter, 10/05/2017, n. 5613, in www.giustizia-amministrativa.it, per cui l'organo competente a redigere la proposta di aggiudicazione è la commissione di gara, il cui compito si esaurisce con l'approvazione del suo operato da parte dei competenti organi della stazione appaltante, all'interno del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

⁵¹ Vds. Articolo 32, comma 5, Nuovo Codice dei contratti Pubblici, rubricato «*Fasi della Procedura di affidamento*», «... la stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, com. 1, provvede all'aggiudicazione ...»; articolo 33, comma 1, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Controlli sugli atti delle procedure di affidamento*», «... la proposta di

Quando la proposta di aggiudicazione viene approvata, la stazione appaltante provvede all'aggiudicazione, che, *ex* articolo 32, comma 6, non equivale all'accettazione.

L'aggiudicazione implica un nuovo giudizio rispetto alla regolarità della gara ed una valutazione di convenienza amministrativa, circa l'opportunità di procedere all'affidamento. Inoltre, *ex* articolo 32, comma 7, l'efficacia di questa è subordinata ad un ulteriore controllo, per il solo aggiudicatario, rispetto al possesso dei requisiti, generali, tecnici, finanziari ed operativi, richiesti ai fini della stipulazione⁵².

L'aggiudicazione segna, quindi, il momento di incontro della volontà del privato con quella della stazione appaltante, per la conclusione del contratto.

Entro il termine dell'articolo 32, comma 8, divenuta efficace l'aggiudicazione, la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria stipulano il contratto e, quindi, si apre la fase dell'esecuzione.

Ricordata, come brevemente sopra, la procedura dell'appalto pubblico, passiamo ad esaminare come il possesso dei requisiti soggettivi dell'operatore economico incida su tali fasi.

Nel (vecchio) Codice dei Contratti Pubblici, l'articolo 38, comma 1, lettera a), riteneva causa ostativa all'accesso a procedure di aggiudicazione delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, all'affidamento di subappalti ed alla stipulazione dei relativi contratti, la semplice sussistenza di uno stato di fallimento, liquidazione coatta, di concordato preventivo (non rilevando qui la modifica sul punto del 2012) o i casi in cui fosse in corso un procedimento per la dichiarazione di una di queste procedure concorsuali.

aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini ...».

⁵² Ai sensi dell'articolo 77, comma 1, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Commissione giudicatrice*», infatti, la commissione giudicatrice della proposta di aggiudicazione valuta le offerte solo dal punto di vista tecnico ed economico, non essendo di sua competenza nessun tipo di valutazione circa la regolarità della domanda di partecipazione, l'ammissibilità della stessa, il rispetto delle leggi di gara ed il possesso in capo ai candidati dei requisiti soggettivi, economico finanziari e tecnico professionali.

Quindi, dalla formulazione dell'articolo, emergeva come la presenza dei requisiti (come assenza delle declinate cause ostative), fosse richiesta specificatamente per l'accesso alla gara e per la fase di stipulazione del contratto, mentre, invece, nessun riferimento era fatto per la successiva fase esecutiva⁵³.

La situazione cambia nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, in forza del combinato disposto degli articoli 80 e 110.

Tali due norme tracciano una nuova e sicuramente più organica disciplina in merito al rapporto tra appalto pubblico e crisi d'impresa, prendendo come nuovo "perno" la continuità aziendale.

L'articolo 80 prevede ancora, infatti, come cause di esclusione/mancanza dei requisiti il fallimento, la liquidazione coatta, ed il concordato preventivo, ma solo liquidatorio, vista l'espressa esclusione di quello con continuità aziendale.

A sua volta, l'articolo 110, a cui l'articolo 80 fa espresso rinvio, prevede, nel caso di fallimento con esercizio provvisorio e di concordato preventivo con continuità aziendale, sia la possibilità di partecipazione a nuove procedure di aggiudicazione, sia di continuare ad eseguire contratti già stipulati.

Per quanto attiene all'incidenza dell'eventuale assenza di requisiti nelle diverse fasi della procedura di appalto pubblico, sopra ricordate, nell'articolo 80 sembra riproporsi quello che era stato il dubbio interpretativo lasciato dal testo dell'articolo 38 vecchio codice, in merito alla rilevanza o meno dei motivi ostativi in esso disciplinati anche sulla fase di esecuzione dell'appalto.

L'articolo 80, comma 5, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, non riporta più, infatti, la dicitura: «... sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi ...», ma prevede, in sua sostituzione, la seguente previsione: «... le stazioni appaltanti escludono dalla

⁵³ Sul tema vds. anche paragrafo 2, capitolo I.

partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni ...», con ciò non fornendo immediata chiarezza.

Tuttavia, basandosi su un'interpretazione letterale⁵⁴ di tale nuova formulazione, si può ritenere che l'articolo 80 faccia ancora riferimento, come il precedente articolo 38, solo al periodo di tempo che va dal bando di gara/lettera d'invito, all'aggiudicazione del contratto.

Ulteriore prova di tale interpretazione si deve considerare la previsione dell'articolo 38, comma 7, della Direttiva 2014/23/UE, a cui l'articolo 80 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici dà attuazione nell'ordinamento italiano.

La norma europea, infatti, chiarisce espressamente che le cause ostative rilevano solo nella fase di partecipazione alla gara, prevedendo espressamente che le stazioni appaltanti o gli enti aggiudicatori avranno il potere di escludere «... *dalla partecipazione all'aggiudicazione di concessioni un operatore economico ...*» che si trovi in una di tali posizioni soggettive.

E' possibile allora domandarsi se, come per l'articolo 38 Codice dei Contratti Pubblici, anche per il nuovo articolo 80 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, la giurisprudenza⁵⁵ riterrà di estendere le previsioni dell'articolo e, quindi, di subordinare anche la prosecuzione dei contratti al mantenimento delle qualificazioni ed attestazioni richieste per la partecipazione alla gara.

⁵⁴ Vds. articolo 12, c.c. (Preleggi), rubricato «*Interpretazione della legge*»: «*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*».

⁵⁵ Sul tema si richiama il Cons. St., ad. pl., 7/04/2011, n. 4, in *Il Foro amministrativo – C.d.S.*, Giuffrè, 2011, 4.

CAPITOLO II

REQUISITI SOGGETTIVI DELL'OPERATORE ECONOMICO SECONDO IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E LA CRISI D'IMPRESA

1. I requisiti soggettivi secondo il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici: articolo 3 «Definizioni» articolo 45 «Operatore economico» e articolo 83 «Criteri di selezione».

Al fine di comprendere al meglio il contesto normativo del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, al cui interno si inseriscono le previsioni che disciplinano il rapporto tra appalto pubblico e crisi d'impresa, appare opportuno tornare su un tema sopra solo introdotto, per approfondire chi possa essere considerato operatore economico e quali siano i requisiti soggettivi da ritenersi come necessari per la partecipazione a gare d'appalto pubblico.

Alle gare d'appalto pubblico possono partecipare solo i soggetti qualificati dal Nuovo Codice dei Contratti Pubblici come operatori economici.

All'interno del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici sono due gli articoli che trattano della definizione di tale operatore economico.

Secondo l'articolo 3, comma 1, lettera p), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Definizioni*», come già visto, operatore economico può essere sia la persona fisica che la persona giuridica, ivi compreso l'ente pubblico, sia individualmente, sia come «...*raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica. Ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico, che offre sul mercato di realizzare lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ...*».

Tale definizione viene, poi, specificata ulteriormente dall'articolo 45, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Operatori economici*», da un lato, al comma

1, attraverso l'estensione della definizione di operatore economico in esame anche ai soggetti appartenenti ad altro stato membro dell'Unione Europea riconducibili, secondo le normative ad essi applicabili, al genere delineato dall'articolo 3, comma 1, lettera p) ed al comma 2, attraverso l'individuazione di determinate "specie" di operatori da ritenersi certamente appartenenti al "genere" operatore economico in esame.

Secondo il comma 2 dell'articolo 45, rientrano, quindi, certamente nel genere operatore economico: gli imprenditori individuali, anche artigiani e le società, anche cooperative; i consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro ed i consorzi tra imprese artigiane; i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili, *ex* articolo 2615-*ter* c.c.⁵⁶, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, cooperative di produzione e lavoro⁵⁷; i raggruppamenti temporanei di concorrenti⁵⁸, costituiti da imprenditori individuali, società cooperative, consorzi tra imprese artigiane, consorzi stabili; i consorzi ordinari di concorrenti *ex* articolo 2602 c.c.⁵⁹; le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, D.L. 10/02/2009, n. 5; i soggetti che hanno stipulato un contratto europeo di interesse economico (GEIE⁶⁰).

Tali operatori economici possono partecipare a procedure di aggiudicazione di contratti pubblici e, quindi, eseguire i relativi contratti, se possiedono tutti i requisiti soggettivi richiesti dal Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

⁵⁶ Vds. articolo 2615-*ter*, c.c., rubricato «*Società consortili*»: «*Le società previste nei capi III e seguenti del titolo V possono assumere come oggetto sociale gli scopi indicati nell'articolo 2602. In tal caso l'atto costitutivo può stabilire l'obbligo dei soci di versare contributi in denaro*».

⁵⁷ Secondo l'articolo 45, comma 2, lettera c), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, i consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, hanno stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a 5 anni, istituendo a tal fine una comune struttura d'impresa.

⁵⁸ Nel caso di tali raggruppamenti temporanei d'impresa, l'articolo 45, comma 2, lettera d), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, prevede che i soggetti che ne facciano parte debbano avere, prima della presentazione dell'offerta, conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno tra loro, qualificato, quindi, come mandatario e che avrà il compito di esprimere l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti.

⁵⁹ Vds. articolo 2602 c.c., rubricato «*Nozione e norme applicabili*»: «*Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese. Il contratto di cui al precedente comma è regolato dalle norme seguenti, salve le diverse disposizioni delle leggi speciali*».

⁶⁰ D.Lgs. 23/07/1991, n. 240 «*Norme per l'applicazione del regolamento n. 85/2137/CEE relativo all'istituzione di un Gruppo europeo di interesse economico - GEIE, ai sensi dell'articolo 17 della legge 29 dicembre 1990, n. 428*».

Passiamo, quindi, in tema, ad analizzare l'articolo 83, comma 1, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*», il quale prevede che tali requisiti soggettivi possano raggrupparsi nelle seguenti tre categorie: «... a) *i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali ...*».

Secondo l'articolo 83, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici questi requisiti soggettivi, da intendersi come qualifiche e capacità, che l'operatore economico deve possedere, devono essere proporzionati all'oggetto dell'appalto, in considerazione dell'interesse pubblico ad avere il più ampio numero possibile di potenziali partecipanti alla gara d'appalto⁶¹.

Ai fini del presente elaborato, appare utile esaminare tali requisiti soffermandoci su come la loro esistenza e/o permanenza venga ad avere interazioni con la crisi d'impresa.

In merito ai requisiti di idoneità professionale, di cui al comma 1 lettera a) dell'articolo 83, il comma 3, dello stesso articolo, prevede che i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro ma residenti in Italia, «... *devono essere iscritti nel registro della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura o nel Registro delle Commissioni Provinciali per l'artigianato, o presso i competenti Ordini professionali ...*»⁶².

Tale requisito, ai fini dell'applicazione dello strumento della continuità aziendale nel rapporto fra crisi d'impresa ed appalto pubblico, si può ritenere non venire mai meno in ragione dell'apertura di una procedura concorsuale, stante che, nel concordato preventivo omologato l'impresa rimane in esercizio anche dopo la chiusura della procedura, mentre, nel fallimento, l'iscrizione dell'impresa nel Registro

⁶¹ Tale interesse alla maggiore partecipazione possibile, come nel precedente capitolo già chiarito, deriva dalle previsioni della Direttiva 2014/23/UE, 38, comma 7, lettera b).

⁶² In caso di cittadino di altro Stato membro che non sia residente in Italia, lo stesso comma richiede «... *la prova dell'iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XVI, mediante dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale è stabilito ovvero mediante attestazione, sotto la propria responsabilità, che il certificato prodotto è stato rilasciato da uno dei registri professionali o commerciali istituiti nel Paese in cui è residente ...*».

Imprese⁶³ permane, comunque, fino alla chiusura della procedura, *ex* articolo 118 Legge Fallimentare.

Per quanto, invece, riguarda il requisito della capacità economica finanziaria e quello della capacità tecnico professionale va evidenziato come i parametri imposti dal nuovo codice per il possesso di tali requisiti siano differenti a seconda che si parli di appalti di servizi o forniture ovvero di appalti di lavoro⁶⁴. Per gli appalti di servizi e forniture il contenuto di tali capacità viene definito dall'articolo 83, ai commi 4 e 6, mentre nel caso di appalti di lavoro il contenuto dei requisiti viene disciplinato ai sensi dell'articolo 84⁶⁵.

E' possibile, quindi, andare ad esaminare in primo luogo le previsioni dell'articolo 83, in merito al contenuto dei requisiti di capacità economica finanziaria e tecnico professionale, nell'ambito, come sopra detto, degli appalti di servizi e forniture.

Il comma 4, dell'articolo 83⁶⁶, in merito alle capacità economiche finanziarie, di cui al comma 1 lettera b) dello stesso articolo, chiarisce il contenuto di tale requisito,

⁶³ Il Registro delle Imprese, previsto dall'art. 2188 c.c., è un pubblico registro nel quale si devono iscrivere tutti gli imprenditori. Tale registro è stato istituito con l'art. 8 della legge 29/12/1993, n. 580 e dal relativo regolamento di attuazione DPR 7/12/1995, n. 581. La normativa ha preposto alla tenuta del registro un apposito Ufficio istituito presso le Camere di Commercio. L'ufficio è retto da un conservatore nominato dalla giunta nella persona del Segretario Generale ovvero di un dirigente della Camera di Commercio. Il Registro è sottoposto al controllo di un Giudice a ciò delegato dal presidente del Tribunale del capoluogo di provincia. Il Registro delle Imprese è composto da una "sezione ordinaria" e più "sezioni speciali".

⁶⁴ Appare, quindi, necessario esplicitare quale sia la differenza tra appalti di lavoro, fornitura e servizi, facendo riferimento alle definizioni presenti all'articolo 3, comma 2, lettere ll), ss), tt), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, di tali diverse tipologie di appalti. Nel caso di appalti di lavoro si fa riferimento a gare che hanno ad oggetto la realizzazione di opere, con qualsiasi mezzo, che rispondono alle esigenze della stazione appaltante (la quale, infatti, partecipa alla progettazione della stessa). Nel caso di appalti di fornitura si fa riferimento a gare che hanno ad oggetto acquisti, locazioni finanziarie, acquisiti con riscatto, con o senza diritto di opzione sul prodotto. Nel caso, invece, di appalti di servizi si fa riferimento a gare che hanno ad oggetto la prestazione di qualunque servizio diverso da quelli rientranti nell'appalto di lavoro.

⁶⁵ L'articolo 83, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici», al comma 2, rimanda alla disposizione dell'articolo 83, comma 2, per cui «... il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente ...» per i lavori pubblici saranno oggetto di una specifica regolamentazione per mezzo di un «... decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare, su proposta dell'ANAC, entro un anno dalla data dell'entrata in vigore del presente codice, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari ...». La proposta dell'ANAC è stata inviata al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ma il relativo decreto non risulta ad oggi pubblicato.

⁶⁶ Vds. articolo 83, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «Criteri di selezione e soccorso istruttorio», che prescrive: «... Per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del

prevedendo che, all'interno del bando di gara, possa essere richiesto dalla stazione appaltante che gli operatori: a) abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore dell'attività oggetto dell'appalto; b) forniscano informazioni riguardo ai conti annuali, evidenziando i rapporti fra l'attivo ed il passivo; c) abbiano un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.

In merito al profilo del fatturato minimo annuo, generale o del determinato settore dell'attività oggetto dell'appalto, appare evidente che, trattandosi di un criterio che ha ad oggetto l'attività pregressa dell'impresa, ove richiesto, anche l'impresa con continuità aziendale nell'ambito di una procedura concorsuale potrà avvalersi certamente dello storico dell'attività antecedente all'apertura della procedura.

Diversamente, riguardo alle informazioni sui conti annuali, con riferimento all'attivo ed al passivo, invece, l'apertura della procedura ospitante la continuità aziendale, con la "crystallizzazione"⁶⁷ della situazione debitoria prevista sia per il fallimento (articolo 51 Legge Fallimentare) che per il concordato preventivo (articolo 168 Legge Fallimentare), deve far ritenere che gli attivi ed i passivi contabili non possano essere quelli relativi alla situazione patrimoniale pregressa, come "crystallizzati", ma debbano essere solo quelli interessati dalla continuità aziendale. Diversamente interpretando, essendo il requisito in esame una sorta di base logica per valutare lo stato di "salute" dell'impresa che voglia partecipare ad una gara d'appalto pubblico, si impedirebbe di fatto l'applicazione agli appalti pubblici di tutto il sistema della continuità aziendale qui in esame.

Certamente neutro rispetto alle procedure concorsuali ed alla partecipazione alle gare pubbliche è l'ultimo dei profili di cui sopra, sempre inerente alla capacità economica e finanziaria dell'operatore economico, essendo indiscusso che le adeguate coperture assicurative possano e spesso debbano essere in ogni caso previste.

possessione dei requisiti di cui al comma 1, lettera b), le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere: a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto; b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività; c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali ...».

⁶⁷ Vds. CAIAFA A. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, DIKE, 2016.

Il comma 6, dell'articolo 83, in merito alla capacità tecnico-professionale richiesta all'operatore economico, di cui al comma 1 lettera c) dello stesso articolo, dispone che le stazioni appaltanti possano richiedere agli operatori economici il possesso di determinati «... *requisiti per garantire che ... possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità ...*».

Facendo tale requisito riferimento alle risorse umane e tecniche necessarie per la concreta realizzazione dell'oggetto dell'appalto, ai fini dell'applicazione dello strumento della continuità aziendale nel rapporto fra crisi d'impresa ed appalto pubblico, appare evidente che la valutazione in merito alla sussistenza o meno di tale requisito dovrà essere dimostrata assicurando alla stazione appaltante che la situazione di crisi/insolvenza non sia andata ad intaccare tale capacità, come effettiva operatività dell'impresa da un punto di vista che si potrebbe definire come "tecnico-aziendale".

Analizzato, quindi, il contenuto dei requisiti di cui all'articolo 83, comma 1, lettera b) e c) nell'ambito di appalti di servizi e forniture, è giusto passare all'esame del contenuto degli stessi requisiti soggettivi richiesto, invece, in caso di appalto di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 84, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

L'articolo 84, rubricato «*Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*⁶⁸», al comma 1, infatti, prevede che «... *i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC ...*».

Quindi, la qualificazione nei lavori pubblici, nel caso in cui questi abbiamo un importo pari o superiore a 150.000 euro, non è lasciata, come al contrario succede per importi più bassi, alla discrezionalità dei committenti, ma è demandata, in via

⁶⁸ Tale sistema di qualificazione nasce con la legge 11/02/1994, n. 109, attuata sul punto dal D.P.R. 25/01/2000, n. 34. Il sistema attualmente vigente è basato su accertamenti svolti da Società di Organismi di Attestazione, accreditate presso l'ANAC. Tale sistema sostituisce quello previgente, che si incentrava su di un controllo pubblico rispetto alle esperienze passate delle imprese, da cui si deducevano le future potenzialità di lavoro. Tali esperienze passate, con le quali si accertavano le capacità economiche e finanziarie, i mezzi tecnici ed il personale, venivano attestate con certificato rilasciato dall'Albo Nazionale dei Costruttori (ANC), che, quindi, era considerato quale condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alle gare. L'ANC è stato abolito con il D.P.R. 25/01/2000, n. 34.

obbligatoria, a soggetti terzi, quali le Società di Organismi di Attestazione (SOA)⁶⁹. Per tale ragione, un'impresa che voglia partecipare ad una gara d'appalto per lavori pubblici deve, obbligatoriamente, allegare alla propria offerta la certificazione SOA. Secondo le previsioni dell'articolo 84, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, la certificazione può essere ottenuta solamente nel caso in cui un'impresa abbia dato prova, alla SOA con cui ha sottoscritto il relativo contratto⁷⁰, del possesso dei requisiti soggettivi richiesti dal comma 4 dello stesso articolo.

Ai sensi del comma 4, dell'articolo 84, la certificazione SOA deve attestare: «... a) l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 ... b) il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecniche e professionali indicati all'articolo 83; il periodo di attività documentabile è quello relativo al decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA ... c) il possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000⁷¹ e alla vigente normativa nazionale ... d) il possesso di certificazioni del rating di impresa ...».

Ai sensi del comma 2, dell'articolo 84⁷², si prevede che il contenuto dei requisiti soggettivi, che sono, quindi, oggetto di attestazione ai sensi dell'articolo 84, comma 4,

⁶⁹ Le SOA sono società di diritto privato che, autorizzate dall'ANAC, svolgono una funzione di natura pubblicistica, cioè attestare il possesso dei requisiti richiesti dal Codice dei Contratti Pubblici per la partecipazione a gare d'appalto per lavori pubblici. Tali società, ai sensi dell'articolo 65, D.P.R. 5/10/2010, n. 207, devono avere la forma di una società per azioni, la denominazione sociale deve espressamente prevedere la locuzione «organismo di attestazione», devono avere sede legale nel territorio nazionale e un capitale sociale, interamente versato, non inferiore ad un milione. Inoltre, queste società devono avere una struttura societaria tale che assicuri la tutela del principio di indipendenza di giudizio e, prevedere come oggetto sociale l'esclusiva attività di attestazione, devono assicurare l'assenza di qualunque interesse economico e finanziario che possa compromettere l'autonomia della società nel realizzare la propria attività.

⁷⁰ «Tra la SOA e il soggetto aspirante all'attestazione si stabilisce un rapporto contrattuale, il cui *sinallagma* si sostanzia nella prestazione della SOA di verificare la sussistenza delle condizioni per il rilascio dell'attestazione e nella controprestazione di pagare un compenso» (cfr. CARULLO A., IUDICA G., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM, 2018).

⁷¹ Tali serie di norme, che nello specifico caso fanno riferimento ad un particolare sistema di gestione della qualità, rientrano nell'ambito di un sistema di certificazioni riconosciute a livello europeo. Tali certificazioni rientrano nell'ambito di una procedura con cui una terza parte indipendente dà assicurazione scritta che un prodotto, un servizio, un processo o una persona sono conformi ai requisiti specificati. La certificazione di prodotto/servizio è una forma di "assicurazione", con cui si accerta la rispondenza di un prodotto o di un servizio ai requisiti applicabili. La certificazione di sistema, assicura la capacità di un'organizzazione di strutturarsi e gestire le proprie risorse ed i propri processi in modo da riconoscere e soddisfare i bisogni dei clienti e le esigenze della collettività, impegnandosi al miglioramento continuo.

⁷² Vds. articolo 84, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Sistema unico di qualificazioni degli esecutori dei lavori pubblici*»: «... L'ANAC, con decreto di cui all'articolo 83, comma 2, individua, altresì, livelli standard di qualità dei controlli che le società organismi di

lettera a) e b), dovrà essere definito con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT), su proposta dell'ANAC⁷³.

Quindi, sul tema, è possibile passare ad analizzare quelle che sono le disposizioni contenute nella proposta⁷⁴ che l'ANAC ha fatto già pervenire al MIT, al fine di comprendere quale sia il contenuto dei requisiti soggettivi richiesti per la partecipazione alle gare d'appalto per lavori pubblici.

Nel testo di tale proposta, le disposizioni di interesse ai fini della materia in commento sono soprattutto gli articoli 27 e 28, rubricati rispettivamente «*Requisiti di ordine generale*» e «*Requisiti di ordine speciale*».

L'articolo 27 della proposta, in merito ai requisiti di ordine generale, prevede che «*Ai sensi dell'articolo 84, comma 4, del codice dei contratti pubblici i requisiti di ordine generale occorrenti per la qualificazione sono quelli previsti dall'articolo 80 del codice dei contratti pubblici ...*».

Ai fini della materia trattata, quindi, è interessante osservare come ad oggi, data la nuova formulazione dell'articolo 80, comma 5, lettera b), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (che nei successivi paragrafi si andrà ad analizzare nello specifico)

attestazione (SOA) devono effettuare, con particolare riferimento a quelli di natura non meramente documentale ...»; quindi, vds. articolo 83, comma 2, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*»: «... *Per i lavori, con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti da adottare, su proposta dell'ANAC, entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente ...*».

⁷³ L'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC), è un'Autorità di diritto pubblico, indipendente dal governo, le cui funzioni possono essere individuate nella prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche e nelle società partecipate e controllate, mediante attività di vigilanza e interventi di tipo consultivi e regolamentari, nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e di ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi. La sua indipendenza dal governo viene resa possibile in quanto tale autorità non svolge attività di amministrazione attiva, quindi, influenzate dall'indirizzo politico, ma svolge attività ad alto contenuto tecnico. Quindi, l'indipendenza di giudizio di tale autorità determina che questa possa svolgere essenzialmente attività di prevenzione della corruzione, di vigilanza e di garanzia. All'ANAC viene affidata la funzione di regolamentazione del settore e di attuazione al Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, in modo da rafforzare le garanzie di imparzialità. In tema, l'articolo 213, comma 2, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, prevede che la potestà regolamentare dell'ANAC si esplicita nell'adozione della disciplina attuativa del codice e di atti di indirizzo attraverso linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo e altri strumenti di regolamentazione flessibili, comunque, regolamentati.

⁷⁴ «*Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro*».

che stabilisce la possibilità, in combinato disposto con l'articolo 110, stesso codice, di far partecipare a gare d'appalto anche le imprese fallite, autorizzate all'esercizio provvisorio e le imprese in concordato preventivo con continuità aziendale, la sussistenza della crisi d'impresa, quando affrontata con lo strumento della continuità aziendale, non si pone, almeno in linea di principio, come ostacolo all'ottenimento o al mantenimento della certificazione SOA.

L'articolo 28 della proposta, in merito, invece, ai requisiti di ordine speciale, prevede che *«Ai sensi del combinato disposto degli articolo 83, comma 1 e 84, comma 4, lettera b) del codice dei contratti pubblici i requisiti di carattere speciale occorrenti per la qualificazione sono: a) idoneità professionale; b) adeguata capacità economica e finanziaria; c) capacità tecniche e professionali ...»*.

Per il requisito dell'idoneità professione, il comma 2, dell'articolo 28, dispone che tale capacità debba essere *«... dimostrata secondo quanto indicato dall'articolo 83, comma 3 ...»*, qui già esaminato.

Per il requisito della adeguata capacità economica e finanziaria, il comma 3, dell'articolo 28, dispone che questo debba essere dimostrato: *«... a) da idonee dichiarazioni bancarie oppure comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali; b) dalla cifra di affari, determinata secondo quanto previsto all'articolo 32, realizzata con lavori svolti mediante attività diretta e indiretta non inferiore al cento per cento degli importi delle qualificazioni richieste nelle varie categorie; c) limitatamente ai soggetti tenuti alla redazione del bilancio, dal patrimonio netto, costituito dal totale della lettera A del passivo di cui all'articolo 2424 del codice civile, di valore positivo ...»*.

Essendo prescritto dall'articolo 32 della proposta che il requisito della cifra d'affari, di cui all'articolo 28, comma 3, lettera b), possa essere riferito ai migliori 5 anni del decennio precedente, anche in tale caso, come sopra già esposto con riguardo all'articolo 83, comma 4, lettera a), ci si trova di fronte ad un requisito economico che fa riferimento a periodi antecedenti rispetto all'insorgere di uno stato di insolvenza/crisi dell'impresa. Quindi, evidentemente, anche un'impresa fallita, autorizzata all'esercizio provvisorio o una in concordato preventivo con continuità aziendale potrà possedere le adeguate capacità economiche e finanziarie richieste per

l'ottenimento della certificazione SOA e, quindi, avere la possibilità di partecipare ad una gara d'appalto per lavori pubblici.

Per la previsione del patrimonio netto positivo, non possono che richiamarsi le osservazioni già fatte in merito al requisito dei «... *conti annuali che evidenziano in particolare il rapporto fra attivo e passivo ...*» di cui all'articolo 83, comma 4, lettera b), in materia di appalti di servizi e forniture.

Per il requisito della capacità tecnica e professionale il comma 5, dell'articolo 28, prevede che questo debba essere dimostrato: «... a) *con la presenza di idonea direzione tecnica secondo quanto previsto all'articolo 36; b) dall'esecuzione di lavori, realizzati in ciascuna delle categorie oggetto della richiesta, di importo non inferiore all'ottanta per cento di quello della classifica richiesta; ... c) dall'esecuzione di un singolo lavoro, in ogni singola categoria oggetto della richiesta, di importo non inferiore al quaranta per cento dell'importo della qualificazione richiesta, ovvero, in alternativa, di due lavori, nella stessa singola categoria, di importo complessivo non inferiore al cinquanta per cento dell'importo della qualificazione richiesta, ovvero, in alternativa, di tre lavori, nella stessa singola categoria, di importo complessivo, non inferiore al sessanta per cento dell'importo della qualificazione richiesta; ... d) dall'adeguata attrezzatura tecnica; e) dall'adeguato organico medio annuo ...*».

Quanto sopra attiene, con evidenza, alla verifica dell'esercizio effettivo delle certificazioni SOA possedute dall'operatore economico interessato a partecipare alla gara, sul quale la sussistenza di una procedura concorsuale con continuità non viene a rappresentare in quanto tale elemento impeditivo.

Per completezza espositiva appare opportuno, infine, ricordare anche quanto disposto dal comma 10 dell'articolo 83.

Tale comma 10, infatti, dispone che gli operatori economici possano richiedere all'ANAC il rilascio di apposite certificazioni, solo facoltative, attestanti il *rating* dell'impresa esercitata.

Il sistema di *rating* delle imprese gestito dall'ANAC, senza sostituire i requisiti soggettivi finora esaminati, si deve basare, secondo la norma in commento, che lo prevede, su «... *requisiti reputazionali ...*» influenzati da «... *indici quantitativi,*

oggettivi e misurabili ...» e da «... accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa ...»⁷⁵.

I parametri sui quali l'ANAC andrà a valutare i requisiti reputazionali dell'impresa, richiedente la certificazione, si basano su due profili: da una parte, è necessario considerare gli indici quantitativi e qualitativi, dall'altra gli elementi che determinino il grado di affidabilità dell'impresa, sulla base, anche di precedenti suoi comportamenti (circostanze come non aver mai fatto ricorso, in gare d'appalto precedenti, all'istituto del soccorso istruttorio, aver rispettato tempi e costi nell'esecuzione di precedenti contratti, o il rispetto delle disposizioni in tema di denuncia obbligatoria).

Il comma, inoltre, prevede che tale nuovo sistema di *rating* integri anche un sistema amministrativo di penalità e premialità basato sulla denuncia obbligatoria di fenomeni estorsivi e corruttivi da parte degli operatori economici.

2. Il venir meno dei requisiti soggettivi per la crisi d'impresa secondo il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici. L'articolo 80 comma 5 lettera b) «*Motivi di esclusione*».

Come anticipato nel paragrafo 1 capitolo I, con l'articolo 80, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Motivi di esclusione*», il legislatore ha fissato gli eventi e/o le situazioni giuridiche al verificarsi delle quali i requisiti soggettivi di cui sopra,

⁷⁵ Vds. articolo 83, comma 10, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*»: «... L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice ... I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 213, comma 7, nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti ...».

che un operatore economico deve possedere per l'intera durata delle procedure d'appalto pubblico, devono considerarsi venuti meno. Ciò ha fatto attraverso un elencazione di cause che la dottrina e la giurisprudenza considerano tassativa⁷⁶.

Tra tali cause, per il tema della crisi d'impresa che ci occupa, è necessario valutare specificatamente quelle previste al comma 5, lettera b) dell'articolo 80, che prevedono l'esclusione dell'operatore economico che si trova «... *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*».

Fermo quanto nel precedente capitolo già analizzato, l'importanza che tale articolo, per il suo contenuto, assume nella nuova disciplina, rende opportuni ulteriori approfondimenti.

Abbiamo già visto che l'articolo 80, comma 5, lettera b), risulta essere il risultato delle evoluzioni normative e del mutato orientamento del legislatore, europeo ed italiano, che negli ultimi anni hanno interessato la materia degli appalti pubblici in rapporto con quella della crisi d'impresa.

Passando, infatti, dalle disposizioni normative del Codice dei Contratti Pubblici del 2006, in cui il legislatore era ancora fermo nel considerare come cause ostative

⁷⁶ Vds. articolo 83, comma. 8, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*», si prevede che «... *I bandi o le lettere d'invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti ...*». Dato il tenore della disposizione, quindi, è possibile ritenere che le cause ostative riprodotte all'articolo 80, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, siano da considerarsi come tassative, anche sulla scia di quello che è stato l'intento delle Direttive europee sul tema, cioè di realizzare condizioni idonee a concretizzare la massima partecipazione possibile a procedure ad evidenza pubblica. La previsione riproduce quella già contenuta nel vecchio codice, all'articolo 46, comma 1-bis, rubricato «*Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione*». Sul tema il Cons. St., sez. III, 3/12/2015, n. 5479: «... *si deve preliminarmente ricordare che l'articolo 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti ha dettato il principio della tassatività delle cause di esclusione delle gare. Ai sensi di tale disposizione, i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, oltre quelle indicate nello stesso comma 1-bis e riguardanti il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni vigenti ...*». Ancora il TAR, Lombardia-Milano, sez. IV, 23/12/2017, n. 2476, in *Redazione Giuffrè amm.*, Giuffrè, 2018: «*L'interpretazione della legge di gara, in caso di clausole dubbie o non univoche, deve essere ispirato al criterio della massima partecipazione, evitando interpretazioni eccessivamente restrittive e formalistiche, quindi ostative alla partecipazione ed in contrasto con la regola legislativa della tassatività delle cause di esclusione*».

tutte le procedure concorsuali (in merito si deve ricordare quanto riportato, appunto, dal vecchio testo del codice all'articolo 38, comma 1, lettera a), per cui causa di esclusione dalle procedure di aggiudicazione era l'apertura del fallimento, della liquidazione coatta, del concordato preventivo e l'eventuale pendenza di una procedura volta ad accertare una di tali situazioni) alle modifiche introdotte in tale codice dal D.L. 22/06/2012, n. 83, con il quale inizia ad affermarsi la necessità di arginare e delimitare tali cause ostative di fronte a procedure che vedano il ricorso allo strumento della continuità aziendale (tanto che, proprio con tale decreto legge del 2012, viene introdotto l'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale, ex articolo 186-*bis*), si arriva alla previsione del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, in cui il legislatore sembra aver accolto pienamente la consolidata idea per cui anche un'impresa in stato di crisi/insolvenza, sussistendo le dovute cautele e azionando l'istituto della continuità aziendale, possa partecipare alle procedure d'appalto.

Tale nuova posizione del legislatore si rispecchia nelle differenti procedure concorsuali "ostative" che vengono previste all'interno del testo dell'articolo 80, rispetto a quelle che erano presenti all'interno dell'articolo 38, del vecchio codice.

Rispetto all'articolo 38, comma 1, lettera a), l'articolo 80, comma 5, lettera b), in combinato disposto con l'articolo 110, da una parte mantiene come cause ostative, per la partecipazione a procedure d'appalto, il fallimento, la liquidazione coatta e il concordato preventivo e, dall'altra, esclude fra esse il fallimento ed il concordato preventivo che vedano l'utilizzo dello strumento della continuità aziendale.

In particolare, tale esclusione si realizza, per il concordato preventivo direttamente nel testo dell'articolo 80, ivi introducendosi, a tal fine, la differenza tra concordato liquidatorio e concordato con continuità aziendale, mentre per il fallimento, l'articolo 80 rinvia alla disciplina dell'articolo 110, che, come si vedrà in seguito, al comma 3, consente alle imprese fallite, autorizzate all'esercizio provvisorio, ex articolo 104 Legge Fallimentare, di accedere a nuove gare d'appalto e di proseguire i contratti già stipulati.

Giova osservare che, per la liquidazione coatta amministrativa, regolata, come noto dagli artt. 194 e seguenti della Legge Fallimentare, il legislatore non ha ritenuto di disciplinare l'ipotesi, tutt'altro che remota, dell'esercizio provvisorio dell'azienda,

spesso autorizzato dal ministero disponente. Non si rilevano, infatti, i motivi per cui un tale esercizio provvisorio sia elemento discriminante nel fallimento e non lo sia, invece, nella liquidazione coatta, rispetto all'accesso alle gare d'appalto pubblico ed all'esecuzione dei relativi contratti.

Va osservato che nell'articolo 80 in esame non si fa menzione, fra le procedure concorsuali ostantive, dell'amministrazione straordinaria. Una tale esclusione trova motivazioni di sistema sulle quali torneremo al successivo paragrafo 4 del capitolo II.

3. Quando un procedimento per la dichiarazione di una delle situazioni ostantive elencate dall'articolo 80 comma 5 lettera b) Nuovo Codice dei Contratti Pubblici deve ritenersi “in corso”.

Abbiamo visto che l'articolo 80, comma 5, lettera b) Nuovo Codice dei Contratti Pubblici prevede come cause ostantive, rispetto alla sussistenza dei requisiti soggettivi di partecipazione alle procedure di appalto pubblico il fallimento (ferma l'ipotesi dell'esercizio provvisorio), il concordato preventivo liquidatorio (cioè senza continuità aziendale) e la liquidazione coatta amministrativa.

Oltre a ciò, nella stessa norma si prevede anche che pari efficacia ostantiva debba ritenersi sussistente nei confronti dell'operatore economico «... nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni ...»⁷⁷.

Appare, quindi, necessario andare a meglio approfondire e definire in quale momento un procedimento per la dichiarazione del fallimento, della liquidazione coatta e del concordato preventivo, possa dirsi “in corso” rispetto alle procedure di appalto pubblico.

⁷⁷ Vds. articolo 80, comma 5, lettera b), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Motivi di esclusione*».

Per quanto riguarda il fallimento e la liquidazione coatta, in generale, può affermarsi che i procedimenti «... per la dichiarazione di una di tali situazioni ...»⁷⁸ siano da considerarsi “in corso” non al momento della presentazione dell’istanza fallimentare, ma solamente dopo che vi sia stata una pronuncia da parte dell’autorità giudiziaria competente, che abbia sottoposto almeno ad un primo vaglio tale istanza⁷⁹.

La giurisprudenza si è pronunciata in tal senso, in quanto si è ritenuto, fra l’altro, che considerare come sufficiente la mera presentazione, ad esempio, dell’istanza di fallimento, avrebbe potuto dare vita ad un uso illecito di tale istanza ad opera dei creditori dell’impresa. Il rischio, infatti, poteva essere che i creditori avrebbero potuto utilizzare l’istanza come strumento illecito per far escludere l’impresa in considerazione dalla gara d’appalto⁸⁰.

In tema di procedura per la dichiarazione del fallimento, la giurisprudenza ha definito come questa si possa considerare “in corso” solo successivamente alla notifica al debitore del decreto di convocazione per l’udienza in camera di consiglio, ex articolo 15 Legge Fallimentare, rubricato «*Procedimento per la dichiarazione di fallimento*».

⁷⁸ Vds. nota 77.

⁷⁹ Sul tema il Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 23/04/2015, n. 363, in *Il Foro Amministrativo*, 2015, 4: «... ritiene questo Collegio che l'articolo 38 cit. - nella parte in cui commina l'esclusione dalle gare pubbliche non soltanto a coloro "che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo" (salvo quello c.d. "con continuità aziendale", ex articolo 186-bis R.D. cit.), ma anche a coloro "nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni" - non possa interpretarsi nel senso di attribuire rilievo, a tali fini, alla mera presentazione di un'istanza di fallimento di un privato che assuma di essere creditore dell'impresa asseritamente insolvente, prima che tale istanza abbia avuto alcun vaglio da parte dell'Organo pubblico giurisdizionale. A questi fini, il procedimento non può considerarsi "in corso" finché non sia stato, quantomeno, notificato al preteso debitore insolvente il decreto di convocazione per l'udienza camerale di cui all'articolo 15 del R.D. n. 267/1942: solo a partire da tale momento, infatti, si instaura il contraddittorio, e dunque il procedimento può considerarsi pendente. Da un punto di vista letterale, infatti, è lo stesso articolo 15 cit. (rubricato «Procedimento per la dichiarazione di fallimento») a riconnettere l'avvio di tale procedimento alla convocazione delle parti; laddove, viceversa, la mera proposizione dell'istanza di fallimento è considerata dal precedente articolo 6 (rubricato «Iniziativa per la dichiarazione di fallimento»), che si pone in un ambito pre-procedimentale; con il corollario che, se l'istanza viene revocata prima che il Tribunale provveda su di essa, nessun procedimento fallimentare può considerarsi mai iniziato ...».

⁸⁰ Sul tema il Cons. St., ad. pl., 15/04/2010, n. 2155, in *Il Foro italiano*, Il foro italiano, 2010, 7-8: «... In giurisprudenza, con riferimento al problema di quando possa dirsi "in corso" una procedura concorsuale, si è in passato ritenuto che non sia sufficiente una mera istanza creditoria (la quale potrebbe essere proposta strumentalmente o comunque infondatamente), occorrendo quanto meno un pronunciamento istruttorio del giudice ... (Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 1999, n. 516) ...»;

Sembra allora utile ripercorrere, molto brevemente, le prime fasi del procedimento per la dichiarazione di fallimento, al fine di comprendere in che momento l'udienza *ex* articolo 15 Legge Fallimentare si viene esattamente a collocare.

Ex articolo 6 Legge Fallimentare, il fallimento può essere «... *dichiarato su istanza del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero ...*»⁸¹.

Dopo che viene presentata, da uno di questi soggetti, l'istanza/richiesta di fallimento e viene formato il fascicolo d'ufficio, «... *il presidente nomina un giudice relatore ai sensi dell'articolo 738, comma 1 Codice di Procedura Civile; sentito il relatore, il tribunale decide collegialmente se delegare l'istruttoria o procedere esso stesso all'audizione delle parti ...*»⁸².

Concluse tali formalità, il Tribunale o il Giudice Delegato, *ex* articolo 15 Legge Fallimentare, «... *convoca, con decreto posto in calce al ricorso, il debitore e i creditori istanti per il fallimento...*»⁸³, fissando un'udienza in camera di consiglio, salva la disposta fase istruttoria pre-fallimentare.

Conclusa l'udienza, il Tribunale decide se dichiarare il fallimento. Qualora decida di dichiarare fallita l'impresa, *ex* articolo 16 Legge Fallimentare, il Tribunale provvede con sentenza: «... *sentenza dichiarativa di fallimento ...*», *ex* articolo 16, comma 2, Legge Fallimentare, «... *produce i suoi effetti dalla data della pubblicazione ai sensi dell'articolo 133, primo comma, del codice di procedura civile. Gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 17, secondo comma*».

Con la pubblicazione della «*sentenza dichiarativa di fallimento*» si passa dalla fase pre-fallimentare a quella fallimentare vera e propria.

Quindi, dato tale susseguirsi di eventi, la convocazione del debitore costituisce l'atto con cui si istaura il contraddittorio all'interno della procedura concorsuale.

Ricostruendo la procedura, così come prevista dalla Legge Fallimentare, si comprende come il fallimento sia considerato aperto solo con la pubblicazione della

⁸¹ Cfr. articolo 6, Legge Fallimentare, rubricato «*Iniziativa per la dichiarazione di fallimento*».

⁸² Cfr. GUGLIELMUCCI L., *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, Padova, 2012

⁸³ Cfr. articolo 15, Legge Fallimentare, rubricato «*Procedimento per la dichiarazione di fallimento*».

sentenza *ex* articolo 16 Legge Fallimentare, mentre, ed è ciò che rileva ai fini della normativa sugli appalti pubblici, il procedimento «... *per la dichiarazione di ... tal[e] situazione[e] ...*»⁸⁴ si ritiene già “in corso” nella fase pre-fallimentare, una volta istauratosi il contraddittorio.

Per quanto riguarda, invece, il concordato preventivo, la definizione del momento in cui il procedimento «... *per la dichiarazione di ... tal[e] situazione[e] ...*»⁸⁵ può considerarsi “in corso” risulta più complessa, poiché non sembra applicabile anche a tale procedura concorsuale l’orientamento espresso per il fallimento e per la liquidazione coatta.

Nel caso di concordato preventivo, infatti, bisogna partire dall’assunto che il procedimento possa essere aperto solo su istanza dello stesso debitore, quindi, il ragionamento portato avanti dalla giurisprudenza in materia di fallimento e liquidazione coatta, prima esposto, non trova più la sua base logica.

La giurisprudenza⁸⁶ ha, quindi, ritenuto di dover considerare il ricorso, presentato dal debitore per accedere al concordato preventivo, *ex* articolo 161, comma 1, Legge Fallimentare, sufficiente a determinare come “in corso” il procedimento «... *per la dichiarazione di ... tal[e] situazione[e] ...*»⁸⁷.

La giurisprudenza è, infatti, arrivata a definire il ricorso presentato dal debitore come una dichiarazione «... *confessoria della consapevolezza del proprio stato di dissesto ...*»⁸⁸.

Al fine di comprendere a pieno tale orientamento della giurisprudenza e, quindi, poter distinguere il momento in cui la procedura di concordato preventivo possa dirsi

⁸⁴ Vds. nota 77.

⁸⁵ Vds. nota 77.

⁸⁶ Sul tema il Cons. St., ad. pl., 15/04/2010, n. 2155, in *Il Foro italiano*, Il foro italiano, 2010, 7-8: «... *In giurisprudenza, con riferimento al problema di quando possa dirsi "in corso" una procedura concorsuale, si è in passato ritenuto che non sia sufficiente una mera istanza creditoria (la quale potrebbe essere proposta strumentalmente o comunque infondatamente), occorrendo quanto meno un pronunciamento istruttorio del giudice che accerti oggettivamente lo stato di insolvenza dell'impresa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 1999, n. 516). Tuttavia, il Collegio è dell'avviso che nell'ipotesi di concordato preventivo le evidenziate preoccupazioni possano dirsi superate dal fatto che è lo stesso imprenditore a chiedere l'ammissione alla procedura concorsuale, con una condotta che ben può ritenersi confessoria della consapevolezza del proprio stato di dissesto ...*».

⁸⁷ Vds. nota 77.

⁸⁸ Cfr. Cons. St., ad. pl., 15/04/2010, n. 2155, in *Il Foro italiano*, Il foro italiano, 2010.

aperta, da quello in cui, invece, si debba ritenere che il procedimento «... *per la dichiarazione di ... tal[e] situazion[e] ...*» sia solo “in corso”, appare necessario ricostruire le diverse fasi del concordato preventivo, secondo le previsioni della Legge Fallimentare.

La domanda per l’ammissione alla procedura di concordato preventivo, ex articolo 161, comma 1, Legge Fallimentare, si presenta con ricorso, sottoscritto dal debitore, al Tribunale del luogo in cui l’impresa ha la propria sede principale.

Quindi, secondo tale norma, solo il debitore può presentare il relativo ricorso. Infatti, anche considerando il nuovo istituto delle «*proposte concorrenti*», inserito nell’articolo 163, al comma 4, Legge Fallimentare⁸⁹, per cui i creditori, che rappresentano almeno il 10% del credito complessivo, come risultante dalla situazione patrimoniale dell’impresa, possono presentare «*proposte concorrenti*», solo il debitore ha il potere di dare inizio alla procedura. Ciò in quanto tali «*proposte concorrenti*» potranno solo seguire il ricorso del debitore, ex articolo 161, comma 1, Legge Fallimentare e non, invece, precederlo⁹⁰.

Quindi, la domanda di concordato preventivo viene comunicata al Pubblico Ministero e pubblicata, a cura della cancelleria, nel registro delle imprese, ex articolo 161, comma 5, Legge Fallimentare.

La domanda di concordato preventivo nella forma del ricorso, così presentata, passa, poi, al vaglio del Tribunale.

Ex articolo 163, comma 1, Legge Fallimentare, il Tribunale, se non decide di dichiarare inammissibile il ricorso, per carenza dei presupposti di cui agli articoli 160

⁸⁹ Il comma è stato aggiunto in applicazione delle disposizioni dell’articolo 3, D.L. 27/06/2015, n. 83.

⁹⁰ Deve essere evidenziato come l’articolo 163, comma 4, Legge Fallimentare, non preveda alcun termine iniziale per il deposito di tali «... *proposte concorrenti* ...». In mancanza di una espressa previsione, parte della dottrina ha sostenuto che tali proposte possano essere presentate solo successivamente al deposito del ricorso, sia esso “ordinario” o “in bianco” (vds. VAROTTI A., *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge fallimentare*, in www.ilCaso.it, 2005). Altra parte della dottrina, invece, ha sostenuto la necessità di distinguere l’ipotesi di ricorso “ordinario” da quello “in bianco”, in quanto in tale secondo caso ha ritenuto necessario l’ulteriore decorso dei termini disposti dall’articolo 161, comma 6, Legge Fallimentare (vds. RIMATO G., *Proposte concorrenti e mercati delle proposte nel nuovo concordato preventivo*, in www.fallimentoesocietà.it, 2015).

e 161, ammette il concordato preventivo, con decreto non soggetto a reclamo, dichiarando aperta la procedura.

A fronte della ricostruzione della procedura che porta all'ammissione del concordato preventivo è possibile definire il momento in cui la procedura «... *per la dichiarazione di ... tal[e] situazion[e] ...*» è da considerarsi come “in corso”, prima che la stessa venga ad essere aperta.

Rispettivamente, tali momenti sono: ex articolo 161, comma 1, il deposito del ricorso (per la procedura “in corso”) ed ex articolo 163, comma 1, la pubblicazione del decreto del Tribunale (per il concordato preventivo “aperto”).

Appare evidente, inoltre, che, parlando di presentazione del ricorso, si debba approfondire anche un'ulteriore questione, cioè se l'orientamento giurisprudenziale del 2010, a cui prima si è voluto fare riferimento, espressosi in merito al quando una procedura per l'apertura di un concordato preventivo possa definirsi come “in corso”, possa o meno essere esteso anche alle ipotesi di domanda di concordato preventivo cosiddetta “in bianco”.

Preventivamente, appare necessario ricordare quale sia la differenza tra la domanda di concordato preventivo presentata con ricorso “ordinario” e quella, invece, presentata con un ricorso “in bianco”.

Il ricorso “ordinario” viene disciplinato nell'articolo 161, ai commi 2 e 3, i quali prevedono che: «... *Il debitore deve presentare con il ricorso: a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili; 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. Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista,*

designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano ...».

Al contrario, l'ipotesi di ricorso "in bianco" viene disciplinata dall'articolo 161, comma 6, Legge Fallimentare il quale prevede che: «...*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 ...».*

Delineate, sia pure in sintesi, le principali differenze tra i due ricorsi, si deve osservare come il citato l'orientamento dalla giurisprudenza, del 2010 sia sembrato, in un primo momento, essere applicabile anche al caso della semplice presentazione del ricorso "in bianco".

A sostegno di tale tesi, infatti, la giurisprudenza⁹¹, già nel 2016, con riferimento ad una procedura con continuità aziendale, ha affermato che «... *il deposito della domanda di concordato preventivo con riserva (c.d. "concordato in bianco") non comporta il venir meno dei requisiti (soggettivi –ndr)...*» dell'operatore economico, trovando già in tale fase applicazione l'eccezione prevista per la continuità aziendale «...*dall'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, V, 22 dicembre 2014, n. 6303; 27 dicembre 2013, n. 6272; IV, n. 3344 del 2013 cit.) ...».*

Tuttavia, il Consiglio di Stato è tornato sulla questione nel 2018, avendo ritenuto necessario rimettere, con rinvio pregiudiziale⁹², la questione alla Corte di Giustizia europea, domandandole «... *se sia compatibile con l'articolo 45, comma 2, lettera a) e b)*⁹³ *della Direttiva 2004/18/CE, considerare la confessione del debitore di trovarsi*

⁹¹ Cons. St., sez. VI, 3/02/2016, n. 426, in *Redazione Giuffrè amministrativo*, Giuffrè, 2016.

⁹² Cons. St., sez. V, ord., 2/02/2018, n. 686, in www.appaltiecontratti.it.

⁹³ Vds. Art. 45, comma 2, lettera a) e b), Direttiva 2004/18/CE, rubricato «*Situazione personale del candidato e dell'offerente*»: «... *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*

in stato di insolvenza e di volere presentare istanza di concordato preventivo “in bianco” ... quale causa di esclusione dalla procedura d’appalto pubblico, interpretando così estensivamente il concetto di “procedimento in corso” sancito dalla normativa comunitaria (articolo 45 Direttiva) e nazionale (articolo 38 d.lgs. n. 163-2006) citate ...».

All’interno dell’ordinanza di rimessione, il Consiglio di Stato ha osservato che la presentazione di una domanda di concordato “in bianco” presenta profili di estrema incertezza sul punto che ci occupa.

Tale tipologia di ricorso permette, infatti, «... *all'imprenditore in stato di dissesto "di congelare" temporaneamente (da 30 a 120 giorni) le istanze fallimentari avanzate dai creditori e di rinviare all'esito di una rinegoziazione con la massa dei creditori, la scelta tra la presentazione di un piano di concordato ex articolo 161 Legge Fallimentare ovvero di un accordo di ristrutturazione aziendale ex articolo 182-bis Legge Fallimentare ...».*

Su tale presupposto la Corte evidenzia, non solo come la presentazione di un ricorso “in bianco” non consenta, di per se, di determinare a quale tipo di concordato preventivo, liquidatorio o con continuità aziendale, il debitore intenda accedere, ma lascia aperta la possibilità al debitore stesso, allo scadere dei termini prescritti, di accedere alla differente procedura dell’accordo di ristrutturazione ex articolo 182-bis Legge Fallimentare, che non rientra propriamente nel *genus* delle procedure concorsuali.

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; ...».

4. Le procedure non ricomprese nel raggio d'azione dell'articolo 80 comma 5 lettera b) Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Il Codice dei Contratti Pubblici, come detto al paragrafo 1 del capitolo I, dà attuazione in Italia alle previsioni europee in materia di appalti pubblici, previste dalle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

In particolare, rispetto al rapporto tra appalto pubblico e crisi d'impresa la disciplina che emerge dal combinato disposto tra l'articolo 80 e 110, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, dà attuazione alle previsioni dell'articolo 38, comma 7, lettera b) della Direttiva 2014/23/UE.

La norma europea, lo ricordiamo ai fini del discorso, nell'ambito del più lungo elenco, in relazione alla crisi di impresa, prevede 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 ... b) se l'operatore economico è in stato di fallimento o è oggetto di una procedura di insolvenza ..., se è in stato di amministrazione controllata, se ha stipulato un concordato preventivo con i creditori ... o si trova in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile ai sensi di leggi e regolamenti nazionali ...*».

Tuttavia, prosegue sul punto la norma, «... *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 dell'attività in tali situazioni; ...*».

Da tale norma emergono due differenti profili sul tema.

Il primo, già ricordato, è rappresentato dalla volontà del legislatore europeo di lasciare agli stati membri la libertà di decidere quali procedure concorsuali considerare

come ostative per la partecipazione ad un appalto pubblico, al fine di favorire la massima partecipazione possibile a tali procedure ad evidenza pubblica.

Il secondo, oggetto specifico di approfondimento del presente paragrafo, riguarda le singole ipotesi di esclusione elencate nell'articolo della Direttiva europea in commento, che devono essere valutate al fine di comprendere quali di queste siano state riprodotte nell'articolo 80, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, e quali, invece, siano state ritenute dal legislatore italiano come da escludersi, data la libertà lasciata dalla norma europea in commento.

L'articolo 38, comma 7, lettera b), della Direttiva 2014/23/UE, rispetto alle procedure concorsuali (e, quindi, escludendosi qui le ipotesi certamente estranee a detta categoria giuridica, quali la liquidazione e la cessazione dell'attività), parla di: fallimento; amministrazione controllata; concordato preventivo; procedure d'insolvenza ed altre situazioni analoghe derivate da una procedura simile ai sensi della legge nazionale.

L'articolo 80 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato appunto «*Motivi Ostativi*», invece, prevede, come sopra già analizzato, il fallimento (quando il curatore non venga autorizzato all'esercizio provvisorio), la liquidazione coatta e il concordato preventivo liquidatorio.

Riconducendo le ipotesi di esclusione, previste dalla norma europea ai relativi istituti dall'ordinamento italiano, è possibile arrivare a definire quale sia stato il criterio utilizzato dal legislatore nazionale per le scelte di inclusione ed esclusione operate nella formulazione dell'articolo 80 in esame.

Profili di interesse interpretativo sorgono, nel raffronto, con riferimento alle diciture «... *procedure d'insolvenza* ...» ed «... *alle altre situazioni analoghe* ...».

Mentre le ipotesi quali fallimento, amministrazione controllata (anche se ad oggi, nell'ordinamento italiano abrogata⁹⁴) e concordato preventivo, non comportano

⁹⁴ L'istituto, che era previsto dagli articoli 187 e ss. Legge Fallimentare, è stato abrogato dall'articolo 147 D.Lgs. 9/01/2006, n. 5).

nessun problema interpretativo, potendo essere facilmente ricondotte ai relativi istituti dell'ordinamento fallimentare italiano.

Il riferimento generico del legislatore europeo alle «... *procedure d'insolvenza* ...» ed alle «... *altre situazioni analoghe* ...» porta l'interprete a ricercare se vi siano e quali siano, all'interno dell'ordinamento italiano, altre procedure di soluzione della crisi o dell'insolvenza, cioè procedure ulteriori rispetto a quelle già tipizzate nella norma europea, che possano ricondursi in tali categorie residuali e possano non essere state ricomprese nell'articolo 80 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Tali procedure possono individuarsi nell'amministrazione straordinaria (sia essa "Prodi", di cui al D.L. 30/01/1979, n. 26, "Prodi-bis", di cui al D.Lgs. 8/06/1999, n. 270, "Marzano", di cui al D.L. 23/12/2003, n. 347 o "Marzano-bis", di cui al D.Lgs. 28/08/2008, n. 134) e negli accordi di ristrutturazione del debito (articolo 67 Legge Fallimentare ed articolo 182-*bis* Legge fallimentare), escludendosi qui la trattazione delle procedure di sovraindebitamento, in quanto destinate alla microimpresa (oltre che al privato, quale tema estraneo al presente elaborato), rispetto alle quali l'articolo 36 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici prevede l'applicazione della disciplina delle procedura d'appalto per contratti "sotto soglia"⁹⁵, che non contempla l'applicazione dell'articolo 80, qui in esame.

L'amministrazione straordinaria rientra certamente all'interno della categoria delle procedure concorsuali.

⁹⁵ Vds. articolo 35, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti*»: «*Ai fini dell'applicazione del presente codice, le soglie di rilevanza comunitaria sono: a) euro 5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni; b) euro 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici ... c) euro 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali ... d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi ...*». Ancora, il successivo articolo 36, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato: «*Contratti sotto soglia*»: «*L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese ...*».

Tuttavia, tale procedura prevede già, per legge, l'utilizzo dello strumento della continuità aziendale, ai fini della ristrutturazione dell'azienda in crisi⁹⁶. Tale fine ristrutturativo, pacifico nel testo normativo e nella sua applicazione ministeriale, è chiaro già dal combinato disposto degli articoli 27⁹⁷ e 56⁹⁸ del D.Lgs. 8/06/1999, n. 270, dove il programma predisposto e presentato al Ministero è basato proprio sulla ristrutturazione dei complessi aziendali, anche nel caso in cui si proceda con un piano che preveda la cessione dell'azienda, in quanto, anche l'acquirente dovrà sempre garantirne la prosecuzione per almeno 2 anni. Del resto, la mancata cessione dell'azienda, che ne consenta almeno una prosecuzione biennale, entro il termine della scadenza del programma, ex articolo 70, comporta la conversione della procedura in quella di fallimento, con ciò rafforzando ancora di più il carattere intrinseco nella procedura in esame della prosecuzione dell'attività aziendale.

Tali caratteristiche sembrano giustificare un'esclusione dell'amministrazione straordinaria dall'articolo 80 in esame, nel quale il legislatore italiano non l'ha espressamente inclusa.

Gli accordi di ristrutturazione del debito, siano essi un piano attestato ex articolo 67, comma 3, lettera d), Legge Fallimentare, ovvero un accordo di ristrutturazione, ex

⁹⁶ Tale considerazione è stata verosimilmente fatta anche per la procedura dell'amministrazione controllata, ormai abrogata, che ugualmente non era considerata dal Codice dei Contratti Pubblici, del 2006, ex art. 38, comma 1, lettera a), come causa ostativa alla partecipazione a gare d'appalto.

⁹⁷ Vds. articolo 27 D.Lgs. 8/06/1999, n. 270, rubricato «*Condizioni per l'ammissione alla procedura*»: «*Le imprese dichiarate insolventi a norma dell'articolo 3 sono ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali. Tale risultato deve potersi realizzare, in via alternativa: a) tramite la cessione dei complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno ("programma di cessione dei complessi aziendali"); b) tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni ("programma di ristrutturazione")*».

⁹⁸ Vds. articolo 56 D.Lgs. 270/1999, rubricato «*Contenuto del programma*»: «*Il programma deve indicare: a) le attività imprenditoriali destinate alla prosecuzione e quelle da dismettere; b) il piano per la eventuale liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa; c) le previsioni economiche e finanziarie connesse alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa; d) i modi della copertura del fabbisogno finanziario, con specificazione dei finanziamenti o delle altre agevolazioni pubbliche di cui è prevista l'utilizzazione. Se è adottato l'indirizzo della cessione dei complessi aziendali, il programma deve altresì indicare le modalità della cessione, segnalando le offerte pervenute o acquisite, nonché le previsioni in ordine alla soddisfazione dei creditori. Se è adottato l'indirizzo della ristrutturazione dell'impresa, il programma deve indicare, in aggiunta a quanto stabilito nel comma 1, le eventuali previsioni di ricapitalizzazione dell'impresa e di mutamento degli assetti imprenditoriali, nonché i tempi e le modalità di soddisfazione dei creditori, anche sulla base di piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti o di definizione mediante concordato*».

articolo 182-*bis* Legge Fallimentare, non sono considerabili come «... *procedure di insolvenza* ...» ai sensi dell'ordinamento italiano.

Gli stessi, infatti, fermo che non presuppongono lo stato di insolvenza come requisito per la loro adozione, non appartengono neanche al *genus* delle procedure concorsuali e, quindi, non possono considerarsi quali «... *altre procedure analoghe* ...» rispetto a quelle tipiche ed inserite nella norma europea.

Conseguentemente, giusta appare la loro esclusione dalla previsione dell'articolo 80 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Rispetto all'amministrazione straordinaria ed all'esclusione dall'articolo 80 di tale procedura, come osservato, in ragione del carattere intrinseco per essa della continuità aziendale, sorge un importante tema rispetto al coordinamento di tale previsione con quella contenuta nell'articolo 48, commi 17 e 18, sempre Nuovo Codice dei Contratti Pubblici⁹⁹, rubricato «*Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*».

L'articolo 48, comma 17, prevede, infatti, rispetto alle procedure concorsuali, che, salvo «... quanto previsto all'articolo 110, comma 5 ...», vale a dire salvo il caso di fallimento in esercizio provvisorio e concordato preventivo con continuità aziendale, in caso di fallimento (senza autorizzazione all'esercizio provvisorio), liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria o concordato preventivo (liquidatorio) dell'operatore economico mandatario di un RTI-Raggruppamento Temporaneo di Imprese, la stazione appaltante non possa proseguire il contratto se non avvenga la sostituzione di tale mandatario con altro operatore economico, anche non già membro del RTI, che, avendo i requisiti di qualificazione adeguati all'appalto, assuma il mandato di rappresentanza verso la stazione appaltante.

Il successivo comma 18 dell'articolo 48 prevede, poi, che, qualora sia un partecipante al RTI come mandante ad essere assoggettato ad una delle medesime procedure concorsuali di cui al comma 17, «...il mandatario, ove non indichi altro

⁹⁹ Sul tema vds. anche paragrafo 2, capitolo I.

operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto all'esecuzione direttamente o a mezzo degli altri mandanti ...”.

Quindi da un lato, all'interno del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, non ricomprendendo tale procedura nelle ipotesi “ostative” di cui all'articolo 80, comma 5, lettera b), il legislatore italiano ha concesso ad un'impresa in amministrazione straordinaria (ormai inutile porsi il problema dell'amministrazione controllata, che, come più volte già detto, è stata abrogata nel 2006; anzi ci si potrebbe domandare perché, ancora nel 2016, il legislatore continua a regolare ipotesi di tale procedura) di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico; dall'altro, nel caso di apertura della medesima procedura dopo l'aggiudicazione, lo stesso legislatore sembra impedirgli l'esecuzione del medesimo contratto.

Il tema di cui sopra è stato già affrontato dalla dottrina, che ha messo in evidenza come il: «... *legislatore, in modo incomprensibile e quindi snaturando il perfetto parallelismo precedente, è stato più elastico nel consentire la partecipazione alla gara per l'affidamento di contratti pubblici anche ad operatori economici che si trovano in stato di amministrazione straordinaria, probabilmente proprio per aumentare la platea dei soggetti partecipanti (favor participationis), mentre è stato più severo nell'indicare le ipotesi di esclusione se il requisito di ordine generale viene meno dopo la stipulazione del contratto ...*»¹⁰⁰, nell'ambito di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese.

Stessa e parallela problematica si pone, per l'amministrazione straordinaria in considerazione del mancato coordinamento tra le procedure concorsuali previste come “ostative” dall'articolo 80, comma 5, lettera b), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, nelle quali l'amministrazione straordinaria non è ricompresa e quelle che sono comprese nel successivo articolo 110, comma 1, stesso codice, quali ipotesi che prevedono che le stazioni appaltanti, risolto il contratto, “...*interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara ... al fine di stipulare un nuovo contratto ...*”.

¹⁰⁰ Cfr. D'Orazio L., *Continuità aziendale e gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Il Fallimento*, IPSOA, 2017.

Fra le ipotesi di cui all'articolo 110 comma 1 è compresa, infatti, anche quella in cui l'operatore economico sia assoggettato ad una "generica" "procedura di insolvenza concorsuale", quale *genus* che sembra dover ricomprendere anche l'amministrazione straordinaria.

Viene, quindi, a riproporsi e confermarsi, questa volta con riferimento all'operatore economico singolo, la stessa dicotomia prima evidenziata analizzando l'articolo 48, comma 17 e comma 18, in relazione al RTI, che vede il legislatore italiano permettere all'operatore economico in amministrazione straordinaria di partecipare alle gare pubbliche, ma non gli permette di eseguire i relativi contratti, sia che operi singolarmente sia che operi in RTI.

CAPITOLO III

LA PARTECIPAZIONE ALLE GARE DI APPALTO PUBBLICO E L'ESECUZIONE DEI RELATIVI CONTRATTI DA PARTE DELL'IMPRESA IN CONCORDATO PREVENTIVO O FALLITA CHE PROSEGUA LA SUA ATTIVITÀ IN CONTINUITÀ AZIENDALE.

1. L'articolo 110 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

L'articolo 110 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*», rappresenta una delle innovazioni più importanti introdotte dal D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, in tema di coordinamento tra la disciplina dell'appalto pubblico e le procedure concorsuali.

L'articolo in commento, con la casistica in esso prevista, anche in virtù del combinato disposto di tale norma con l'articolo 80 dello stesso codice, contiene, infatti, importanti novità rispetto alla disciplina già prevista in tema nel precedente Codice dei Contratti Pubblici.

Nel Codice dei Contratti Pubblici il rapporto tra procedure d'appalto e crisi d'impresa veniva regolato attraverso due norme, l'articolo 38, comma 1, lettera a) e l'articolo 140.

Da un lato l'articolo 38, comma 1, lettera a) vietava, come detto al precedente paragrafo 2, capitolo II, alle imprese in stato di fallimento, liquidazione coatta e concordato preventivo, di partecipare a nuove procedure d'affidamento per gli appalti pubblici.

Dall'altro lato l'articolo 140, nelle stesse ipotesi, consentiva alla stazione appaltante di sciogliere eventuali contratti già stipulati con le imprese che fossero state

sottoposte a tali procedure concorsuali, sostituendo l'appaltatore in crisi/insolvenza attraverso l'applicazione del cosiddetto "principio di affidamento".

Era, quindi, evidente l'intento del legislatore del 2006 di evitare che potessero esservi interferenze nella realizzazione di un appalto da parte di imprese che si trovassero in stato di crisi o, addirittura, di insolvenza.

Come ampiamente analizzato nei capitoli precedenti, una prima apertura del legislatore, verso la possibilità di partecipare a gare d'appalto e/o di continuare l'esecuzione dei relativi contratti, anche per le imprese in stato di crisi, si ha con il già esaminato D.L. 22/06/2012, n. 83, che introduce nella Legge Fallimentare l'articolo 186-*bis*, rubricato «*Concordato preventivo con continuità aziendale*» e modifica l'articolo 38, comma 1, lettera a) nel Codice dei Contratti Pubblici.

Tale riforma, per la prima volta, pone in evidenza come lo strumento della continuità aziendale delle imprese in crisi/insolvenza, sul quale il concordato preventivo ex articolo 186-*bis* si fonda, sia perfettamente compatibile con la partecipazione delle stesse a gare d'appalto pubblico e con l'esecuzione dei relativi contratti.

Tali previsioni, tuttavia, non trovavano ancora un solido ed articolato apparato normativo all'interno del (vecchio) Codice dei Contratti Pubblici, in quanto all'articolo 38, comma 1, lettera a), pur dopo tale intervento del legislatore, ci si limitava a richiamare le disposizioni previste dalla Legge Fallimentare, all'articolo, appunto, 186-*bis*.

Tale struttura normativa viene completamente modificata con il D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, che introduce il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici e, per quanto qui interessa, l'articolo 110 in esame.

L'articolo in commento prevede, ai commi 1 e 2, per i casi di sostituzione dell'appaltatore, la riproposizione del cosiddetto "principio di affidamento" dei contratti d'appalto, prima disciplinato dall'articolo 140 Codice dei Contratti Pubblici, di cui si è già parlato al precedente paragrafo 2 del capitolo I.

Ai successivi commi 3, 4 e 5, l'articolo in commento prevede, di contro, per la prima volta, una disciplina completa e articolata per le imprese che, pur soggette a

procedure concorsuali, possano, ricorrendone i requisiti, partecipare a nuove gare d'appalto pubblico o proseguire contratti già stipulati, con riferimento non solo al fallimento autorizzato all'esercizio provvisorio, ex articolo 104 Legge Fallimentare ed al concordato preventivo con continuità aziendale, ex articolo 186-bis, Legge Fallimentare, ma anche al concordato preventivo liquidatorio ed al cosiddetto concordato preventivo "in bianco".

Appare, utile, per meglio comprendere le argomentazioni infra sviluppate, illustrare, sia pur brevemente, il contenuto dei commi dal 3 al 5 dell'articolo 110.

Il comma 3¹⁰¹ definisce la possibilità, per il curatore fallimentare autorizzato all'esercizio provvisorio e per l'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale, in entrambi i casi previa autorizzazione del Giudice Delegato, di partecipare a nuove procedure di gara per appalto pubblico, per «... *affidamento di concessioni e appalti di lavoro, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto ...*», così come di proseguire i relativi contratti già stipulati al momento dell'apertura delle rispettive procedure.

Il comma 4¹⁰², al primo periodo, prevede che le imprese ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale non necessitino (salvo quanto previsto al successivo comma 5) di avvalimento ai fini della partecipazione a nuove procedure di gara e per la prosecuzione di contratti già stipulati con la stazione appaltante.

Sempre il comma 4, al successivo secondo periodo, prevede, per le imprese in concordato liquidatorio e per quelle che abbiano presentato domanda di concordato preventivo ex articolo 161, comma 6, Legge Fallimentare, cosiddetto "in bianco",

¹⁰¹ Vds. articolo 110, comma 3, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*»: «... *Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, 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 ...*».

¹⁰² Vds. articolo 110, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione dei contratti e misure straordinarie di gestione*»: «... *L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento 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 ...*».

sempre previa autorizzazione del Giudice Delegato, la sola possibilità di proseguire i contratti già stipulati.

Il comma 5 prevede, a sua volta, che l'ANAC, sentito il Giudice Delegato, possa decidere di subordinare, per le imprese fallite autorizzate all'esercizio provvisorio e quelle in concordato preventivo con continuità aziendale, la partecipazione a nuove gare d'appalto pubblico all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento in due particolari casi: a) irregolarità retributive e contributive b) assenza di particolari requisiti aggiuntivi, individuate in apposite Linee Guida predisposte dall'ANAC.

Le previsioni sopra riassunte, dei commi 3, 4 e 5 dell'articolo 110 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici comportano, come già evidenziato al paragrafo 2 del capitolo I, un evidente problema di coordinamento con la disciplina introdotta nella Legge Fallimentare, in materia di concordato preventivo con continuità aziendale, attraverso l'inserimento dell'articolo 186-bis, operato, come detto, con il D.L. 22/06/2012, n. 83, di molto precedente il D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, introduttivo dell'articolo 110 in esame, che pure non contempla (come non la contempla il successivo "correttivo" del 2017) alcuna abrogazione esplicita delle previsioni contenute nell'articolo 186-bis che appaiono con essa in contrasto.

Il quadro normativo delineato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici attraverso il D.Lgs. 18/04/2016, n. 50 ed, in particolare, le previsioni dell'articolo 110, sono state quasi subito oggetto di modifiche, attraverso il D.Lgs. 19/04/2017, n. 57, «*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*».

Tale decreto ha modificato, per quanto qui di interesse, l'articolo 110, andando ad incidere solo sui poteri che il legislatore aveva attribuito all'ANAC e al Giudice Delegato nominato per la procedura concorsuale di riferimento.

Appare necessario, per meglio comprendere la portata di tali modifiche, analizzare l'articolo 110 sul punto, nella sua formulazione originaria e nella sua versione *post* decreto "correttivo" del 2017, soffermandoci solo su alcune tematiche principali.

Il legislatore del 2016 aveva previsto, all'interno dell'articolo 110, rapporti alquanto articolati tra ANAC e Giudice Delegato, andando a prevedere, nei suoi diversi

commi, la necessaria autorizzazione di almeno uno di tali soggetti previo parere dell'altro.

Al comma 3, dell'articolo in commento, la partecipazione a nuove procedure di affidamento, come la prosecuzione di contratti già stipulati da parte del curatore fallimentare in esercizio provvisorio o dell'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale, richiedeva la specifica autorizzazione del Giudice Delegato, previo parere dell'ANAC.

Stessa previsione veniva fatta nel comma 4 dell'articolo, riguardo alla (possibile) sola prosecuzione dei contratti, per l'impresa ammessa al concordato preventivo liquidatorio e per quella che aveva presentato ricorso per un concordato preventivo "in bianco".

Diversamente, invece, il comma 5 attribuiva (e attribuisce, perché non è stato oggetto di modifica da parte del "correttivo" del 2017) all'ANAC un incisivo potere autorizzativo: con il previo parere del Giudice Delegato, infatti, l'ANAC poteva (e può) decidere, per le imprese fallite in esercizio provvisorio o per quelle in concordato preventivo con continuità aziendale (le uniche che possano partecipare a nuove gare ai sensi del comma 3 dello stesso articolo), di subordinare la possibilità di partecipare ad una nuova gara d'appalto pubblico all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, nelle due ipotesi ivi previste.

Un primo approfondimento va fatto in merito alla natura dei pareri dell'ANAC o del Giudice Delegato previsti dalla norma come antecedenti all'autorizzazione da rilasciarsi. In tutte le ipotesi previste, la dottrina ha ritenuto trattarsi di un parere che dovesse essere considerato come obbligatorio ma non vincolante¹⁰³.

Altro aspetto che appare opportuno approfondire è quello attinente ai motivi a sostengono del fatto che nei commi 3 e 4 si prevedeva (e si prevede tutt'ora) che l'autorizzazione successiva al parere dell'ANAC fosse rilasciata dal Giudice Delegato, mentre nel comma 5 si prevedeva (e si prevede) che i poteri autorizzativi fossero lasciati all'ANAC, previo parere del Giudice Delegato.

¹⁰³ FAUCEGLIA G., *Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, Giuffrè, 2017.

Ai commi 3 e 4, prevedendosi che l'autorizzazione debba essere rilasciata dal Giudice Delegato, l'intento del legislatore sembra essere stato quello di far prevalere l'interesse dei creditori della procedura concorsuale rispetto a quello della corretta esecuzione della procedura di appalto, in quanto la partecipazione ad una nuova gara, come anche la prosecuzione di contratti già stipulati, comporta per essi rilevanti rischi.

Tali situazioni, comportando la prosecuzione dell'attività d'impresa, infatti, provocano, necessariamente, la nascita di nuovi creditori che, secondo la Legge Fallimentare, ove non soddisfatti nella continuità aziendale, dovranno essere considerati come prededucibili, ai sensi dell'articolo 111. La prededucibilità di tali crediti va inevitabilmente ad attaccare gli interessi dei creditori concorsuali preesistenti.

E', quindi, al Giudice Delegato che il legislatore ha ritenuto opportuno attribuire il potere di controllare, emettendo o meno il relativo provvedimento autorizzativo, se la partecipazione alla gara o l'esecuzione del contratto possa incidere in maniera dannosa o meno sulla massa dei creditori e, quindi, sullo scopo della procedura concorsuale che, come noto, continua ad avere come proprio fine principale quello della massima soddisfazione possibile dei suoi creditori, anche dopo l'introduzione del mezzo della continuità aziendale.

Al contrario, il comma 5, attribuendo all'ANAC, al verificarsi delle due ipotesi ivi previste, il compito di decidere se subordinare o meno la possibilità delle imprese in esercizio provvisorio o in continuità aziendale di partecipare a nuove gare all'attivazione dell'istituto dell'avvalimento (su cui torneremo nello specifico al paragrafo 5), pare voler accentuare il prevalere, in tali circostanze, dell'interesse pubblico di assicurare una corretta esecuzione delle gare e dei contratti pubblici, mandando all'ANAC di valutare la «... *effettiva sussistenza dei requisiti patrimoniali e tecnico-finanziari richiesti* ...».

Per quanto riguarda le modifiche introdotte dal D.Lgs. 19/04/2017, n. 56, al Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, esse vanno, come anticipato, a modificare l'articolo 110, rispetto ai poteri attribuiti oggi all'ANAC.

Tale decreto “correttivo” del 2017, all’articolo 74, rubricato «*Modifiche all’articolo 110 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*» incide sui compiti e le funzioni attribuite all’ANAC, eliminando dal testo dalla norma le parole «*sentita l’ANAC*» nei commi 3 e 4.

Conseguentemente, oggi, nel caso in cui un’impresa fallita o in concordato preventivo voglia, ricorrendo la continuità aziendale, partecipare ad una nuova gara d’appalto, essa dovrà richiedere l’autorizzazione solo al Giudice Delegato e non sarà più necessario il parere in merito dell’ANAC.

La ragione per cui il decreto “correttivo” del 2017 ha deciso di eliminare il parere dell’ANAC nei casi di cui ai commi 3 e 4, sembra essere quella di semplificare il potere autorizzativo già riservato al Giudice Delegato, per accorciarne, a favore della continuità aziendale, i tempi delle conseguenti decisioni, tenuto anche presente, come già detto, che tale organo della procedura concorsuale è di per se l’unico in grado di tutelare l’interesse dei creditori concorsuali in uno con quello della salvaguardia dei valori dell’azienda e del suo avviamento¹⁰⁴.

In un certo senso, in tale scelta del legislatore del “correttivo” del 2017, si rispecchia bene quel capovolgimento degli interessi, di cui si è parlato al paragrafo 3 del capitolo I, che vede, sotto molti aspetti, prevalere l’interesse privato alla tutela dell’attività d’impresa rispetto a quello pubblico, della gestione delle procedure di appalto pubblico.

Il decreto “correttivo” non tocca, invece, le previsioni del comma 5 dell’articolo 110, con la ivi prevista autorizzazione dell’ANAC su parere del Giudice Delegato.

Ciò in quanto l’imposizione dell’avalimento nei casi ivi previsti, su cui si tornerà in seguito, trattandosi di ipotesi di particolare rischio rispetto alla (partecipazione alla gara ed alla successiva) esecuzione del contratto, poggia su ipotesi di particolare complessità, per le quali appaiono essenziali valutazioni ed accertamenti tecnici che vanno sicuramente al di là di quella che può essere considerata la

¹⁰⁴ FAUCEGLIA G., *Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, Giuffrè, 2017, II.

competenza “per materia” di un organo della procedura concorsuale come il Giudice Delegato.

Esposto il contenuto dell’articolo 110 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, nei successivi paragrafi si affronteranno le principali questioni che possono riscontrarsi in caso di effettiva applicazione dell’articolo in commento, dati i diversi problemi di coordinamento di tale norma con le previsioni della Legge Fallimentare.

2. La prosecuzione dei contratti in corso per le imprese in crisi in continuità aziendale alla luce del comma 3 dell’articolo 110 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Il comma 3 dell’articolo 110, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, come già al primo paragrafo di questo capitolo si è analizzato, prevede che un’impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale (ex articolo 186-bis Legge Fallimentare), così come una impresa fallita autorizzata all’esercizio provvisorio, possano, previa autorizzazione del Giudice Delegato, proseguire i contratti d’appalto pubblico già stipulati e/o partecipare a nuove gare d’appalto pubblico.

Partendo dall’analisi del comma 3 dell’articolo 110, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici si analizzerà separatamente la possibilità per tali l’imprese di proseguire contratti già stipulati e la possibilità, per le stesse, di partecipare a nuove gare d’appalto pubblico.

Tale esame verrà affrontato con particolare riguardo alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale e, quindi, con riferimento all’articolo 186-bis Legge Fallimentare, che rappresenta la casistica di gran lunga più significativa.

Per quanto riguarda la sorte dei contratti già in essere rispetto ad una impresa che acceda ad una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, l’articolo 186-bis, comma 3, Legge Fallimentare, inserisce due regole generali che non

rappresentano due diverse ipotesi, ma solo due differenti momenti dello stesso percorso procedurale, cui accedono differenti ma complementari istituti e conseguenze giuridiche.

Con riferimento al primo di tali due momenti, richiamando il principio di “continuità contrattuale” già esaminato al paragrafo 3.1.3. del capitolo I, l’articolo 186-bis, comma 3, Legge Fallimentare, chiarendo che la disciplina generale dell’articolo 169-bis Legge Fallimentare deve trovare applicazione anche nei confronti dei contratti con la pubblica amministrazione, prevede che essi proseguano dopo il deposito del ricorso introduttivo, senza la necessità di specifiche autorizzazioni da parte degli organi della procedura concorsuale.

Con riferimento al secondo di tali due momenti, invece, l’articolo 186-bis, comma 3, Legge Fallimentare, riguardo alla fase dell’avvenuta ammissione, subordina la possibilità di proseguire l’esecuzione di contratti pubblici già in essere al momento del ricorso per concordato, all’attestazione del professionista designato, nominato dal debitore, in merito alla conformità dell’esecuzione del contratto d’appalto con il piano concordatario ed in merito alla sussistenza di una ragionevole capacità del debitore di adempiere alle obbligazioni in esso prescritte.

Mettendo in relazione tale disposizione della Legge Fallimentare con l’articolo 110, comma 3, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, sembrano sorgere dei problemi di coordinamento rispetto all’autorizzazione del Giudice Delegato prevista da tale normativa sugli appalti pubblici dopo l’ammissione e non esplicitata nel comma 3 dell’articolo 186-bis Legge Fallimentare.

Invero, tali problemi di coordinamento non sembrano sussistere.

Certamente non sussistono in relazione alla fase che va dalla presentazione del ricorso, eventualmente anche ex articolo 161, comma 6, Legge Fallimentare, all’ammissione, in quanto trattasi di una fase non regolata nel comma 3 dell’articolo 110 del Nuovo Codice degli Appalti Pubblici, che disciplina solo la fase successiva all’ammissione.

In tale fase, quindi, i contratti pubblici proseguiranno, come previsto dall'articolo 186-bis, Legge Fallimentare.

Problemi di coordinamento non sembrano sussistere neanche per la fase successiva all'ammissione.

Questo in quanto, là dove l'articolo 186-bis, comma 3, Legge Fallimentare, non prevede espressamente, per il caso di prosecuzione dei contratti dopo l'ammissione, l'autorizzazione del Giudice Delegato, invece prevista, come regola generale, dall'articolo 110, comma 3, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, non deve dimenticarsi che l'ammissione al concordato, ai sensi dell'articolo 163 Legge Fallimentare, avviene con un decreto nel quale il Tribunale e, per esso, il collegio, del quale il (nominando) Giudice Delegato farà parte, nell'esaminare tutti i presupposti ed i documenti previsti per l'ammissione, esaminerà anche l'esistenza e coerenza dell'attestazione suppletiva prevista per la verifica della conformità al piano e della ragionevole capacità di adempimento del contratto pubblico in essere, autorizzandone la prosecuzione.

Sarebbe stato, forse auspicabile un miglior coordinamento lessicale ma, certo, questo non sposta l'esistenza dell'autorizzazione del Giudice Delegato, in uno con l'ammissione al concordato preventivo, rispetto alla prosecuzione di un contratto pubblico che deve essere previsto, nel piano e rispetto ad esso è espressamente oggetto di attestazione.

La previsione di una autorizzazione del Giudice Delegato introdotta dall'articolo 110, comma 3, Nuovo Codice degli Appalti Pubblici trova, invece, maggiore interesse di coordinamento rispetto all'impresa fallita ed autorizzata all'esercizio provvisorio, là dove l'autorizzazione a tale esercizio provvisorio, ex articolo 104 Legge Fallimentare, non contempla già l'autorizzazione alla prosecuzione del contratto pubblico.

Questo in quanto, pur in presenza, anche in questa fattispecie, dell'applicazione del principio della "continuità contrattuale", come prevista dall'articolo 104, comma 7, Legge Fallimentare, la previsione del comma 3 dell'articolo 110 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, relativa all'autorizzazione del Giudice Delegato, oltre ad essere

contenuta in una legge successiva, da un lato non è in alcun modo in contrasto con la direzione della procedura fallimentare attribuita al Giudice e, dall'altro, appare orientata ad un interesse della pubblica amministrazione non in contrasto con quello dei creditori.

3. La partecipazione a nuove gare di appalto pubblico per le imprese in crisi in continuità aziendale alla luce del comma 3 dell'articolo 110 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Con riguardo all'articolo 110, comma 3, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici è necessario analizzare anche la possibilità per le imprese fallite autorizzate all'esercizio provvisorio e per quelle ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico

Anche per tale analisi, come al paragrafo precedente, si avrà particolare attenzione alle previsioni della Legge Fallimentare in tema di concordato preventivo con continuità aziendale.

Per quanto riguarda la possibilità di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico, rispetto ad una impresa che acceda ad una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, la Legge Fallimentare, all'articolo 186-bis, commi 4 e 5, prevede regole solo apparentemente differenti a seconda dei diversi momenti del percorso procedurale a cui si vuole fare riferimento.

Al comma 4, dell'articolo 186-bis, è previsto che, «... *successivamente al deposito del ricorso ...*», la possibilità di partecipare a nuove procedure d'appalto, per le imprese che abbiano presentato una domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, sia subordinata all'autorizzazione del Tribunale ed al previo parere del Commissario Giudiziale.

Al comma 5, dello stesso articolo, è previsto che, dopo l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, l'impresa, al fine di partecipare a nuove procedure d'appalto pubblico, debba presentare in gara: a) l'attestazione di un professionista, nominato dal debitore, che dimostri la conformità dell'oggetto della gara al piano concordatario e la ragionevole capacità di adempimento del relativo contratto; b) la documentazione necessaria per attivare l'istituto dell'avvalimento, ai sensi dell'articolo 89, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici che include la «... *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 ...*».

Nella previsione temporale «... *dopo l'ammissione ...*» si debbono ritenere comprese due possibili ipotesi: una prima con riferimento alla partecipazione a gare d'appalto pubblico già specificatamente indicate all'interno del piano concordatario ed una seconda relativa alla partecipazione a gare d'appalto pubblico sempre dopo l'ammissione, ma di cui, tuttavia, non si sia fatta menzione all'interno del piano concordatario.

Quindi, appare opportuno esaminare quale debba essere la disciplina da applicarsi alle tre differenti ipotesi di cui ai commi 4 e 5 sopra ricordati: a) partecipazione ad una nuova gara fra il deposito del ricorso e l'ammissione; b) partecipazione ad una nuova gara prevista dal piano concordatario come da realizzarsi dopo l'ammissione; c) partecipazione ad una nuova gara da realizzarsi sempre dopo l'ammissione ma non prevista dal piano concordatario.

Le previsioni dell'articolo 186-bis Legge Fallimentare, in materia di partecipazione a nuove gare d'appalto pubblico, per un'impresa in crisi, devono essere

interpretate alla luce della regola generale, prevista dalla Legge Fallimentare, in tema di concordato preventivo, all'articolo 167¹⁰⁵.

Dal combinato disposto degli artt. 161 comma 7 e 167 Legge Fallimentare discende, infatti, che l'imprenditore, durante la procedura di concordato preventivo e, quindi, dal deposito del ricorso anche "in bianco" e fino al passaggio in giudicato del decreto di omologazione, che ai sensi dell'articolo 181, Legge Fallimentare chiude la procedura di concordato preventivo, può liberamente svolgere attività di ordinaria amministrazione mentre, al contrario, deve richiedere l'autorizzazione del Giudice Delegato per le attività di straordinaria amministrazione¹⁰⁶.

Utilizzando tale principio, è possibile interpretare in maniera sistematica le previsioni dei commi 4 e 5 dell'articolo 186-bis rispetto ai tre diversi momenti della procedura concorsuale, come sopra descritti.

Il comma 4, con riferimento alla fase che va dalla presentazione del ricorso, ex articolo 161 Legge Fallimentare, al decreto di ammissione al concordato preventivo, ex articolo 163 Legge Fallimentare, come si è detto, richiede, ai fini della partecipazione a nuove gare d'appalto pubblico, l'autorizzazione del Tribunale (e il previo parere del Commissario Giudiziale).

Prevedendo tale autorizzazione ed alla luce dell'articolo 161, comma 7 e dell'articolo 167 Legge Fallimentare, il comma 4 dell'articolo 186-bis sembra, quindi, voler ricondurre, all'interno della categoria delle attività di straordinaria

¹⁰⁵ Vds. articolo 167, Legge Fallimentare, rubricato «*Amministrazione dei beni durante la procedura*»: «*Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato. Con il decreto previsto dall'articolo 163 o con successivo decreto, il tribunale può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione di cui al secondo comma*».

¹⁰⁶ In tema di concordato preventivo la giurisprudenza ha qualificato come atti di ordinaria amministrazione quelli che sono finalizzati alla conservazione e/o al miglioramento del patrimonio del debitore (sul tema Cass. Civ., sez. I, 25/06/2002, n.9262, in *Il Foro italiano*, 2002, I); al contrario, devono essere considerati atti di straordinaria amministrazione quelli potenzialmente idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, gravandolo di nuovi vincoli o pregiudicandone la consistenza (sul tema Cass. Civ., sez. I, 20/10/2005, n.20291, in *Giustizia civile – massimario*, Giuffrè, 2005, 7/8).

amministrazione, la partecipazione a nuove gare d'appalto, durante la fase che va dalla presentazione del ricorso, ex articolo 161 Legge Fallimentare, al decreto di ammissione al concordato preventivo, ex articolo 163 Legge Fallimentare. Non vi è dubbio che un'attività da autorizzare non sia, infatti, qualificabile, ai fini che qui interessano, come di ordinaria amministrazione, essendo quelle appartenenti a tale genere, libere.

Conseguentemente, se il comma 4 disciplina un'attività di straordinaria amministrazione, si deve ritenere avere identica natura anche l'attività descritta al comma 5, cioè la partecipazione a gare d'appalto pubblico, successivamente all'ammissione, siano esse previste o meno nel piano concordatario.

Infatti, anche se il comma 5 non parla espressamente di autorizzazioni e, al contrario, prevede solo che vengano presentati in gara l'attestazione del professionista ed i documenti necessari per attivare l'istituto dell'avvalimento, non si deve dimenticare quale sia il relativo momento della procedura concorsuale a cui tale comma fa riferimento, ossia quello dell'ammissione al concordato preventivo ed della fase successiva della procedura, fino al decreto di omologazione, ex articolo 180, Legge Fallimentare.

Ex articolo 163 Legge Fallimentare, l'ammissione al concordato preventivo avviene, infatti, con decreto emesso dal Tribunale, dopo l'esame di tutti i presupposti ed i documenti previsti dalla legge. Tra tali documenti si prevedono, già ai sensi dell'articolo 186-bis, Legge Fallimentare, non solo «... *la relazione del professionista che attesta che la prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano concordatario è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori ...*», come previsto dal comma 2, lettera b), ma certamente anche, per quanto qui interessa, la relazione "aggiuntiva" del professionista, prevista dal successivo comma 5 in esame, «... *che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto ...*».

E' evidente, quindi, che, se il piano concordatario, che viene ammesso ex articolo 163 Legge Fallimentare, prevede al suo interno che l'impresa partecipi, dopo l'ammissione, a nuove gare, di cui sia già stato, però, evidentemente, pubblicato il

bando e che, quindi, siano specificatamente individuate all'interno del piano concordatario, per quanto attiene ai costi, ai ricavi ed i rischi connessi alle stesse, si tratterà di attività riguardo alle quali il Tribunale, con l'ausilio dell'attestazione "aggiuntiva" e della documentazione per l'avvalimento di cui al comma 5, emetterà la propria autorizzazione in uno con il decreto di ammissione.

Deve essere analizzato, poi, l'ultimo momento del percorso procedurale relativo alla possibilità di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico, ossia quello che si realizza dopo l'ammissione, per gare d'appalto pubblico non preventivamente inserite all'interno del piano concordatario.

Tale ipotesi non trova un'esplicita regolamentazione all'interno dell'articolo 186-bis Legge Fallimentare.

Tuttavia, se per i precedenti momenti della procedura concorsuale, le attività descritte ai commi 4 e 5 sono state interpretate come di straordinaria amministrazione e, quindi, ai sensi dell'articolo 161, comma 7, e dell'articolo 167 Legge Fallimentare, sottoposte all'autorizzazione dell'organo giudiziario competente, appare legittimo interpretare allo stesso modo anche la partecipazione a gare dopo l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale e non previste all'interno del relativo piano (e, quindi, non già soggette all'autorizzazione in uno con il decreto di ammissione, ex articolo 163 Legge Fallimentare).

Non sembra, infatti, logico sostenere che un'attività quale la partecipazione ad una gara d'appalto pubblico, quando prevista all'interno del piano concordatario sia soggetta ad autorizzazione ai sensi dell'articolo 163 Legge Fallimentare, mentre la stessa attività, quando non prevista all'interno del piano, possa essere compiuta liberamente.

Seguendo tale via interpretativa, quindi, l'imprenditore, che dopo l'ammissione decida di partecipare ad una nuova gara d'appalto pubblico, non prevista all'interno del piano concordatario, dovrà ottenere l'autorizzazione del Giudice Delegato¹⁰⁷, per

¹⁰⁷ In tale ipotesi l'autorizzazione dovrà essere rilasciata direttamente dal Giudice Delegato e non dal Tribunale, come previsto dal comma 4 dell'articolo 186-bis Legge Fallimentare. Al comma 4 dell'articolo 186-bis, infatti, si fa riferimento genericamente al Tribunale in quanto ci si trova in una

poi presentare in gara la documentazione necessaria, come previsto dal comma 5 dell'articolo 186-bis Legge Fallimentare.

Ricostruita in tale modo la disciplina della Legge Fallimentare in merito alla possibilità, per le imprese in crisi, di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico, è possibile metterla in relazione con quanto previsto dal Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, all'articolo 110 comma 3.

L'articolo 110, comma 3, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici prevede che l'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale possa partecipare a nuove gare d'appalto pubblico solo previa autorizzazione del Giudice Delegato.

Se, ad una prima lettura, tale autorizzazione del Giudice Delegato poteva rappresentare un problema di coordinamento tra l'articolo 110, comma 3, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici e l'articolo 186-bis, commi 4 e 5, Legge Fallimentare, l'interpretazione sopra fornita dell'articolo 186-bis commi 4 e 5 Legge Fallimentare, sembra risolvere ogni questione.

Certamente, non sussistono problemi in relazione alla fase che va dalla presentazione del ricorso, ex articolo 161 Legge Fallimentare, al decreto di ammissione al concordato preventivo, ex articolo 163 Legge Fallimentare, in quanto trattasi di una fase non regolata nel comma 3 dell'articolo 110 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, che, come detto, disciplina solo la fase successiva all'ammissione. Tale fase, invece, viene regolata dall'articolo 186-bis Legge Fallimentare, comunque prevedendo l'autorizzazione del Tribunale.

Problemi di coordinamento non sembrano, poi, neanche sussistere per le due fasi successive della procedura concorsuale, quella relativa all'ammissione e quella *post*-ammissione, già descritte.

fase della procedura concorsuale, cioè quella del preconcordato, in cui il Giudice Delegato non è stato ancora nominato. La nomina del Giudice Delegato si ha con il decreto di ammissione al concordato preventivo, ex articolo 163 Legge Fallimentare.

Anzi, l'articolo 110, comma 3, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, prevedendo l'autorizzazione del Giudice Delegato genericamente per ogni momento successivo all'ammissione, sembra confermare perfettamente la ricostruzione, prima esposta, della disciplina della Legge Fallimentare, in tema, colmando anche la troppa sintesi lessicale di cui all'articolo 186-bis, rispetto alla fase post-ammissione, in maniera del tutto coerente con l'articolo 186-bis, commi 4 e 5 e con gli articoli 161, comma 7, e 167 Legge Fallimentare.

In accordo con tale ricostruzione della disciplina, in materia di partecipazione di una impresa in crisi a nuove gare d'appalto pubblico e del rapporto tra le due diverse fonti normative, pare essere anche il Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato, in una recente sentenza¹⁰⁸, infatti, ha affermato che, ai sensi dell'articolo 186-bis Legge Fallimentare, l'impresa in crisi, nel caso in cui voglia partecipare a nuove gare d'appalto pubblico, debba richiedere l'autorizzazione ad un organo giudiziario per tutta la durata della procedura concorsuale, quindi, dalla presentazione del ricorso¹⁰⁹ al decreto di omologazione del concordato preventivo.

Così il massimo organo della giustizia amministrativa: «... *l'impresa già ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale, che intenda partecipare ad una procedura di evidenza pubblica, dovrà richiedere l'autorizzazione del giudice delegato (come prescritto dall'articolo 110, comma 3 D.Lgs. 50/2016; una diversa tesi, che escluda successivamente all'ammissione al concordato ogni ulteriore intervento degli organi della procedura, per aver riacquistato l'impresa la piena capacità di agire, accennata da Consiglio di Stato, sez. V, 29/05/2018, n. 3225, potrebbe svuotare di ogni significato l'articolo 110, comma 3, ove letto nel rapporto con le disposizioni contenute nella Legge Fallimentare) ...*¹¹⁰».

¹⁰⁸ Sul tema il Consiglio di Stato, sez. V, 3/01/2019, n. 69, in www.giustizia-amministrativa.it; in tale sentenza, il Consiglio di Stato trova l'occasione di approfondire il tema delle condizioni necessarie per partecipare a gare d'appalto pubblico per imprese ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale nell'ambito della verifica dei motivi di esclusione di una società ausiliaria, ai sensi dell'articolo 89, comma 3, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

¹⁰⁹ Sul tema il Consiglio di Stato, sez. V, 12/09/2017, n. 4300, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3/01/2019, n. 69, in www.giustizia-amministrativa.it

Inoltre, sempre secondo il Consiglio di Stato, l'articolo 186-bis con il comma 4, prevedendo l'autorizzazione del Tribunale ed il previo parere del Commissario Giudiziale, ai fini della partecipazione a gare d'appalto pubblico, pone un termine iniziale per la sua adozione, cioè «... *successivamente al deposito del ricorso ...*¹¹¹», ma non uno finale, per cui «... *ben può ritenersi che esso coincida con l'ultimo momento nel quale il Tribunale si esprime nella procedura di concordato, vale a dire proprio l'omologazione ...*¹¹²».

Alla luce di ciò, secondo il Consiglio di Stato, quindi, l'autorizzazione del Tribunale dovrà essere richiesta in ciascuno dei tre momenti del percorso procedurale sopra descritti.

Tale ricostruzione della disciplina, così come esposta sopra, in materia di partecipazione di una impresa in crisi a nuove gare d'appalto pubblico, considerando il rapporto tra le due diverse fonti normative, va sottolineato che è stata confermata anche dal nuovo articolo 100 del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, approvato con D.Lgs. 10/01/2019 e che si andrà ad esaminare al capitolo IV.

4. Applicazione dell'articolo 110 comma 4 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici rispetto alla disciplina dell'articolo 186-bis Legge Fallimentare.

Il comma 4, dell'articolo 110 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, al primo periodo, prevede che un'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale non necessiti dell'avvalimento per partecipare a gare di appalto pubblico o per proseguire contratti in essere.

Il secondo periodo dello stesso articolo, per quanto qui interessa, prevede che le imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo ex articolo 161,

¹¹¹ Cfr. articolo 186-bis, comma 4, Legge Fallimentare, rubricato «Concordato preventivo con continuità aziendale».

¹¹² Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3/01/2019, n. 69, in www.giustizia-amministrativa.it

comma 6, Legge Fallimentare, cioè abbiano presentato un concordato preventivo cosiddetto “in bianco”, possano solo proseguire i contratti d'appalto pubblico già sottoscritti, previa autorizzazione del Giudice Delegato

Rispetto a tale norma, sarà necessario affrontare due problemi di coordinamento della stessa con l'articolo 186-bis della Legge Fallimentare, riguardanti: a) la necessità o meno dell'avvalimento per imprese in concordato preventivo con continuità aziendale, nel caso di partecipazione a nuove gare d'appalto pubblico, prevista dal comma 5, lettera b) dell'articolo 186-bis; b) la possibilità per le imprese che abbiano presentato una domanda di ammissione al concordato preventivo “in bianco” di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico o di proseguire l'esecuzione dei contratti, se stipulati prima della presentazione della domanda.

L'ulteriore fattispecie relativa alla materia, introdotta dal comma 4 dell'articolo 110 in esame, in merito alla possibilità di proseguire contratti pubblici riconosciuta anche alle imprese ammesse al concordato preventivo liquidatorio e, quindi, al di fuori della continuità aziendale, non presenta invece, problemi di coordinamento con la Legge Fallimentare, in quanto fattispecie del tutto nuova rispetto all'istituto ivi regolato.

Sul primo dei due problemi di coordinamento, l'articolo 186-bis, comma 5, lettera b), Legge Fallimentare prevede, lo si ricorda, che «... *L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara: ... 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 in grado di poter dare regolare esecuzione all'appalto ...*».

La norma fallimentare fa sicuramente riferimento all'istituto dell'avvalimento¹¹³, disciplinato dal Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, all'articolo 89.

L'articolo 110, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, al contrario, prevede che «... *L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento dei requisiti soggettivi ...*».

Tra le due norme si ritiene debba prevalere quella del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, la cui emanazione dovrebbe aver comportato l'abrogazione tacita della disposizione della Legge Fallimentare.

Ciò non solo perché la normativa sugli appalti pubblici è successiva rispetto a quella della Legge Fallimentare, ma anche perché la disciplina dell'istituto dell'avvalimento è strettamente legata alla procedura della gara d'appalto ed è sicuramente diretta alla tutela dell'interesse pubblico alla corretta realizzazione dell'opera, quindi, appare di più stretta inerenza al Nuovo Codice dei Contratti Pubblici rispetto alla Legge Fallimentare.

Il secondo problema di coordinamento è quello tra l'articolo 110, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici e l'articolo 186-*bis*, commi 3 e 4, Legge Fallimento, rispetto alla disciplina del concordato preventivo "in bianco" all'interno degli appalti pubblici.

L'articolo 186-*bis*, al comma 3 prevede che, ai sensi dell'articolo 169-*bis*, dopo la presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo con continuità

¹¹³ L'avvalimento consiste in un istituto giuridico disciplinato dalla normativa sugli appalti pubblici, per il quale l'operatore economico che voglia partecipare ad una determinata gara d'appalto ma che non sia in possesso dei necessari requisiti soggettivi richiesti dal Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, si può avvalere delle capacità economiche e finanziarie e tecnico professionali e dei requisiti di qualificazione necessari (salvo, tuttavia, i requisiti di cui all'articolo 80 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici) possedute da altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica del suo rapporto con questi. Quindi, l'operatore economico che si voglia avvalere delle capacità di soggetti terzi al fine di partecipare ad una gara d'appalto, in quanto lui non le possiede, deve allegare all'offerta presentata alla stazione appaltante: a) eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria; b) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria, la quale attesti l'assenza dei motivi di esclusione ex articolo 80, il possesso dei requisiti soggettivi ex articolo 83 e il possesso delle risorse necessarie a realizzare l'oggetto dell'appalto; c) un contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. Ancora, si rimanda alla nota 133.

aziendale, i contratti in essere, quando anche sottoscritti con la pubblica amministrazione, proseguano. Il comma 4, poi, prevede che, dopo la presentazione del ricorso, anche nella sua forma “in bianco”, l’impresa possa partecipare a gare d’appalto pubblico, acquisita l’autorizzazione del Giudice Delegato, previo parere del Commissario Giudiziale, se già nominato.

Il comma 4, dell’articolo 186-bis, Legge Fallimentare, sembra fare riferimento alle ipotesi di presentazione di una domanda di concordato preventivo sia ai sensi dell’articolo 161, comma 2 e 3, Legge Fallimentare, cioè “ordinario”, sia ai sensi dell’articolo 161, comma 6, Legge Fallimentare, cioè “in bianco”.

Tale conclusione discende dal fatto che la norma, con l’inciso “se nominato”, prevede la possibilità che, successivamente al deposito del ricorso, il Commissario Giudiziale non venga subito nominato e ciò, secondo le previsioni della Legge Fallimentare, può avvenire solamente nel caso di presentazione di una domanda di concordato preventivo “in bianco”, ai sensi dell’articolo 161, comma 6, Legge Fallimentare.

L’articolo 110, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, al contrario, prevede che l’impresa che abbia presentato una domanda di concordato preventivo ai sensi dell’articolo 161, comma 6, Legge Fallimentare, possa solamente eseguire i contratti già stipulati e non anche partecipare a nuove gare d’appalto pubblico.

Al fine di comprendere come risolvere tale problema di coordinamento tra le due norme, appare opportuno richiamare, sia pur brevemente, alcuni aspetti della disciplina del concordato preventivo “in bianco”, come prevista nella Legge Fallimentare.

4.1. Concordato preventivo “in bianco”.

L’istituto del concordato preventivo “in bianco” viene previsto dall’articolo 161, comma 6, della Legge Fallimentare, rubricato «*Domanda di concordato*».

L'articolo, al comma 6, prevede che «... *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 ...*».¹¹⁴

Secondo l'Ambrosini, che fornisce sul punto una sintesi incisiva, «... *L'appetibilità dell'istituto risiede nel fatto che sin dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese si producono gli effetti di cui all'articolo 168 Legge Fallimentare, con la conseguenza che è fatto divieto ai creditori di proseguire le azioni cautelari e esecutive in corso, come di instaurarne di nuove, di acquisire titoli di prelazione in difetto dell'assenso del debitore. Il nuovo strumento consente pertanto al debitore di accedere al beneficio dell'anticipazione della protezione, particolarmente utile quando egli, intenzionato ad istaurare un procedimento di concordato preventivo (o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione), abbisogni del tempo tecnico per predisporre il piano, senza dover al contempo far fronte alle aggressioni da parte dei creditori ...*»¹¹⁵.

Interessante, con riferimento alla continuità aziendale ed all'appalto pubblico oggetto del presente elaborato, è rilevare che la possibilità per l'impresa in crisi di

¹¹⁴ Il concordato preventivo "in bianco" si differenzia da quello "ordinario", appunto, per i documenti che, ai fini dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, vengono presentati con il ricorso. Ai commi 2 e 3 dell'articolo 161, infatti, la Legge Fallimentare definisce l'elenco dei documenti necessari ai fini della domanda, che si potrà in tal caso definire come "ordinaria". «... *Il debitore deve presentare con il ricorso: a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili; 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. Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano ...*».

¹¹⁵ Cfr. AMBROSINI S., *Il concordato preventivo*, in A.A. V.V., *Le altre procedure concorsuali*, in VASSALLI-LUIISO-GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014.

chiedere nuovi finanziamenti, prevista dall'articolo 182-*quinquies*, commi 1 e 5, Legge Fallimentare, trova applicazione anche per il concordato "in bianco".

Al comma 1, l'articolo 182-*quinquies* in esame, prevede, infatti, dopo la presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo, anche "in bianco", che il Tribunale possa rilasciare al debitore l'autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti se un professionista, in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 67, comma 3, lettera d), Legge Fallimentare, attesti il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione e che tali finanziamenti si presentino come funzionali alla migliore soddisfazione possibile dei creditori concorsuali.

Al comma 5 l'articolo prevede, dopo la presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche "in bianco", che il Tribunale possa rilasciare al debitore l'autorizzazione a pagare i creditori strategici anteriori, per prestazioni di beni o servizi, se un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, comma 3, lettera d), Legge Fallimentare, attesti che tali prestazioni siano essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione possibile dei creditori.

Le attestazioni richieste, dal comma 1 e 5, dell'articolo 182-*quinquies*, devono fare riferimento al piano concordatario ed, in particolare, nel caso di concordato preventivo "in bianco", a «... *sommario* ...», ma sufficienti informazioni fornite dal debitore, sul futuro piano.

La normativa in commento, infatti, prevede, nel particolare caso di un concordato preventivo "in bianco"¹¹⁶, che vengano fornite dal debitore «... *sommario informazioni* ...» in merito al futuro piano concordatario, sulle quali il professionista nominato sia in grado di attestare come la concessione di nuovi finanziamenti o il pagamento dei creditori strategici siano essenziali al proseguimento dell'attività d'impresa e funzionali al miglior soddisfacimento possibile dei creditori.

Valutati i punti di cui sopra, appare possibile passare ai principali problemi che sorgono quando un operatore economico in crisi, presentata una domanda di

¹¹⁶ Prestando attenzione al fatto che, facendo il comma 5 specifico riferimento al concordato preventivo con continuità aziendale, lo stesso, nel parlare di concordato preventivo "in bianco", sembra voler presumere che il successivo piano dovrà fare riferimento alla continuità aziendale.

concordato preventivo “in bianco”, intenda partecipare a nuove gare d'appalto pubblico o proseguire contratti di appalto pubblico già sottoscritti.

Riprendendo il discorso sull'evoluzione normativa in merito al rapporto tra appalto pubblico e crisi d'impresa, si possono, brevemente, ripercorrere i passaggi che hanno portato il legislatore ad occuparsi, nell'ambito di tale tema, della specifica fattispecie del rapporto tra presentazione di una domanda di concordato preventivo “in bianco” e la partecipazione a procedure d'appalto pubblico o la prosecuzione dei relativi contratti.

Inizialmente, come già visto, il Codice dei Contratti Pubblici escludeva *in toto* la possibilità, per imprese ammesse a procedure concorsuali, di partecipare ad appalti pubblici, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 38, comma 1, lettera a), Codice dei Contratti Pubblici.

Solo con la riforma del D.L. 22/06/2012, n. 83 la situazione viene a modificarsi, aprendo uno spazio all'interno degli appalti pubblici alle imprese che avessero fatto ricorso al concordato preventivo con continuità aziendale.

Quindi, dopo il 2012 ci si trova di fronte ad un nuovo assetto normativo: nella Legge Fallimentare viene inserito l'articolo 186-*bis* e nel Codice dei Contratti Pubblici, attraverso la modifica dell'articolo, 38, comma 1, lettera a), viene previsto un espresso rinvio alla normativa della Legge Fallimentare.

La nuova disciplina sul concordato preventivo con continuità aziendale e la modifica dell'articolo 38, comma 1, lettera a) del Codice dei Contratti Pubblici introducono la necessità di chiarire il rapporto fra il concordato preventivo “in bianco” e l'appalto pubblico.

Necessità di chiarimento che, nel 2012, era limitata alla possibilità o meno per l'imprenditore che avesse presentato domanda di concordato “in bianco”, di partecipare a nuove gare d'appalto, in quanto la possibilità, per questo, di proseguire eventuali contratti già sottoscritti veniva già prevista, in maniera esplicita, attraverso il combinato disposto degli articoli 169-*bis* e 186-*bis*, comma 3, Legge Fallimentare.

Il comma 3 dell'articolo 186-*bis* prevede, infatti, che: «... *fermo quanto previsto dall'articolo 196-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del*

ricorso, anche se stipulati con le pubbliche amministrazioni non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura ...».

Il perimetro operativo di tale disposizione, con specifico riferimento anche ai contratti sottoscritti con la pubblica amministrazione, copre, evidentemente, la fase della procedura concorsuale compresa tra la presentazione del ricorso, anche nella sua forma “in bianco”, in assenza di contrarie previsioni all'interno dell'articolo e l'ammissione definitiva al concordato preventivo con continuità aziendale.

Si deve arrivare a tale conclusione in quanto il medesimo comma 3, al successivo periodo, specifica che, per la fase successiva all'ammissione al concordato preventivo, la possibilità di proseguire i contratti pubblici è subordinata, invece, all'attestazione, da parte del professionista designato dal debitore, della conformità del contratto al piano concordatario e della ragionevole capacità di adempimento dello stesso da parte dell'imprenditore.

La situazione normativa sul tema è stata oggetto di ulteriori modifiche, prima nel 2013, con l'aggiunta del comma 4 all'articolo 186-bis Legge Fallimentare, che ha introdotto la possibilità per una impresa che abbia presentato ricorso per una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale di partecipare a nuove gare di appalto pubblico e, poi, nel 2016, con il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, nello specifico, con il comma 4 dell'articolo 110.

Per logica espositiva appare opportuno analizzare il coordinamento delle normative sopra brevemente esposte prima con riferimento alla normativa e alla giurisprudenza fino al 2016 e dopo affrontare i problemi che il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici ha fatto emergere.

4.2. Disciplina del concordato preventivo “in bianco” in rapporto con l’appalto pubblico prima della riforma degli appalti pubblici del 2016.

Partendo dall’interpretazione dell’articolo 38, comma 1, lettera a), Codice dei Contratti Pubblici, nel testo antecedente alla riforma del 2012, la giurisprudenza¹¹⁷ aveva sempre affermato che, dove la norma faceva riferimento alla circostanza per cui fosse «... *in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni ...*», era evidente che volesse intendere come ostativa la semplice istanza presentata da soggetti legittimati e volta all’ammissione al concordato preventivo, anche nel caso in cui questa fosse stata presentata ai sensi dell’articolo 161, comma 6, Legge Fallimentare, cioè “in bianco”.

Dopo il D.L. 22/06/2012, n. 83, la modifica dell’articolo 38, con l’introduzione del rinvio all’articolo 186-bis nella Legge Fallimentare, porta con sé nuovi spunti per riaccendere il dibattito sulla posizione dell’imprenditore in crisi che abbia presentato una domanda di concordato preventivo “in bianco”, all’interno della procedura dell’appalto pubblico.

Da una parte, gli intenti e gli scopi del D.L. 22/06/2012, n. 83 incentrato sulla ristrutturazione dell’impresa in crisi attraverso il ricorso alla continuità aziendale, nell’ottica dell’interesse pubblico all’iniziativa economica privata ed alla conservazione della stessa, dall’altra parte l’assenza di previsioni permissive specifiche sul tema all’interno del Codice dei Contratti Pubblici, oltretutto in un assetto normativo che non sembrava dare adito ad interpretazioni estensive, hanno portato la giurisprudenza ad assumere posizioni anche molto contrastanti.

Parte della giurisprudenza¹¹⁸, ha, infatti, ritenuto che l’articolo 186-bis Legge Fallimentare, dovesse essere interpretato in modo da ritenere la partecipazione a nuove

¹¹⁷ Esempio sul tema il TAR, Friuli Venezia Giulia-Trieste, sez. I, 24/11/2011, n. 543, *Il Foro Amministrativo – TAR*, Giuffrè, 2011, 11.

¹¹⁸ Sul tema il TAR Valle d’Aosta - Aosta, sez. I, 18/04/2013, n. 23; Cons. St., sez. III, 14/01/2014, n. 101, in www.IlCaso.it: «*L’ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale non preclude, a determinate condizioni, la partecipazione a gare pubbliche né la continuazione dei contratti in corso con amministrazioni pubbliche, mentre la sola presentazione della relativa domanda non comporta la risoluzione del contratto in corso e, se seguita dall’ammissione e accompagnata da quelle determinate condizioni, ne consente la continuazione e, per quanto riguarda la partecipazione a nuove procedure di affidamento, non è dubbio che la norma include tra gli effetti dell’ammissione al concordato con continuità, alle dettate condizioni, il ripristino del requisito di cui trattasi; specularmente, deve ritenersi*

gare d'appalto pubblico possibile solo per i soggetti già sottoposti al concordato preventivo con continuità aziendale, quindi, quelli per cui vi fosse già stato il decreto di ammissione alla procedura, ex articolo 163 Legge Fallimentare.

Conseguentemente, si riteneva che la semplice presentazione del ricorso dovesse essere considerata ancora come causa ostativa, ex articolo 38, comma 1, lettera a) Codice dei Contratti Pubblici, alla partecipazione a nuove gare d'appalto.

Altra parte della giurisprudenza¹¹⁹, invece, considerava sufficiente, in applicazione delle previsioni dell'articolo 186-*bis* Legge Fallimentare, la presentazione della domanda di concordato preventivo con continuità aziendale nella sua forma "in bianco", nel caso in cui il deposito dell'ulteriore documentazione, prevista dalla Legge Fallimentare, ex articolo 161, commi 2 e 3, venisse effettuato entro il momento dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Tale interpretazione si basava sulla considerazione che vietare all'impresa di partecipare alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato preventivo sarebbe stato contrario alla finalità perseguita con l'articolo 186-*bis* Legge Fallimentare e, più in generale, con il D.L. 22/06/2012, n. 83 il quale voleva e vuole garantire la possibilità all'imprenditore di soddisfare i creditori al meglio e risanare l'impresa proprio attraverso la prosecuzione della sua attività, senza preclusioni, quindi, nel caso di appalti pubblici.

La giurisprudenza era arrivata a parlare di «... esigenze di favor participationis e di valorizzazione delle prospettive di risanamento aziendale, sottese alla ratio della nuova norma fallimentare ...»¹²⁰.

che la stessa norma escluda un effetto siffatto nel periodo intercorrente tra il deposito della relativa istanza-ricorso ed il decreto del Tribunale conclusivo del procedimento di ammissione».

¹¹⁹ Sul tema il TAR Friuli Venezia Giulia – Trieste, sez. I, 7/03/2013, n.145; Cons. St., sez. V, 27/12/2013, n. 6272, in www.IICaso.it: «Non va esclusa dalla gara l'impresa che abbia presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale: invero, inibire all'impresa di partecipare alle gare per l'affidamento dei pubblici contratti nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato (periodo che potrebbe protrarsi anche per un semestre) palesemente confligge con la finalità della norma volta a preservare la capacità dell'impresa a soddisfare al meglio i creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti».

¹²⁰ Cfr. TAR Friuli Venezia Giulia – Trieste, sez. I, 7/03/2013, n.145, in www.IICaso.it.

Tali difficoltà interpretative rispetto al rapporto tra concordato preventivo “in bianco” e partecipazione a nuove gare d’appalto pubblico, sembrano essere state tenute in considerazione dal D.L. 23/12/2013, n. 145, il quale introduce nell’articolo 186-bis, Legge Fallimentare, l’attuale comma 4.

Con tale comma 4 si prevede che: «... *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 ...*».

Analizzando la previsione di tale comma 4, sono due gli elementi che hanno portato ad affermare come tale disposizione faccia riferimento non solo alla presentazione della domanda di concordato preventivo che potremmo definire come “ordinaria”, disciplinata ai sensi dell’articolo 161, commi 2 e 3, Legge Fallimentare, ma anche a quella come sopra definita “in bianco”, ai sensi del successivo articolo 161, comma 6.

In primo luogo, infatti, deve essere evidenziato che, mentre nel comma 3 e nel comma 5, dell’articolo 186-bis Legge Fallimentare, si parla esplicitamente di «... *ammissione al concordato ...*», il comma 4, dello stesso articolo, fa riferimento al semplice «... *deposito del ricorso ...*».

In secondo luogo, poi, il comma¹²¹ in commento prevede la possibilità della mancata nomina del Commissario Giudiziale, circostanza, appunto, prevista dalla Legge Fallimentare solo nella cosiddetta fase “preconcordataria”¹²², che va dal deposito della domanda di concordato preventivo “in bianco” alla sua ammissione.

¹²¹ Vds. art. 161, comma 7, Legge Fallimentare, rubricato «*Domanda di concordato*»: «... *deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato ...*».

¹²² Per fase preconcordataria si vuole intendere quella che va dalla presentazione del ricorso ai sensi dell’art. 161, comma 6, Legge Fallimentare all’ammissione del concordato preventivo. Scaduto il termine definito dal comma 6 dell’articolo 161, ai sensi dell’articolo 163, comma 1, «... *il Tribunale, ove non abbia provveduto a norma dell’articolo 162, comma 1 e 2, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo ...*».

Il tema della compatibilità tra la presentazione di una domanda di concordato preventivo “in bianco” e la partecipazione a nuove gare d’appalto pubblico era stato affrontato anche dall’ANAC.

L’ANAC, infatti, con Determinazione del 8/04/2015, n. 5¹²³ appoggiava l’idea che la presentazione di un ricorso “in bianco”, ai fini dell’ammissione ad un concordato preventivo che, dati i contenuti che si andranno a fissare nel futuro piano, avrà il carattere di concordato con continuità aziendale, non debba essere più considerato come rientrante tra le cause ostative alla partecipazione a nuove gare d’appalto pubblico, previste dall’articolo 38, comma 1, lettera a), Codice dei Contratti Pubblici.

Nella Determinazione in esame, infatti, l’ANAC ribadisce come, essendo l’articolo 38, comma 1, lettera a), Codice dei Contratti Pubblici, una «... *norma che produce importanti effetti limitativi all’esercizio dell’attività di impresa, la stessa non può che essere interpretata restrittivamente; ciò che induce a ritenere che, laddove venga presentata una domanda di concordato “in bianco” con effetti prenotativi di un concordato con continuità aziendale, non potrà ritenersi pendente un procedimento per l’ammissione al concordato liquidatorio “tout court”. In altre parole, argomentando a contrario rispetto alla previsione di cui all’articolo 38, comma 1, lettera a), che identifica, tra le altre, esclusivamente nella pendenza del concordato liquidatorio la causa ostativa alla partecipazione a gara, e quindi al rilascio dell’attestazione di qualificazione ... laddove non si possa ravvisare la pendenza di un concordato liquidatorio, come nel caso in cui penda quello “in bianco” con effetti prenotativi di continuità aziendale, l’impresa non può ritenersi carente del requisito prescritto dalla lettera a) della citata disposizione ...».*

¹²³ Con tale Determinazione, l’ANAC espressamente modifica la precedente posizione da lei assunta, nella Determinazione del 23/04/2014, n. 3, in cui riteneva che: «... *poiché la presentazione del piano è presupposto per l’applicabilità dell’art. 186-bis Legge Fallimentare, le domande di concordato “in bianco” non risultano essere idonee, di per sé a permettere la prosecuzione dell’attività ...».*

4.3. Disciplina del concordato preventivo all'interno del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici. Il limite previsto dal comma 4 dell'articolo 110 per il concordato preventivo "in bianco".

Le posizioni assunte da giurisprudenza e dottrina sulla compatibilità tra concordato preventivo "in bianco" e partecipazione a nuove procedure d'appalto pubblico e la scelta di campo operata dall'ANAC, devono essere riviste ed analizzate alla luce delle nuove e, per molti versi, contrastanti, previsioni, inserite nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, del 2016.

In particolare, sul tema, deve essere presa in considerazione la previsione del secondo periodo del comma 4, dell'articolo 110, del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, secondo la quale, come già più volte detto, all'impresa «... *che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 ...*» è consentito solamente di proseguire i contratti d'appalto pubblici già sottoscritti.

Tale disposizione deve essere coordinata con quanto previsto, dallo stesso articolo, al comma 3, in cui «... *all'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale ...*» viene data la possibilità sia di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico, sia di proseguire i relativi contratti.

Muovendo da tale dato letterale, il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici sembrerebbe, infatti, voler negare alle imprese che abbiano presentato ricorso "in bianco", la partecipazione a nuove gare d'appalto pubblico.

Tale ipotesi ermeneutica è inevitabile che provochi non pochi problemi di coordinamento con l'articolo 186-bis, comma 4, Legge Fallimentare che, come visto nel precedente paragrafo, consente, invece, anche alle imprese in crisi che, pur avendo presentato il ricorso per concordato preventivo con continuità aziendale, anche "in bianco", non siano ancora state ammesse, anche la possibilità di partecipare a nuove gare e non solo quella di proseguire i contratti in essere.

Se ci si dovesse limitare ad una interpretazione letterale dell'articolo 110, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, senza tenere in considerazione il lavoro di dottrina e giurisprudenza in merito all'interpretazione dell'articolo 186-bis, comma 4, Legge Fallimentare, il risultato sarebbe quello di «... una lettura controcorrente ...», per la quale si tornerebbe a favorire «... l'esigenza di economicità, efficacia, tempestività e correttezza che devono caratterizzare l'azione amministrativa ...» piuttosto che «... la necessità di consentire, nel periodo di crisi attuale, l'effettivo recupero delle imprese in difficoltà ...»¹²⁴.

Quanto sopra anche a fronte del fatto che, se il legislatore del 2016 avesse voluto veramente porre tale nuovo limite (cioè quello per cui le imprese che hanno presentato domanda di concordato preventivo "in bianco" possano solo proseguire i contratti d'appalto già sottoscritti e non anche partecipare a nuove gare), non potendosi ritenere lo stesso ignaro del dibattito che sul tema negli anni si era sviluppato, avrebbe potuto evitare ogni dubbio andando a prevedere l'espressa abrogazione del comma 4 dell'articolo 186-bis Legge Fallimentare.

In tale ottica, appare evidente che l'articolo 110, comma 4, del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici debba essere, invece, oggetto di una interpretazione teleologica¹²⁵, che tenga in considerazione gli intenti e gli scopi che sono stati portati avanti con le diverse riforme: vale a dire la volontà di attribuire nuovo valore alle soluzioni negoziate della crisi, al fine del possibile risanamento dell'impresa, portata avanti dal D.L. 22/06/2012, n. 83, in uno con il *favor participationis*, rispetto ai soggetti che possono partecipare a gare ad evidenza pubblica, che muove la riforma delle normativa sugli appalti pubblici, a partire dalle Direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

¹²⁴ Cfr. PALLADINO M., *I contratti pubblici nel concordato preventivo alla luce del nuovo codice degli appalti*, in *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, Giuffrè, 2017.

¹²⁵ Metodo di interpretazione che da valore preponderante allo scopo della norma, attuato attraverso un'attività ermeneutica che muove dall'intero sistema normativo vigente (e non solo dalla singola norma); sul tema vds. l'articolo 12 delle Preleggi, rubricato «*Interpretazione della legge*»: «*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*».

A fronte di tali scopi, quindi, non sembra possibile ritenere che il legislatore del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici abbia voluto, per mezzo dell'articolo 110, comma 4, abrogare, anche solo in via implicita, il comma 4 dell'articolo 186-bis Legge Fallimentare.

Sarà, quindi, necessario interpretare l'articolo 110, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, nella parte che qui interessa, in modo da trovare un coordinamento tra questo e l'articolo 186-bis, comma 4, Legge Fallimentare.

Ad esempio, si potrebbe sostenere che nel comma 4 dell'articolo 110, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, il legislatore abbia voluto fare riferimento alla semplice previsione di un ricorso "in bianco" destinato alla presentazione di un piano di concordato preventivo liquidatorio e non, invece, anche a quello diretto all'apertura di una procedura concorsuale con continuità aziendale.

Alla luce di tale soluzione si potrebbe ritenere un'autonoma valenza della previsione in interpretazione, che ne escluderebbe qualsiasi contrasto con il comma 4 dell'articolo 186-bis Legge Fallimentare.

Parte della giurisprudenza successiva al 2016, data di introduzione del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, si è espressa sulla questione ritenendo che «... *l'ambito di operatività dell'articolo 186-bis debba essere limitato al periodo compreso tra il deposito della domanda di concordato pieno¹²⁶ e l'ammissione alla procedura, con l'esclusione di farvi ricorso nell'ambito del concordato con riserva ...*»¹²⁷.

Altre pronunce, invece, al contrario, hanno affermato che deve ritenersi che «... *in fase preconcordataria o in bianco, l'impresa, il cui ricorso per concordato preventivo in continuità aziendale sia accompagnato da un'adeguata "disclosure" sulle linee guida del piano, possa partecipare a nuove procedure di affidamento, previa autorizzazione del tribunale, che dovrà raccogliere il parere dell'organo*

¹²⁶ Nel presente elaborato il "concordato pieno" lo abbiamo definito come "ordinario".

¹²⁷ Cfr. Trib. Civ. Roma, 20/10/2017, in *Redazione Giuffrè*, Giuffrè, 2017: «*In tema di contratti pubblici, ai sensi dell'art. 110 del nuovo codice dei contratti pubblici, l'impresa che ha presentato domanda di concordato in bianco può unicamente proseguire nella esecuzione dei contratti già stipulati. È pertanto precluso alle imprese in concordato in bianco di partecipare alle gare di appalto*».

commissariale, qualora esista ..., il quale è tenuto ad esprimere un giudizio sulla convenienza per il ceto creditorio della partecipazione alla procedura pubblica ...»¹²⁸.

Tale parte della giurisprudenza, dopo aver analizzato e comparato le singole norme contenute nell'attuale Legge Fallimentare e nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, ritiene che il mero silenzio dell'articolo 110, rispetto alle disposizioni in tema già esistenti nella Legge Fallimentare, non si possa interpretare come abrogazione implicita della disposizione di cui all'articolo 186-bis, comma 4, Legge Fallimentare, con la conseguenza possibilità di ritenere il comma 4 dell'articolo 110 in esame come introduttivo della sola autorizzazione del Giudice Delegato per l'ipotesi di prosecuzione di contratti di appalto pubblico già in essere nel periodo fra la presentazione di un concordato preventivo "in bianco" e la sua ammissione.

Ultima questione che può essere affrontata in tema di domanda di concordato preventivo "in bianco", ammettendo la tesi per cui la presentazione di un concordato preventivo "in bianco" non osti alla partecipazione a procedure d'appalto pubblico, è quello, delle possibili allegazioni aggiuntive che si dovrebbero ritenere come necessarie, rispetto a quelle disposte dall'articolo 161, comma 6, Legge Fallimentare.

Da una parte l'articolo 161, comma 6, come detto, prevede che gli effetti della presentazione di una domanda di concordato preventivo "ordinatorio", ex articolo 161, commi 2 e 3, possono essere anticipati attraverso la presentazione di un ricorso, a cui devono essere allegati soltanto il bilancio e l'elenco dei creditori (con le somme dell'ammontare dei rispettivi crediti).

Dall'altra, come già detto, le procedure concorsuali, per non essere considerate come ostative alla partecipazione ad appalti pubblici, o all'esecuzione dei relativi contratti, devono prevedere l'utilizzo dello strumento della continuità aziendale.

¹²⁸ Cfr. Trib. Civ. Bolzano, decreto, 9/01/2018, in www.ilFallimentarista.it; sul tema vds. anche TAR, Friuli Venezia-Giulia-Trento, sez. I, 24/05/2017, n. 179, in *Il Foro Amministrativo*, Giuffrè, 2017.

Tali due esigenze appare possano convivere solo se si richiede al debitore, che presenta un ricorso “in bianco”, di presentare almeno uno schema del futuro piano concordatario, in modo da far trasparire le linee essenziali di una continuità aziendale.

L’idea sembra essere più che plausibile, soprattutto se posta a paragone con la disciplina dell’articolo 182-*quinquies*, analizzata al paragrafo 4.1., dove viene introdotto il concetto di «... *sommario informazioni* ...», con riferimento al piano concordatario.

Il concetto di «... *sommario informazioni* ...», a cui l’articolo 182-*quinquies* fa riferimento, e le funzioni da questa assolve, sembrano essere perfettamente estendibili all’istituto del concordato preventivo “in bianco” nell’ambito del suo rapporto con l’appalto pubblico.

Sicuramente non si può ritenere che la richiesta di nuovi finanziamenti e/o il pagamento dei fornitori strategici siano circostanze obbligatoriamente connesse all’esecuzione di un appalto, tuttavia, appaiono rientrare perfettamente all’interno di quel concetto di continuità aziendale, che abbiamo detto muovere l’intera disciplina in commento.

Per cui le prescrizioni informative previste dall’articolo 182-*quinquies* Legge Fallimentare appaiono certamente conformi ed estendibili anche all’istituto del concordato preventivo “in bianco”, in merito alla prosecuzione o partecipazione ad una gara d’appalto pubblico in relazione alla necessaria continuità aziendale.

5. Applicabilità dell'articolo 110 comma 5 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici rispetto alle disposizioni della Legge Fallimentare.

L'articolo 110, comma 5, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici¹²⁹, come introdotto al precedente paragrafo 1, attribuisce all'ANAC il potere di decidere, in particolari circostanze, che si analizzeranno nello specifico infra, se subordinare o meno, all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, la possibilità, per le imprese fallite autorizzate all'esercizio provvisorio o in concordato preventivo con continuità aziendale, di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico.

Secondo quanto disposto da tale comma 5 in commento, l'ANAC, dopo aver sentito il Giudice Delegato, può decidere se subordinare la partecipazione a nuove gare «... 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 ai fini dell'affidamento dell'appalto. Tale soggetto ulteriore si impegna nei riguardi dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a porre a disposizione, per la durata del rapporto, le risorse necessarie alla esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata, qualora questa nel corso della gara, oppure successivamente alla stipulazione del contratto, non sia, per qualsiasi motivo, più in grado di eseguire in maniera regolare l'appalto. ...

Tale facoltà può essere esercitata in due ipotesi: la prima è quella in cui l'impresa non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali; la seconda è quella in cui

¹²⁹ Vds. articolo 110, comma 5, rubricato «Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione»: «... 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 preventivo 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 e 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 ...».

l'impresa non abbia il possesso dei requisiti aggiuntivi per la partecipazione a gare e l'esecuzione di appalti, che l'ANAC stabilisce con apposite linee guida ...»¹³⁰.

Il comma 5 dell'articolo 110, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, dà attuazione alla previsione dell'articolo 1, comma 1, lettera vv), n. 6¹³¹ della Legge Delega del 28/01/2016, n. 11 recante l'attuazione delle Direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Da un punto di vista strettamente procedimentale, in assenza di specifiche previsioni all'interno del comma 5 dell'articolo 110, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, deve essere chiarito in quale modo l'ANAC possa attivarsi al fine di decidere, nelle due ipotesi descritte dal comma in commento, se subordinare o meno, per le imprese fallite autorizzate all'esercizio provvisorio e per quelle ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale, la partecipazione a nuove gare d'appalto pubblico all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento¹³².

Non sembra ipotizzabile, in primo luogo, che l'ANAC si attivi né su istanza dell'imprenditore fallito in esercizio provvisorio o dell'imprenditore in concordato preventivo con continuità aziendale che vogliono partecipare ad una gara d'appalto pubblico, né su istanza della stazione appaltante.

¹³⁰ Cfr. CARULLO A., IUDICA G., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM, 2018.

¹³¹ Vds. art. 1, comma 1, lettera vv), n. 6, Legge Delega 28/01/2016, n. 11, «*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 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*»: «... 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 ...».

¹³² Sul punto vds. Linee Guida n ..., di attuazione del decreto legislativo 18/04/2016, n. 5, recanti «*Requisiti aggiuntivi delle imprese fallite o ammesse al concordato ai sensi dell'articolo 110, quinto comma, lettera b) del Codice*» - Documento di consultazione, in www.ANAC.it.

Nel primo caso non appare ipotizzabile che sia l'imprenditore a richiedere l'intervento dell'ANAC, in quanto così andrebbe autonomamente ad aggravare ed appesantire la propria posizione rispetto alla possibilità di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico.

Nel secondo caso, parimenti, non appare possibile ipotizzare che sia la stazione appaltante a richiedere l'intervento dell'ANAC, in quanto, oggettivamente, questa non è a conoscenza, almeno fino alla scadenza del termine previsto nel bando o nella lettera d'invito, di tutte le imprese che intendano presentare un'offerta.

Ugualmente, ancora, non sembra ipotizzabile che l'ANAC si attivi *ex officio*, in quanto, dopo le modifiche apportate all'articolo 110, dal D.Lgs. 19/04/2017, n. 57, "correttivo" al Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, di cui si è ampiamente detto al precedente paragrafo 1, l'ANAC non viene più messa, preventivamente rispetto alla presentazione di un offerta, a conoscenza di quelle che sono le imprese in crisi/insolvenza che intendano partecipare ad una gara d'appalto pubblico.

Infatti, va ricordato che, se nella versione dell'articolo 110 comma 3 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, le imprese fallite autorizzate all'esercizio provvisorio e quelle in concordato preventivo con continuità aziendale dovevano essere autorizzate dal Giudice Delegato, previo parere dell'ANAC, a partecipare a nuove gare d'appalto, l'attuale versione dello stesso articolo, a seguito delle modifiche apportate dal "correttivo", non prevede più che l'ANAC rilasci un parere su tali autorizzazioni e che, quindi, venga, in tale modo, preventivamente informata rispetto alla presentazione di un offerta, e, quindi, su quali siano le imprese che abbiano intenzione di presentare un'offerta per una gara d'appalto pubblico.

Date tali considerazioni è ipotizzabile, quindi, che sia il Giudice Delegato a dover richiedere l'intervento dell'ANAC, in quanto organo che, secondo la Legge Fallimentare, è competente a vigilare sul corretto svolgimento della procedura concorsuale e, secondo il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, ai sensi dell'articolo 110, comma 3, a rilasciare le relative autorizzazioni e, quindi, venire informato, preventivamente rispetto alla presentazione di un'offerta, sull'impresa che intenda partecipare ad una gara d'appalto.

Ulteriore riflessione, ugualmente in assenza di specifica previsione all'interno del comma 5 dell'articolo 110, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, deve necessariamente riguardare il contenuto, generico o specifico, di tali interventi dell'ANAC.

Bisognerà andare a definire, in altre parole, se tale intervento dell'ANAC debba fare esplicito riferimento ad una specifica gara d'appalto pubblico o possa essere rilasciato anche in via preventiva, come una sorta di "autorizzazione in bianco"¹³³.

La soluzione che appare più coerente con l'intera struttura del nuovo articolo 110, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici e con le regole generali in tema di procedure concorsuali previste nella Legge Fallimentare, sembra essere quella per cui l'intervento richiesto all'ANAC, ex comma 5, articolo 110, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, debba fare esplicito riferimento ad una singola e specificata gara d'appalto.

Da una parte, con riferimento all'articolo 110, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, se questo al comma 3 prevede che l'impresa fallita in esercizio provvisorio o quella in concordato preventivo con continuità aziendale debba richiedere, in ogni caso in cui voglia partecipare ad una nuova gara d'appalto pubblico, l'autorizzazione del Giudice Delegato, allora sembra coerente interpretare la previsione del comma 5, dello stesso articolo, rispetto all'intervento richiesto all'ANAC, nello stesso senso.

Inoltre, deve essere anche valutato che la necessità dell'avvalimento, secondo il comma 5, dell'articolo 110, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, possa essere imposta dall'ANAC solo in specifici casi, tra cui quello dell'irregolarità retributiva o contributiva (in realtà unica ipotesi, come già detto, disciplinata dal legislatore all'interno dello stesso articolo, in quanto la lettera b) del comma 5, invece, rimette la definizione di ulteriori circostanze all'ANAC), che, fattispecie di natura dinamica, evidentemente, possa essere apprezzato solo nel momento concreto in cui l'impresa in crisi decida di partecipare alla gara d'appalto pubblico.

¹³³ Sul punto vds. Linee Guida n ..., di attuazione del decreto legislativo 18/04/2016, n. 50, recanti «Requisiti aggiuntivi delle imprese fallite o ammesse al concordato ai sensi dell'articolo 110, quinto comma, lettera b) del Codice» - Documento di consultazione, in www.ANAC.it, di cui si dirà anche nel presente paragrafo.

Dall'altra parte, con riferimento alle regole generali in materia di procedure concorsuali previste nella Legge Fallimentare, l'impresa fallita autorizzata all'esercizio provvisorio o in concordato preventivo con continuità aziendale ha l'obbligo di valutare in maniera specifica e concreta il possibile rischio, derivante dalla partecipazione a nuove gare, per i creditori concorsuali: valutazione che può realizzarsi solo dopo la determinazione ed individuazione di una specifica gara d'appalto e del suo oggetto.

Rispetto alla disposizione del comma 5 dell'articolo 110 in commento, sono, poi, tre i principali temi da approfondire: a) le caratteristiche proprie dell'avvalimento richiesto dall'articolo 110, comma 5, rispetto a quelle, invece, previste, dall'articolo 89, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, per l'istituto dell'avvalimento, che potremmo definire come "ordinario"; b) la fattispecie della irregolarità contributiva, ex articolo 110, comma 5, lettera a) e le sue ripercussioni rispetto al rilascio del DURC; c) i requisiti aggiuntivi, ex articolo 110, comma 5, lettera b), indicati dall'ANAC nella Linea Guida n..., di attuazione del decreto legislativo 11 aprile 2016, n. 50, recanti "Requisiti delle imprese fallite o ammesse al concordato ai sensi dell'articolo 110, quinto comma, lettera b) del Codice", già approvate dal Consiglio dell'ANAC e in attesa del parere del Consiglio di Stato.

5.1. Principali caratteristiche dell'avvalimento richiesto dall'ANAC ai sensi dell'articolo 110 comma 5 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

L'articolo 110, comma 5, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, prevede che l'impresa fallita autorizzata all'esercizio provvisorio o in concordato preventivo con continuità aziendale, allo scopo di partecipare ad una gara d'appalto, quando richiesto dall'ANAC, negli specifici casi previsti dallo stesso articolo 110, comma 5 (che verranno analizzati nei successivi paragrafi), oltre ad essere in possesso di tutti i requisiti soggettivi e le certificazioni di qualità richieste dal Nuovo Codice dei

Contratti Pubblici, deve anche avvalersi di un altro operatore economico in possesso degli stessi requisiti soggettivi.

Tale operatore economico ausiliario, secondo le previsioni del comma 5, in commento, deve impegnarsi nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante, garantendo: a) di mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto; b) di subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa, nel corso della gara o dopo la stipulazione del contratto, per qualsiasi motivo non sia più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto.

Anche se l'articolo 110, comma 5, non rinvia in maniera esplicita all'istituto dell'avvalimento, previsto all'articolo 89 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici¹³⁴, rubricato «*Avvalimento*», è, tuttavia, ovvio che a questo si riferisca.

Tuttavia, l'avvalimento, così come disciplinato dall'articolo 110, comma 5, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, sembra avere caratteristiche parzialmente differenti rispetto a quelle dello stesso istituto, disciplinato, invece, dall'articolo 89, stesso codice.

¹³⁴ Vds. articolo 89, comma 1, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, rubricato «*Avvalimento*»: «*L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e esclude la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara ...».*

Tali differenze hanno portato, infatti, a parlare, nel primo caso, di avvalimento “rinforzato” e, nel secondo, di avvalimento “ordinario”¹³⁵.

E’ opportuno, quindi, esaminare quali siano i punti in comune tra tali due differenti tipologie di avvalimento e quali le differenze¹³⁶.

Per quanto riguarda i punti in comune, sicuramente, si ritiene possibile applicare anche all’avvalimento “rinforzato” parte della disciplina prevista dall’articolo 89, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, per l’avvalimento “ordinario”.

Applicabile, infatti, sembra essere: il regime dei controlli affidati alla stazione appaltante, ex comma 3 dell’articolo 89; la responsabilità solidale dell’impresa concorrente con quella ausiliata, ex comma 5 dell’articolo 89; i limiti posti all’avvalimento, ex commi 6 e 7 dell’articolo 89.

Per quanto riguarda, invece, le differenze, quella principale consiste nella circostanza che l’avvalimento “rinforzato” risponda a finalità differenti rispetto a quelle dell’avvalimento “ordinario”.

L’avvalimento “ordinario”, infatti, è finalizzato a consentire la partecipazione alle gare d’appalto pubblico anche a soggetti che non siano, in realtà, in possesso dei requisiti richiesti a tal fine dal Nuovo Codice dei Contratti Pubblici; al contrario, l’avvalimento “rinforzato” mira a garantire la regolare e completa esecuzione del contratto d’appalto pubblico, data la situazione “precaria”, derivante da uno stato di insolvenza o di crisi, dell’impresa fallita autorizzata all’esercizio provvisorio o in concordato preventivo con continuità aziendale.

Quindi, l’avvalimento “ordinario” consiste in un istituto facoltativo, attraverso il quale è possibile “prestare” ad un'altra impresa i requisiti per la partecipazione ad una gara d’appalto pubblico, mentre l’avvalimento “rinforzato”, nelle particolari ipotesi, come infra, in cui venga richiesto dall’ANAC, consiste in un istituto

¹³⁵ Vds. Linee Guida n ..., di attuazione del decreto legislativo 18/04/2016, n. 50, recanti «*Requisiti aggiuntivi delle imprese fallite o ammesse al concordato ai sensi dell’articolo 110, quinto comma, lettera b) del Codice*» - Documento di consultazione, in www.ANAC.it.

¹³⁶ Vds. sul tema ATTANASIO M., *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, in www.FallimentieSocietà.it.

obbligatorio, con cui la stazione appaltante acquisisce nuove forme di garanzia alla corretta esecuzione dei relativi contratti d'appalto pubblico.

Nello specifico, nel caso dell'avvalimento "rinforzato" non avremo un soggetto che sprovvisto dei requisiti soggettivi o dei certificati di qualità li chiede in "prestito" ad un altro operatore economico, ma avremo due operatori economici entrambi in possesso di tutti i requisiti soggettivi previsti come necessari dalla normativa sugli appalti pubblici al fine di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico.

Con l'avvalimento "rinforzato", quindi, la stazione appaltante ottiene dall'operatore economico una garanzia, ulteriore rispetto al possesso dei requisiti soggettivi richiesti dalla normativa sugli appalti pubblici, rispetto alla conclusione e alla corretta esecuzione dell'appalto pubblico, dato lo stato di crisi o di insolvenza in cui l'impresa si trova, stato reso ancora più incerto quando sussistono le particolari ipotesi di cui alle lettere a) e b) del comma 5, dell'articolo 110 Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, di cui si dirà ai successivi paragrafi 5.2. e 5.3.

5.2. La fattispecie della irregolarità contributiva articolo 110 comma 5 lettera a) Nuovo Codice dei Contratti Pubblici e le sue ripercussioni rispetto al rilascio del DURC.

L'articolo 110, al comma 5, lettera a), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici prevede che l'ANAC possa decidere se subordinare, per le imprese fallite autorizzate all'esercizio provvisorio o in concordato preventivo con continuità aziendale, la partecipazione a nuove gare d'appalto all'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento "rinforzato", nel caso in cui «... *l'impresa non [sia] in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali ...*».

E' evidente, quindi, che la successiva lettera b) del comma 5 dell'articolo 110, in commento, con lo specifico riferimento ad impresa non in regola con il versamento

dei contributi previdenziali e assistenziali, faccia riferimento ad ipotesi in cui non sussistono le condizioni necessarie per il rilascio del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC)¹³⁷.

Premettendo che il D.L. 5/09/2002, n. 210, «*Disposizioni urgenti in materia di emersione del lavoro sommerso e di rapporti di lavoro a tempo parziale*», all'articolo 2, comma 1¹³⁸, prevede l'obbligo, per le imprese affidatarie di un appalto pubblico, di presentare, a pena di revoca dell'affidamento stesso, un DURC positivo, appare necessario ripercorrere le fondamentali tappe dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che hanno reso possibile, ad oggi, la convivenza nell'ordinamento italiano, di tale previsione e di quella descritta all'articolo 110, comma 5, lettera a), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, sopra ricordata.

Dopo il D.L. 22/06/2012, n. 83, che, come detto più volte, introduce l'articolo 186-bis nella Legge Fallimentare e che modifica l'articolo 38, comma 1, lettera a) nel vecchio Codice dei Contratti Pubblici, andando a regolare l'innovativa possibilità per un'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico, la giurisprudenza si trova di fronte al problema della regolamentazione del rilascio del DURC, necessario ai sensi del D.L. 5/09/2002 per partecipare ad una gara d'appalto pubblico, come sopra ricordato, per imprese in concordato preventivo con continuità aziendale¹³⁹ che, quindi, non possano pagare eventuali pregressi debiti contributivi.

¹³⁷ La normativa sul DURC, ad oggi, è contenuta nel D.M. 30/01/2015, «*Semplificazione in materia di documento unico di regolarità contributiva*». Il DURC, ai sensi dell'articolo 2 di tale D.M. del 2015, viene generato all'esito positivo delle verifiche rispetto alla regolarità contributiva nei confronti «... dell'INPS, dell'INAIL e, per le imprese classificate o classificabili ai fini previdenziali nel settore industria o artigianato per le attività dell'edilizia, dalle Casse edili ...». Tali verifiche, rispetto alla regolarità contributiva e retributiva, sono effettuate nei confronti dei datori di lavoro e dei lavoratori autonomi ai quali è richiesto il possesso del DURC, ai sensi della normativa vigente. Ai sensi dell'articolo 3 del D.M. del 2015 in commento, tali verifiche riguardano «... i pagamenti dovuti dall'impresa in relazione ai lavoratori subordinati e a quelli impiegati con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, che operano nell'impresa stessa nonché, i pagamenti dovuti ai lavoratori autonomi, scaduti sino all'ultimo giorno del secondo mese antecedente a quello in cui la verifica è effettuata ...».

¹³⁸ Vds. articolo 2, comma 1, D.L. 5/09/2002, n. 210: «... *Le imprese edili che risultano affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva a pena di revoca dell'affidamento ...*».

¹³⁹ Deve evidenziarsi come fino all'emanazione del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici nel 2016 tali problemi ermeneutici in materia di regolarità contributive e di partecipazione a nuove gare d'appalto si hanno solo per imprese ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale, in quanto, fino a

Infatti, il previgente D.M. 24/10/2007¹⁴⁰ in materia di DURC e le disposizioni all'interno della Legge Fallimentare¹⁴¹ in materia di *par condicio creditorum*, avevano determinato, in un primo momento, l'impossibilità, per un'impresa soggetta a procedura concorsuale, di ottenere il rilascio, una volta aperta tale procedura, di un DURC positivo.

E' evidente che tale circostanza, cioè l'impossibilità per una impresa assoggettata ad una procedura concorsuale di ottenere il rilascio di un DURC positivo, diventa, con l'introduzione nel 2012 dell'articolo 186-bis nella Legge Fallimentare, un problema la cui soluzione non è più rimandabile.

Il tema della regolarità contributiva e della partecipazione a nuove gare d'appalto, in vigore del D.M. del 2007, a seguito dell'introduzione dell'articolo 186-bis nel 2012, è stato, dapprima, affrontato dal Ministero del Lavoro, con la risposta ad un interpello del 21/12/2012, per il quale, con specifico riferimento al concordato preventivo con continuità aziendale, *«la ratio della procedura concorsuale, finalizzata a garantire la prosecuzione dell'attività aziendale e alla salvaguardia dei livelli occupazionali, sarebbe disattesa qualora si riconoscesse un'incidenza negativa alle situazioni debitorie sorte antecedentemente all'apertura della procedura stessa. Ciò in quanto l'impresa sottoposta a concordato non avrebbe la possibilità di ottenere un DURC, se non alla chiusura del piano di risanamento, con conseguente e inevitabile pregiudizio per il superamento della crisi»*¹⁴².

Tale questione viene, poi, risolta dalla giurisprudenza di merito¹⁴³. I giudici, infatti, seguendo la direzione tracciata dal Ministero del Lavoro, arrivano ad affermare che, in costanza di una procedura concorsuale, quale, nello specifico della pronuncia,

tale data, unica procedura concorsuale esclusa, dopo il 2012, dalle cause ostative alla partecipazione a nuove gare d'appalto, ai sensi del combinato disposto tra l'articolo 38, comma 1, lettera a), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici e l'articolo 186-bis Legge Fallimentare.

¹⁴⁰ «Documento unico di regolarità contributiva».

¹⁴¹ Gli articoli 51 e 168 Legge Fallimentare, prevedono la sospensione della possibilità, per l'impresa assoggettata a procedure concorsuali, di disporre pagamenti al di fuori della procedura stessa, andando a definire il divieto per i creditori dell'impresa di portare avanti o iniziare azioni esecutive dopo l'apertura della procedura concorsuali; ancora, l'articolo 111 Legge Fallimentare disciplina l'ordine di soddisfazione dei creditori concorsuali nell'ambito del fallimento.

¹⁴² Cfr. Interpello, n. 41/2012, del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in lavoro.gov.it.

¹⁴³ Sul tema il Trib. Civ. Siracusa, 2/10/2013, in www.IIFallimentarista.it; ancora sul tema il Trib. Civ. Roma, 5/12/2014, in www.ilCaso.it.

il concordato preventivo con continuità aziendale, l'impresa possa essere considerata come in regola sotto il profilo degli oneri contributivi anche in mancanza del rilascio del DURC, in virtù del disposto dell'articolo 5, comma 2, lettera b)¹⁴⁴, D.M. 24/10/2007.

L'articolo 5, al comma 2, lettera b), D.M. del 2007, infatti, permetteva di considerare "regolare", per quanto riguardava gli oneri contributivi, l'impresa che aveva sospeso tali pagamenti in virtù di disposizioni di legge.

Quindi, la giurisprudenza era arrivata a considerare alcune norme della Legge Fallimentare, quali, in particolare, l'articolo 161, comma 7, l'articolo 167, e l'articolo 168, come disposizioni legislative che, in virtù dell'articolo 5, comma 2, lettera b), D.M. 24/10/2007, permettevano di considerare anche le imprese in concordato preventivo, con debiti contributivi scaduti, pregressi rispetto alla presentazione del relativo ricorso, regolari da tale punto di vista.

La normativa sul DURC, ad oggi come anticipato, è contenuta nel D.M. 30/01/2015, recante «*Semplificazione in materia di documento unico di regolarità contributiva*», che, all'articolo 5¹⁴⁵, prevede, per la prima volta, regole specifiche

¹⁴⁴ Vds. articolo 5, comma 2, lettera b), D.M. 24/10/2007: «... *La regolarità contributiva sussiste inoltre in caso di: ... b) sospensioni dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative; ...*».

¹⁴⁵ Vds. articolo 5, D.M. 30/01/2015, rubricato «*Procedure concorsuali*»: «... *In caso di concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, l'impresa si considera regolare nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e il decreto di omologazione, a condizione che nel piano di cui all'art. 161 del medesimo regio decreto sia prevista l'integrale soddisfazione dei crediti dell'INPS, dell'INAIL e delle Casse edili e dei relativi accessori di legge. In caso di fallimento con esercizio provvisorio di cui all'art. 104 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, la regolarità sussiste con riferimento agli obblighi contributivi nei confronti di INPS, INAIL e Casse edili scaduti anteriormente alla data di autorizzazione all'esercizio provvisorio a condizione che risultino essere stati insinuati. In caso di amministrazione straordinaria di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, l'impresa si considera regolare a condizione che i debiti contributivi nei confronti di INPS, INAIL e Casse edili scaduti anteriormente alla data della dichiarazione di apertura della medesima procedura risultino essere stati insinuati. Le imprese che presentano una proposta di accordo sui crediti contributivi ai sensi dell'art. 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nell'ambito del concordato preventivo ovvero nell'ambito delle trattative per l'accordo di ristrutturazione dei debiti disciplinati rispettivamente dagli articoli 160 e 182-bis del medesimo regio decreto, si considerano regolari per il periodo intercorrente tra la data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese e il decreto di omologazione dell'accordo stesso, se nel piano di ristrutturazione è previsto il pagamento parziale o anche dilazionato dei debiti contributivi nei confronti di INPS, INAIL e Casse edili e dei relativi accessori di legge, nel rispetto delle condizioni e dei limiti previsti per i crediti di INPS e INAIL dagli articoli 1 e 3 del decreto ministeriale 4 agosto 2009. Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, l'impresa deve comunque essere regolare con riferimento agli obblighi contributivi riferiti ai periodi decorrenti, rispettivamente, dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, dalla data di autorizzazione all'esercizio provvisorio, dalla data di*

rispetto al rapporto tra regolarità contributiva e partecipazione ad una gara d'appalto per imprese soggette a procedure concorsuali.

L'articolo 5 del D.M. del 2015 prevede la possibilità anche per le imprese soggette ad un procedura concorsuale di ottenere una valutazione positiva in merito alla regolarità contributiva, nonostante l'esistenza di debiti previdenziali ed assistenziali pregressi rispetto all'apertura della procedura concorsuale stessa.

Infatti, i commi 1 e 2 dell'articolo 5, in commento, rispettivamente, permettono di considerare in regola con i pagamenti dei contributi previdenziali ed assistenziali nei confronti di INPS, INAIL e Casse Edili, nonostante la pendenza di debiti scaduti di tale natura, l'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale «... *nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e il decreto di omologazione ...*», a condizione che nel piano concordatario sia prevista l'integrale soddisfazione di tali creditori e quella fallita autorizzata all'esercizio provvisorio «... *anteriamente alla data di autorizzazione ...*», a condizione che tali creditori (INPS, INAIL e Casse Edili) «... *risultino essere stati insinuati ...*».

Secondo, poi, l'ultimo comma dell'articolo 5, in commento, «... *l'impresa deve comunque essere regolare con riferimento agli obblighi contributivi riferiti ai periodi decorrenti dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese [nel caso di concordato preventivo -ndr] e dalla data di autorizzazione dell'esercizio provvisorio [nel caso di fallimento -ndr] ...*».

Infine, la disposizione dell'articolo 110, comma 5, lettera a), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, deve essere anche analizzata alla luce delle previsioni dell'articolo 80, comma 4, stesso codice.

Preventivamente, è necessario ricordare che l'articolo 80 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici disciplina una serie di cause di esclusione dell'impresa dalla partecipazione a nuove gare d'appalto pubblico.

ammissione all'amministrazione straordinaria e dalla data di presentazione della proposta di accordo sui crediti contributivi».

In particolare, l'articolo in esame, al comma 4, ripropone un principio già contenuto nell'articolo 38, comma 1, lettera i) del (vecchio) Codice dei Contratti Pubblici.

Infatti, l'articolo 38, comma 1, lettera i) del (vecchio) Codice dei Contratti Pubblici considerava motivo di esclusione da una gara d'appalto la commissione di «... gravi violazioni, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali ...».

Tale previsione viene ribadita, ad oggi, all'articolo 80, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, secondo cui «... un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali ... costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del Documento Unico di Regolarità Contributiva ...».

Quindi, appare evidentemente necessario andare a definire che tipo di relazione sussista tra l'articolo 80, comma 4 e l'articolo 110, comma 5, lettera a) Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

L'articolo 110, comma 5, lettera a) sembra voler definire un'eccezione al principio di regolarità contributiva, definito dall'articolo 80, comma 4, nel caso di imprese fallite autorizzate all'esercizio provvisorio o ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale, in una logica evidentemente di *favor participationis* rispetto a procedure ad evidenza pubblica, su cui, come detto più volte, il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici ruota.

5.3. Ipotesi dell'articolo 110 comma 5 lettera b) Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Come nei paragrafi precedenti già visto, l'articolo 110, comma 5, lettera b), Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, lascia all'ANAC il compito di determinare, attraverso Linee Guida, le ulteriori ipotesi in cui subordinare la possibilità, per imprese fallite autorizzate all'esercizio provvisorio o in concordato preventivo con continuità aziendale, di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico all'utilizzo dell'avvalimento "rinforzato".

Quindi, sul tema è possibile andare ad analizzare il contenuto della già citata proposta di Linee Guida n..., recanti «*Requisiti aggiuntivi delle imprese fallite o ammesse al concordato ai sensi dell'articolo 110, quinto comma, lettera b) del Codice*», approvata dal Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 13 giugno 2018, e, ancora, in attesa di approvazione da parte del Consiglio di Stato¹⁴⁶.

Tale proposta di Linee Guida prevede che «... *il ricorso all'avvalimento previsto dall'articolo 110, comma 5 del Codice può essere reso obbligatorio dall'ANAC nelle ipotesi in cui l'operatore economico versi in una o più delle situazioni descritte di seguito e che determini l'elevata probabilità che l'impresa non sia in grado di eseguire correttamente l'appalto o la concessione:*

a) grave e persistente insufficienza delle risorse finanziarie. L'impresa si trova in questa condizione quando le risorse finanziarie di cui dispone, per forte riduzione della liquidità ovvero per altre ragioni, sono assolutamente insufficienti a fare fronte, con correttezza, agli impegni necessari ad assicurare l'esecuzione del contratto, ad esempio in relazione al pagamento dei fornitori necessari per l'approvvigionamento delle materie prime o delle subforniture;

b) grave e persistente insufficienza delle risorse tecnico-strumentali. L'impresa si trova in questa condizione quando le risorse strumentali di cui dispone, anche sulla

¹⁴⁶ In considerazione della rilevanza generale delle determinazioni previste in tale documento, il Consiglio dell'ANAC ha deliberato di acquisire, prima dell'approvazione del documento definitivo, il parere del Consiglio di Stato. Quindi, solo all'esito dell'acquisizione del parere richiesto, si avrà l'approvazione e la successiva pubblicazione del documento definitivo.

base di contratti di godimento, ad esempio leasing, sono così ridotte, per cui è presumibile che la stessa, anche in relazione alla capacità di spesa residua, non sia in grado di eseguire correttamente il contratto;

c) grave e persistente insufficienza di risorse umane. L'impresa si trova in questa condizione quando le risorse umane di cui dispone sono così ridotte, ad esempio per insufficienza delle maestranze ovvero dei ruoli manageriali indispensabili all'elaborazione del piano industriale, per cui è presumibile che la stessa, anche in relazione alla capacità di spesa residua, non sia in grado di eseguire correttamente il contratto.

Indipendentemente dalla ricorrenza delle circostanze previste al punto precedente, l'avvalimento di cui all'articolo 110, comma 5 del Codice può essere reso obbligatorio dall'ANAC in presenza di altri gravi elementi, segnalati dal giudice delegato, al ricorrere dei quali è presumibile che l'impresa non sia in grado di eseguire correttamente il contratto ...».

CAPITOLO IV

PRIME RIFLESSIONI SUL CONTENUTO DELLA RIFORMA “RORDORF” IN RELAZIONE AL RAPPORTO TRA CRISI D’IMPRESA ED APPALTO PUBBLICO

1. La riforma “Rordorf”.

Con D.M. 28/01/2015 è stata istituita la Commissione di Riforma “Rordorf”¹⁴⁷, al fine di elaborare una riforma organica della Legge Fallimentare e della materia della crisi d’impresa, con lo scopo di arrivare ad una nuova disciplina, sicuramente, più adeguata al contesto economico odierno ed al particolare stato di crisi economica degli ultimi anni.

I lavori della Commissione hanno portato all’approvazione della Legge Delega 19/10/2017, n. 155, «*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza*».

Tale Legge Delega, ex articolo 1, prevede che: «*Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con l’osservanza dei principi e criteri direttivi di cui alla medesima legge, uno o più decreti legislativi per la riforma organica delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e della disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché per la revisione del sistema dei privilegi e delle garanzie ...*».

Il Consiglio dei Ministri, il 10 gennaio 2019, ha approvato in via definitiva il D.Lgs. attuativo della Legge Delega 19/10/2017, contenente il nuovo Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza (da adesso anche solo Codice della Crisi d’Impresa), che entrerà in vigore nel 2021.

¹⁴⁷ Questa Commissione prende, evidentemente, il nome dal suo Presidente Renato Rordorf.

2. Nuove previsioni rispetto all'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale.

Se la Legge Fallimentare disciplina il rapporto tra impresa in concordato preventivo con continuità aziendale e appalti pubblici all'articolo 186-bis, il nuovo Codice della Crisi d'Impresa disciplinerà tale rapporto all'articolo 100, rubricato «*Disposizioni speciali nel concordato in continuità*».

Tale articolo prevede che: «*Fermo quanto previsto nell'articolo 102, i contratti in corso di esecuzione, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto del deposito della domanda. Sono inefficaci eventuali patti contrari.*

Il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici, se il professionista indipendente designato dal debitore ha attestato la conformità al piano, ove predisposto, e comunque la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. Le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato liquidatorio.

Successivamente al deposito della domanda, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale.

L'autorizzazione consente la partecipazione alla gara e viene rilasciata in presenza di:

a) una relazione di un professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e comunque la ragionevole capacità di adempimento del contratto;

b) ove richiesto dall'ANAC nei casi previsti dalla legge, una dichiarazione di un operatore ausiliante ai sensi dell'articolo 110, comma 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

In ogni caso, le violazioni in materia contributiva e previdenziali di cui all'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, non sono ostative al rilascio del DURC.

Fermo quanto previsto dai due commi precedenti, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale».

Quindi, possono essere analizzate le differenze che sussistono tra la disciplina contenuta in tale articolo e quella, invece, dell'articolo 186-bis, Legge Fallimentare, in modo da andare a valutare quali possano essere le relative ripercussioni di tali modifiche rispetto al rapporto tra crisi d'impresa e appalto pubblico, fino ad adesso analizzato.

Per quanto riguarda la possibilità di proseguire i contratti d'appalto, l'articolo 100, commi 1 e 2, Codice della Crisi d'Impresa sembra, in linea generale, riproporre le previsioni dell'articolo 186-bis, comma 3, Legge Fallimentare.

Come già previsto dall'articolo 186-bis, comma 3, Legge Fallimentare, anche l'articolo 100, comma 1, Codice della Crisi d'Impresa prevede che i contratti in corso di esecuzione, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto del deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo.

Il comma 2 dell'articolo 100 Codice della Crisi d'Impresa sembra, poi, chiarire alcune incertezze lessicali e lacune normative dell'articolo 186-bis, comma 3, Legge Fallimentare.

In primo luogo, al fine di regolare in maniera chiara la prosecuzione dei contratti d'appalto, l'articolo 100, al comma 2 elimina il doppio binario dei due momenti della procedura concorsuale (dopo il “deposito del ricorso” e dopo “l'ammissione”), prevedendo che, fin dal deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo, l'impresa può proseguire i contratti d'appalto pubblico già sottoscritti solo

previa attestazione di un professionista in merito alla conformità del contratto al piano concordatario, se già predisposto ed alla ragionevole capacità di adempimento.

In secondo luogo deve essere evidenziato come il comma 2 dell'articolo 100 Codice della Crisi d'Impresa sembra prevedere esplicitamente, al contrario del comma 3 dell'articolo 186-bis Legge Fallimentare, che il contratto d'appalto possa essere proseguito fin dal momento della presentazione della domanda di concordato preventivo "in bianco", data l'ipotesi che il piano concordatario non sia stato ancora predisposto: «... *se il professionista ... ha attestato la conformità al piano, ove predisposto ...*».

Da ultimo, va evidenziato come, al contrario dell'articolo 186-bis, comma 3, Legge Fallimentare, il comma 2, dell'articolo 100 Codice della Crisi d'Impresa, in conformità a quanto previsto dall'articolo 110, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, preveda che anche l'impresa «... *ammessa al concordato liquidatorio ...*» possa proseguire i contratti d'appalto pubblico già sottoscritti.

Per quanto riguarda, invece, la possibilità di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico, l'articolo 100, commi 3 e 4, Codice della Crisi d'Impresa conferma la ricostruzione della disciplina in tema fatta al paragrafo 3, chiarendo, quindi, le difficoltà interpretative che si sono riscontrate nell'articolo 186-bis Legge Fallimentare.

Il nuovo articolo 100 Codice della Crisi d'Impresa definisce in maniera chiara come la partecipazione a nuove gare d'appalto, per imprese soggette al concordato preventivo con continuità aziendale, debba essere sempre subordinata al rilascio di una autorizzazione da parte di un organo della procedura concorsuale.

Al comma 3 dell'articolo 100, infatti, si prevede espressamente che la partecipazione a nuove gare d'appalto pubblico, dopo il deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche nella sua forma "in bianco", debba essere autorizzata dal Tribunale, mentre dopo il decreto di apertura, dal Giudice Delegato (in entrambi i casi, previo parere del Commissario Giudiziale).

Il comma 4 dell'articolo 100 Codice della Crisi d'Impresa, poi, specifica che l'autorizzazione, richiesta al comma 3 e necessaria per partecipare ad una nuova gara

d'appalto pubblico, viene rilasciata solo in presenza: a) dell'attestazione di un professionista in merito alla conformità dell'oggetto della gara al piano, se già predisposto e alla ragionevole capacità del debitore di adempiere al relativo contratto; b) su richiesta dell'ANAC, nei casi previsti dall'articolo 110, comma 5, della dichiarazione dell'operatore ausiliante.

Infine, deve essere anche valutato come, contrariamente all'articolo 186-bis Legge Fallimentare, l'articolo 100 Codice della Crisi d'Impresa, al comma 5, regoli direttamente come, nel caso specifico di un concordato preventivo con continuità aziendale, le violazioni contributive e previdenziali, regolate all'articolo 80, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, non siano ostative al rilascio del DURC. Tale previsione conferma, quindi, la disciplina del Decreto Ministeriale 30/01/2015, qui descritta al paragrafo 5.2..

Analizzato il contenuto dell'articolo 100 del nuovo Codice della Crisi d'Impresa, emergono due importanti temi.

Il primo evidenzia come il legislatore, nel predisporre il testo del nuovo articolo, abbia finalmente posto l'attenzione sulla necessità di coordinare la disciplina della crisi d'impresa con quella dell'appalto pubblico.

Tale intento di coordinamento, infatti, si ritrova in più punti dell'articolo 100.

Innanzitutto, appare evidente come al comma 2, con riferimento alla possibilità per le imprese ammesse al concordato preventivo liquidatorio di proseguire i contratti d'appalto pubblici già sottoscritti; poi al comma 4, lettera b), con riferimento ai casi, previsti dall'articolo 110, comma 5, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, in cui la possibilità di partecipazione ad una nuova gara d'appalto, per imprese in concordato preventivo con continuità aziendale, sia subordinata all'attivazione dell'istituto dell'avvalimento; ed ancora al comma 5, con riferimento alla deroga all'articolo 80, comma 4, Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, in tema di rilascio del DURC.

Il secondo evidenzia come il nuovo Codice della Crisi d'Impresa, all'articolo 100, affronti anche il tema del rapporto tra il concordato preventivo "in bianco" e l'appalto pubblico, prevedendo, rispetto all'attestazione del professionista, al comma 2, per la prosecuzione dei contratti d'appalto pubblico e al comma 4, per la

partecipazione a nuove gare, che il piano concordatario possa anche non essere ancora predisposto.

Il fatto che tale norma, in un'ottica di coordinamento con la normativa sugli appalti pubblici, come sopra detto, regoli la possibilità, per un'impresa che abbia depositato una domanda di concordato preventivo "in bianco", di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico sicuramente avrà importanti ripercussioni sul conflitto che, come visto al paragrafo 4.3., ancora oggi, esiste in giurisprudenza sul tale tema.

CONCLUSIONE

Data l'analisi fino ad adesso svolta, appare chiaro come al centro del nuovo rapporto tra crisi d'impresa e appalto pubblico, dopo le varie riforme normative che si sono succedute negli anni, si trovi lo strumento della continuità aziendale.

Tale strumento è stato, come visto, scelto dal legislatore come fattore discriminante per definire quali, tra le procedure concorsuali, possano o meno essere considerate come cause ostative alla partecipazione a nuove gare d'appalto o alla prosecuzione dei relativi contratti.

La ragione della scelta di tale strumento risiede nella volontà del legislatore di salvaguardare e tutelare le imprese private, proteggendone il valore aziendale, dati gli anni di crisi economica.

Lo strumento della continuità aziendale, quindi, ha permesso che si venisse a creare un rapporto tra il fenomeno della crisi d'impresa e l'appalto pubblico, in quanto, essendo tale strumento finalizzato alla prosecuzione dell'attività dell'impresa, allo scopo del suo risanamento, non sarebbe logico vietare la partecipazione a gare d'appalto pubblico o la prosecuzione dei contratti già sottoscritti, quali attività che sicuramente potrebbero favorire tale scopo.

E' necessario, inoltre, sottolineare, data l'evidente importanza che viene assegnata allo strumento della continuità aziendale, che questo può avere due diverse finalità.

Come più volte detto nel corso dell'elaborato, infatti, la continuità aziendale può sia perseguire il risanamento dell'impresa sia la sua migliore liquidazione.

Tali differenti finalità consentono, allora, di comprendere come lo strumento della continuità aziendale, ad oggi, determini per le imprese in concordato preventivo con continuità aziendale e per le imprese fallite autorizzate all'esercizio provvisorio la possibilità di partecipare a nuove gare d'appalto pubblico e di proseguire nell'esecuzione dei contratti d'appalto pubblico già sottoscritti e per le imprese in

concordato preventivo liquidatorio la possibilità (solo) di proseguire nell'esecuzione dei contratti d'appalto pubblico già sottoscritti.

Ovviamente, tale possibilità di partecipare a nuove gare e di proseguire i relativi contratti non può che essere esercitata con limitazioni e in presenza di particolari requisiti, per tutelare gli interessi della pubblica amministrazione, rispetto alla certezza e rapidità dell'opera o del lavoro.

La possibilità, quindi, di far partecipare ad un appalto pubblico un'impresa soggetta ad una procedura concorsuale con continuità aziendale significa porre, almeno, sullo stesso piano gli interessi dell'imprenditore e gli interessi della pubblica amministrazione.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

Codice commentato:

CAIAFA A. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, DIKE, 2016

CARULLO A., IUDICA G., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM, 2018

FERRO M., *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, CEDAM, 2014

MANDRIDDI L., *Sub articolo 104*, in Comma NIGRO – SANDULLI – SANTORO, Giappicchelli, 2010

NARDECCHIA G. B., RANALLI R., *Sub articolo 186-bis*, in Comma LO CASCIO, IPSOA, 2017

Manuali:

AMBROSINI S., *Il concordato preventivo*, IN A.A. V.V., *Le altre procedure concorsuali*, in VASSALLI-LUIISO-GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014

BOCCHINI E., *Diritto della contabilità delle imprese*, Vol. 1, Milano, 2008

BOCCHINI E., *Diritto della contabilità delle imprese*, Vol. 2, Milano, 2016

- BONFANTI S., CENSONI P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007
- BONSIGNORI A., *Il fallimento*, in *Trattato* diretto da Galgano F., Padova, 1986
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale*, Vol. 2, Milano, 2014
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale*, Vol. 3, Milano, 2013
- DE ANGELIS L., *Elementi di diritto contabile*, Milano, 2015
- DI CARLO A. (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010
- GALLETTI D., *Stato di insolvenza*, in Cavallini C., *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2008
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2012
- GUGLIELMUCCI L., *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, Padova, 2012
- LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, 2008
- MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013
- PAJARDI, in BOCCHIOLA – PALUCHOWSKY (a cura di), *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998
- ZOCCA L., *Accordi di ristrutturazione, piano di risanamento e relazioni del professionista*, Milano, 2006

Riviste:

- ARATO M., *Il concordato con continuità aziendale*, in www.ilFallimentarista.it
- ATTANASIO M., *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, in www.FallimentieSocietà.it
- BOTTAI L. A., *Concordato con continuità aziendale*, in www.ilFallimentarista.it

CASA F., *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'articolo 186-bis l. fall.*, in *Il Fallimento*, IPSOA, 2013, 1379-1390

D'ORAZIO L., *Continuità aziendale e gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Il Fallimento*, IPSOA, 2017

FAUCEGLIA G., *Disciplina concorsuale e articolo 110 del nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, Giuffrè, 2017, II

FIAMMANÒ F., *Esercizio provvisorio dell'impresa e riallocazione dell'azienda nella riforma della legge fallimentare*, in www.ilCaso.it

FIAMMANÒ F., *Concordato preventivo in continuità e contratti stipulati o da stipulare*, in *Rivista notariato*, Giuffrè, 2018, III

IMPARATO L., *La crisi di impresa nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in www.ilCaso.it

IRRERA M., VIGNA M., *La sorte dei contratti d'appalto pendenti nel contratto preventivo: brevi note*, in www.ilFallimentarista.it

LUPO A., *Fasi procedure di affidamento*, in www.l'Amministrativita.it

MACAGNO C.P., *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in www.ilCaso.it

MATRAGNA G., *Il rischio di continuità aziendale nel bilancio IAS e in quello OIC*, Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, i quaderni

PALETTA A., *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime evidenze empiriche*, in *Il Fallimento*, IPSOA, 2013

PALLADINO M., *I contratti pubblici nel concordato preventivo alla luce del nuovo codice degli appalti*, in *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, Giuffrè, 2017

PEZZANO A., RATTI M., *Nuovo codice degli appalti pubblici e procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *Il Fallimento*, IPSOA, 2017

PERRINO A. M., *Codice dei contratti pubblici e concordato preventivo con continuità aziendale: tra distonie, incongruenze e rischio di cortocircuito*, in *Il Foro Italiano*, Il foro italiano, 2018

PROVENZANO P., *Requisiti: assenza di procedure concorsuali*, in www.l'Amministrativita.it

RAFFAELE M., *La continuità aziendale nella crisi d'impresa*, Fondazione Nazionale dei Commercialisti, 2015

RIMATO G., *Proposte concorrenti e mercati delle proposte nel nuovo concordato preventivo*, in www.fallimentoesocietà.it, 2015

STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, IPSOA, 2013

VAROTTI A., *Appunti veloci sulla riforma del 2015 della Legge fallimentare*, in www.ilCaso.it, 2005

GIURISPRUDENZA

Corte Cost. 22/07/2010, n. 270, in *Il Foro italiano*, Il foro italiano, 2011

Cass. Civ., sez. I, 25/06/2002, n. 9262, in *Il Foro italiano*, Il foro italiano, 2002, I

Cass. Civ., sez. I, 20/10/2005, n. 20291, in *Giustizia civile – massimario*, Giuffrè, 2005, 7/8

Cass. Civ., sez. I, 06/08/2010, n. 18437, in www.dejure.it

Cons. St., comma spec., 22/06/2008, parere n. 4575/2007, in *Il Foro Amministrativo - CdS*, Giuffrè, 2008, 1

Cons. St., comma spec., 1/04/2016, parere n. 855/2015, in *Il Foro Amministrativo – CdS*, Giuffrè, 2011, 4, 1132

Cons. St., ad. pl., 15/04/2010, n. 2155, in *Il Foro italiano*, Il foro italiano, 2010, 7-8,

Cons. St., ad. pl., 7/04/2011, n. 4, in *Il Foro Amministrativo – CdS*, Giuffrè, 2011, 4

Cons. St., sez. IV, 8/06/1999, n. 516, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. St., sez. V, 27/12/2013, n. 6272, in www.ilCaso.it

Cons. St., sez. III, 14/01/2014, n. 101, in www.ilCaso.it

Cons. St., sez. V, 22/12/2014, n. 6303, www.giustizia-amministrativa.it

Cons. St., sez. III, 3/12/2015, n. 5479, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. St., sez. VI, 03/02/2016, n. 426, in *Redazione Giuffrè amministrativo*, Giuffrè, 2016

Cons. St., sez. V, 12/09/2017, n. 4300, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. St., sez. V, ord., 2/02/2018, n. 686, in www.appaltiecontratti.it

Cons. St., sez. V, 29/05/2018, n. 3225, in www.giustizia-amministrativa.it

Cons. St., sez. V, 3/01/2019, n. 69, www.giustizia-amministrativa.it

Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 23/04/2015, n. 363, in *Il Foro Amministrativo*, Giuffrè, 2015, 4

Trib. Civ. Roma, decreto, 25/07/2012, in *Il Fallimento*, IPSOA, 2013

Trib. Civ. Siracusa, 2/10/2013, in *Redazione Giuffrè*, Giuffrè, 2014

Trib. Civ. Roma, 5/12/2014, in www.ilCaso.it

Trib. Civ. Roma, 20/10/2017, in *Redazione Giuffrè*, Giuffrè, 2017

Trib. Civ. Bolzano, decreto, 9/01/2018, in www.ilFallimentarista.it

TAR, Friuli Venezia Giulia - Trieste, sez. I, 24/11/2011, n. 543, in *Il Foro amministrativo TAR*, Giuffrè, 2011, 11

TAR, Valle d'Aosta - Aosta, sez. I, 18/04/2013, n. 23, in www.ilCaso.it

TAR, Friuli Venezia Giulia - Trieste, sez. I, 7/03/2013, n.145, in www.ilCaso.it

TAR, Lazio - Roma, sez. II-ter, 10/05/2017, n. 5613, in www.giustizia-amministrativa.it

TAR, Friuli Venezia Giulia - Trento, sez. I, 24/05/2017, n. 179, in *Il Foro Amministrativo*, Giuffrè, 2017, 5

TAR, Lombardia - Milano, sez. IV, 23/12/2017, n. 2476, in *Redazione Giuffrè amm.*, Giuffrè, 2018

ANAC, Determinazione, 23/04/2014, n. 3, in www.ANAC.it

ANAC, Determinazione del 8/04/2015, n. 5, in www.ANAC.it

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Interpello, n. 41/2012, in www.lavoro.gov.it

NORMATIVE:

Regolamento n. 2008/1126/CE

Direttive n. 2004/17/CE

Direttive n. 2004/18/CE

Direttive n. 2014/23/UE

Direttive n. 2014/24/UE

Direttive n. 2014/25/UE

R.D. 16/03/1942, n. 262

R.D. 16/03/1942, n. 267

L. 29/12/1993, n. 580

L. 11/02/1994, n. 109

Legge Delega 28/02/2016, n. 11

Legge Delega 19/10/2017, n. 155

D.Lgs. 23/07/1991, n. 240

D.Lgs. 8/07/1999, n. 270

D.Lgs. 9/01/2006, n. 5

D.Lgs. 12/04/2006, n. 163

D.Lgs. 28/08/2008, n. 134

D.Lgs. 18/04/2016, n. 50

D.Lgs. 19/04/2017, n. 57

D.Lgs. 10/01/2019, n. ...

D.L. 30/01/1979, n. 26

D.L. 5/09/2002, n. 210

D.L. 23/12/2003, n. 347

D.L. 14/03/2005, n. 35

D.L. 30/12/2005, n. 273

D.L. 10/02/2009, n. 5

D.L. 6/12/2011, n. 201

D.L. 22/06/2012, n. 83

D.L. 23/12/2013, n. 145

D.L. 24/06/2014, n. 91

D.L. 27/06/2015, n. 83

D.P.R. 7/12/1995, n. 581

D.P.R. 25/01/2000, n. 34

D.P.R. 5/10/2010, n. 207

D.M. 28/01/2015

D.M. 30/01/2015

D.M. 24/10/2007

Linee Guida n ..., di attuazione del decreto legislativo 18/04/2016, n. 50, recanti «*Requisiti aggiuntivi delle imprese fallite o ammesse al concordato ai sensi dell'articolo 110, quinto comma, lettera b) del Codice*» - Approvate dal Consiglio dell'ANAC con delibera n ... del ..., in www.ANAC.it

Linee Guida n ..., di attuazione del decreto legislativo 18/04/2016, n. 50, recanti «*Requisiti aggiuntivi delle imprese fallite o ammesse al concordato ai sensi dell'articolo 110, quinto comma, lettera b) del Codice*» - Documento di consultazione, in ww.ANAC.it

OIC 11, paragrafi 21-24

IAS 1, paragrafi 23-24