

Procedure concorsuali

Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni

di Antonio Pezzano e Massimiliano Ratti

Gli autori esaminano le problematiche interconnessioni del recente D.L. n. 50/2016 con le procedure concorsuali, analizzando le ricadute delle nuove norme anche rispetto alla *vexata questio* del rilascio del DURC nonché del pagamento del subappaltatore, soffermandosi sulla cessione contrattuale in caso di insolvenza e avendo riguardo alle possibili discrasie con le Direttive UE di riferimento.

Introduzione

Il 19 aprile 2016 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il D.Lgs. n. 50/2016 e, in pari data, è entrato così in vigore il nuovo testo del Codice degli Appalti¹, subentrando, a tutti gli effetti e, per la verità, senza un'armonizzata regolamentazione transitoria², all'abrogato D.Lgs. n. 163/2006. Non a caso, l'avvertito smarrimento di interpreti ed operatori è stato colmato dal comunicato ANAC, con cui sono stati forniti alcuni chiarimenti in relazione alla disciplina da applicare per le specifiche procedure di affidamento³.

La normativa dei contratti pubblici e quella fallimentare hanno da tempo deciso di viaggiare su binari separati⁴ e, nelle loro sporadiche intersezioni⁵, hanno sempre provocato, così come rischiano ancora oggi

1 In attuazione della L. 28 gennaio 2016, n. 11 con cui il Governo è stato delegato ad uniformarsi alla disciplina europea in materia di appalti pubblici e concessioni, attraverso il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

2 V. disposizioni transitorie, artt. 216-220. Con il parere 1° aprile 2016, n. 855, il Consiglio di Stato è intervenuto per censurare l'omessa sedimentazione del nuovo testo, frutto senz'altro di una stesura contrassegnata da ragioni di speditezza, correlate al rispetto del termine comunitario. Cfr. M. Attanasio, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, in www.osservatorio-oci.org, che giustamente evidenzia come la vecchia e nuova disciplina saranno destinate a convivere, atteso che le nuove norme si applicheranno solo alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte (art. 216, comma 1).

3 Cfr. Comunicato del Presidente dell'ANAC dell'11 maggio 2016 avente ad oggetto: "indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, D.Lgs. n. 50/2016".

4 V. M. Attanasio, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, cit.

5 Id., ricorda che l'unico formale contatto, prima del 2012, era rappresentato dall'art. 81, comma 2, l.fall. che, nel disciplinare la sorte del contratto pubblico, rinvia alla normativa di settore; cfr., negli stessi termini, *Codice Commentato del fallimento*, sub art. 81, Par. XVII, art. 81, 1068-1069, (a cura di) G. Lo Cascio, 2013, Milano. Per completezza, vanno segnalate anche le previsioni di cui art. 4, comma 4 *quater* e *sexies*, D.L. 347/2003, conv. in L. 39/2004. Di converso, nella precedente normativa del codice dei contratti pubblici, gli unici riferimenti emergevano dagli artt. 38, comma 1, lett. a), 116, comma 4, 118, comma 3 *bis* e 3 *ter*, 140 e 160 *bis*, comma 3.

di reiterare, collisioni⁶ che, oltre a vulnerare il già articolato endogeno impianto legislativo⁷, si propagano all'esterno nel più complesso sistema che esse dovrebbero organicamente regolamentare: ci troviamo, così, al cospetto di un'agnostica attività legislativa, che, nel quotidiano conflitto generato dalla rilevanza costituzionale dei diritti e degli interessi meritevoli di adeguate tutele, mostra di prediligere, comunque, una (miope e) solipsistica disciplina per ciascuna branca⁸.

Questa sorta di eterogenesi dei fini, frutto d'una scoordinata stratificazione degli interventi normativi, rischia così di intaccare anche il D.Lgs. n. 50/2016 che, seppur connotato da una "propria" coerenza, sotto il profilo sistematico, amplifica invece il già marcato "strappo", tra le norme del diritto pubblico e quelle concorsuali, ancora una volta destinato ad essere ricucito dalla sedimentazione giurisprudenziale e dalla prassi o devoluto ad ostici percorsi esegetici cui sono costretti gli interpreti⁹.

Come avremo modo di appurare nel presente saggio descrittivo, l'intervento riformatore non pare abbia del tutto dipanato i dubbi applicativi, tanto che, a fronte di dette antinomie tra norme, permane ancora l'interrogativo sulla prevalenza, o meno, dell'interesse pubblico all'esecuzione dell'opera¹⁰, nell'osservanza dei principi di economicità, efficacia e tempestività¹¹, rispetto all'interesse dell'impresa in crisi, sincreticamente intesa quale centro gravitazionale di valori che rilevano sul piano sociale e sul tessuto produttivo, oltre a quello dei creditori concorsuali, il cui soddisfacimento è stato decisamente privilegiato nell'ultima novella della L. n. 132/2015¹², come anche da alcuni interventi del recente D.L. n. 59/2016¹³.

La sorte dei contratti pubblici pendenti e la partecipazione a procedure di affidamento in caso di procedure concorsuali

Gli interventi di maggior impatto "concorsuale" del D.Lgs. n. 50/2016, al di là delle disposizioni di cui all'art. 48, commi 17 e 18¹⁴, e 80, comma 5, lett. b)¹⁵ (che sostanzialmente ricalcano le antecedenti

6 Cfr. L. A. Bottai, *Concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it che parla di *interferenze* del nuovo codice degli appalti.

7 Basti pensare come le procedure concorsuali risultino diversamente menzionate negli artt. 48, 80, 106, 110 e 175 (l'amministrazione straordinaria non risulta richiamata negli artt. 80 e 110, ipotizzando che essa rientri nel più ampio *genus* di "procedura di insolvenza concorsuale") ovvero "resuscitate" (il riferimento è ovviamente all'amministrazione controllata citata nell'art. 48, comma 17 e 18, norma in cui, peraltro, parrebbe escludersi l'accesso al concordato preventivo per l'imprenditore individuale).

8 Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8, in una questione relativa alle violazioni previdenziali di cui all'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, già auspicava una lettura ed una interpretazione del codice degli appalti come "*parte dell'ordinamento nel suo complesso*".

9 In termini simili, cfr. A. M. Perrino, *Codice dei contratti e degli appalti pubblici e concordato preventivo con continuità aziendale: tra distonie, incongruenze e rischio di cortocircuito*, in *Foro it.*, 2016, VI, in corso di pubblicazione.

10 Ante novella sembrava così concludere, L. Sadile, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, in www.ilcaso.it, 30. Negli stessi termini V. De Sensi, *Appalto pubblico e crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 638, secondo il quale "il valore della continuità aziendale non può essere perseguito ad ogni costo".

11 Ribaditi anche dal "nuovo" art. 4 che ha sostituito il precedente art. 2.

12 Sotto tale peculiare aspetto, persino in controtendenza rispetto alle indicazioni comunitarie di cui alle Racc. Comm. UE del 12 marzo 2014 e Reg. Parl. UE del 20 maggio 2015, n. 848, specificamente nelle novellate disposizioni di cui agli artt. 160, 163 e 178 l.fall. V. in tema L. A. Bottai, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., 112. Per un organico spaccato, v. M. Fabiani, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in questa *Rivista*, 2016, 574.

13 Con particolare riferimento alle disposizioni di cui agli artt. da 1 a 6.

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

15 Art. 80, comma 5, lett. 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".

disposizioni degli artt. 37, comma 18 e 19, e 38, comma 1, lett. a), si registrano negli artt. 110¹⁶ e 106, comma 1, lett. d), n. 2¹⁷ (ed il suo omologo, per le concessioni, art. 175, comma 1, lett. d, n. 2)¹⁸, norma, quest'ultima, che, come avremo modo di appurare, incide significativamente sulla sorte dei contratti pubblici nel caso di crisi dell'affidatario¹⁹.

In estrema sintesi, al ricorrere di una procedura di insolvenza, il bilanciamento tra i contrapposti interessi, quello pubblico che mira alla regolare esecuzione del rapporto e quello concorsuale volto alla ristrutturazione dell'impresa ed al soddisfacimento dei creditori, avviene alla stregua d'un graduato automatismo: sostituzione dell'affidatario ad opera della stazione appaltante (art. 110, commi 1 e 2), cessione del contratto d'appalto (art. 106) e di concessione (art. 175), mantenimento del rapporto con l'imprenditore in crisi (art. 110, commi 3, lett. b e 4) o instaurazione di uno nuovo (art. 110, commi 3, lett. a e 5).

I quattro scenari alternativi difettano, tuttavia, di un sincronico coordinamento tra il rapporto sostanziale e gli adempimenti procedurali, considerate anche le antecedenti (e, ad oggi, non abrogate)²⁰ speculari previsioni di cui all'art. 186 *bis*, commi 3 e 5, l.fall.

Difatti, se per il concordato in continuità, non producendosi l'immediata risoluzione del contratto²¹, il

16 Art. 110 (previgente art. 140): "1. Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, o di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. 2. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. 3. Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC, possono: a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto; b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale. 4. L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di 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, sentita l'ANAC. 5. L'ANAC, sentito il giudice delegato, può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione, nei seguenti casi: a) se l'impresa non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali; b) se l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida".

17 Art. 106, comma 1, lett. d), n. 2 "All'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o per contratto, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice".

18 Art. 175, comma 1, lett. d), n. 2 "Al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore".

19 Trattasi, peraltro, di novità assoluta in tali termini: infatti, nella vigenza della precedente normativa, l'art. 51 disciplinava la cessione ed altri tipi di operazioni straordinarie, consentendo, prima del perfezionamento del negozio, la verifica di ogni requisito a cura della stazione appaltante. Invece, in sede di esecuzione del contratto, la cessione poteva ritenersi efficace solo dopo che la stazione appaltante fosse stata ufficialmente notiziata e nei sessanta giorni successivi non si fosse opposta, tra l'altro limitando la possibilità in sede concorsuale solo al peculiare caso di affitto o acquisto a cura di cooperativa di soci lavoratori, ai sensi di quanto prevedeva l'art. 116.

20 In termini dubitativi, V. A. M. Perrino, cit. *Codice dei contratti e degli appalti pubblici e concordato preventivo*, in *Foro. it.*, 2016, V.

21 V. G. P. Macagno, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *www.ilcaso.it*, p. 8, il quale reputa che la ragione principale della previsione del divieto in esame vada individuata proprio nella salvaguardia dei contratti con la Pubblica Amministrazione. Ma la tematica rischia di mutare qualora la stazione appaltante invochi ex art. 108 (*recte*: dichiara in autotutela esecutoria, v. L. Sadile, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, cit., 8) la risoluzione del contratto per un inadempimento anteriormente perpetrato: verosimilmente lo farà in modo fondato ed efficace, ove la dichiara prima dell'instaurazione del procedimento di concordato, mentre ciò non avviene ove essa venga invocata successivamente, in virtù del regime di segregazione generale creatosi sui beni del debitore affidatario, alla luce del combinato disposto degli artt. 168 e 169/45 l.fall.; v. A. Pezzano, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, 216. Per un'approfondita analisi sulla generale tematica dei rapporti pendenti, v. A. Patti, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Milano, 2014. Resta peraltro ferma anche la possibilità di ricorrere all'istituto della sospensione ex art. 169 *bis* l.fall. allo scopo di fruire di ulteriore tempo (fino a un massimo di 120 giorni) per decidere se proseguire o meno nel contratto; v. M. Attanasio, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, cit.; negli stessi termini, pur se con riguardo alla diversa fattispecie del contratto di affitto d'azienda, v. Trib. Siracusa 4 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*.

debitore in crisi dispone d'un adeguato margine temporale per meglio valutare le proprie determinazioni in merito alla prosecuzione o meno del contratto pubblico, così non avviene nel concordato con cessione dei beni²², mutilato della eccezionale garanzia del divieto di automatica risoluzione *ex art. 186 bis*, comma 3, l.fall.²³, né in caso di fallimento. È pur vero, in tale ultima ipotesi, che potrebbe soccorrere la disposizione di cui all'art. 72, comma 6, l.fall., che, tuttavia, pare incompatibile con il precetto dell'art. 81, comma 2, l.fall., il quale, proprio in materia di appalti pubblici, rinvia alla normativa di settore, da identificarsi, oggi, nell'art. 110: detta norma prevede, come prioritaria opzione, il diritto al subingresso degli altri partecipanti; quindi una soluzione che dal tenore letterale sembra inconciliabile con il predetto divieto, apparendo di cogente e pronta attuazione²⁴ ("*interpellano progressivamente*"), a differenza della facoltà che riservava il previgente art. 140 ("*potranno interpellare progressivamente*").

Dalle suesposte considerazioni emerge che, mentre in caso di concordato in continuità è l'appaltatore in crisi a scegliere se proseguire o meno nel rapporto²⁵, in caso di concordato con cessione dei beni e di fallimento, il "bocchino" passa alla stazione appaltante: fatta, comunque, salva, in ciascuna delle tre ipotesi, la possibilità, per l'appaltatore, di cedere il contratto *ex art. 106*, e sempre che, nelle ipotesi di concordato con cessione dei beni e fallimento, la stazione appaltante non abbia anticipatamente esercitato la prerogativa di cui all'art. 110, commi 1 e 2²⁶.

Sulla base di dette premesse, passiamo a sezionare il contenuto dell'art. 110, visto che incide sensibilmente sulla normativa concorsuale²⁷, soprattutto per il nuovo ruolo attribuito all'ANAC²⁸ e l'audace potenziamento dell'esercizio provvisorio.

In caso di fallimento con esercizio provvisorio autorizzato, l'art. 110, nei commi 2 e 3, consente al curatore, non solo di eseguire i contratti già stipulati, ma anche di partecipare a nuovi procedimenti di affidamento di concessioni e di appalto²⁹: in ambo i casi - e quindi ad integrazione alla disciplina dell'art. 104, comma 7, l.fall. - purché sussista l'autorizzazione del giudice delegato, da emettersi ad ANAC previamente "*sentito*"³⁰ (unitamente al comitato dei creditori che, diversamente, ben potrebbe impedire la partecipazione qualora assuma³¹ l'inopportunità della prosecuzione dell'esercizio provvisorio, ad esempio, per i possibili lunghi tempi di gara per giungere alla stipula del rapporto pubblico ai sensi dell'art. 32 ovvero per gli onerosi rischi prevedibili conseguenti a penali, da garantire *ex art. 93*). Quanto all'avvalimento c.d. rinforzato³², l'art. 110, comma 5, prevede che l'ANAC, dopo aver sentito il giudice delegato³³, possa subordinare la partecipazione del curatore alle procedure di

22 Resta da chiedersi cosa avvenga per i contratti in corso in caso di concordato con riserva, oggi espressamente ammesso a fruire della facoltà di prosecuzione del contratto pubblico ma che, come noto, al momento del deposito non ha necessariamente una propria caratterizzazione *ex art. 160* ovvero *186 bis* l.fall.; v. L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in questa *Rivista*, 2013, 1234, secondo cui il contratto resta sospeso ove la domanda di pre-concordato preannunci l'intenzione del depositante di un piano in continuità.

23 Cfr. A. Patti, in *Rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in questa *Rivista*, 2013, 271; in senso conforme G. P. Macagno, in *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, cit., 8.

24 Sebbene l'art. 108, comma 8, faccia propendere per il fatto che trattasi pur sempre di una facoltà, lasciando così sopra il dubbio sulla sussistenza d'una effettiva gerarchia tra gli scenari alternativi compendiate nell'art. 110.

25 Ovviamente al verificarsi delle altre condizioni prescritte dal combinato disposto degli artt. *186 bis*, comma 3, l.fall. e 110, comma 3, lett. b). E fermo che, ove l'imprenditore in crisi opti per la non prosecuzione del rapporto, la stazione appaltante potrà procedere *ex art. 110*, comma 1 e 2 (salvo ancora che non scelga di recedere *ex art. 109* oppure di invocare la risoluzione in autotutela esecutiva ove sussistano i presupposti di cui all'art. 108).

26 Ed a tacere - a conferma della diacronia - che ben potrebbe verificarsi anche lo scenario in cui, indetta prima la procedura competitiva per la cessione del contratto (con tutte le possibili interferenze, anche sul piano temporale, conseguenti all'avvio delle offerte concorrenti *ex art. 163 bis* l.fall.), la stazione appaltante decida solo a quel punto di attivarsi ai sensi dell'art. 110, commi 1, e 2.

27 Nello specifico sugli artt. 104, comma 7, 160, comma 1, lett. a), 161, commi 2, lett. e), 3 e 7, 161, comma 7, 182, comma 1 e *186 bis*, commi 3, 4 e 5 l.fall.

28 Invero la disciplina prevista dalla legge delega all'art. 1, comma 1/vv era andata anche oltre, attribuendo all'ANAC un potere decisorio esclusivo (tranne che nei casi di avvalimento "rinforzato" che vedeva anche il necessario confronto con il giudice delegato, oltre che con il curatore o il commissario), probabilmente però contrastante anche con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 25, in difetto di una tutela giurisdizionale di immediata percezione all'interno delle stesse procedure concorsuali (così come invece avviene ad esempio in caso di liquidazione coatta rispetto al regime delle opposizioni *ex art. 209* l.fall.).

29 Alla luce del rinvio di cui all'art. 80.

30 Sembra quindi trattarsi di un parere non vincolante, scevro da particolari formalità che rientra nel più ampio ambito del *soccorso istruttorio*, introdotto con l'art. 83.

31 Ai sensi dell'art. 104, comma 4, l.fall.

32 Introdotto con il D.L. n. 83/2012 in sede di modifica dell'art. *186 bis* l.fall., specificamente disciplinato ora nell'art. 89.

33 Probabilmente l'A.G.O. è per la prima volta mero organo consultivo di un'autorità amministrativa, quantunque sarà sempre il

affidamento alla previa stipula di un contratto con un'impresa ausiliante, ogni qual volta - e quindi verosimilmente sempre in caso di fallimento - sussistano significative inadempienze giuslavoristiche ovvero l'impresa fallita non abbia i requisiti aggiuntivi individuati dall'ANAC in proprie redigende linee guida.

Nulla viene precisato rispetto al concordato fallimentare, ma, considerato quanto previsto in punto di cedibilità del rapporto pubblico (anche) in caso di "insolvenza", non si rinvengono criticità ostative nel riservare tale evenienza a favore dell'assuntore, in particolar modo qualora il concordato fallimentare faccia seguito ad un esercizio provvisorio in cui sussista la suddetta autorizzazione e l'assuntore rivesta la qualifica di "operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice"³⁴.

L'impresa ammessa³⁵ al concordato in continuità è abilitata a partecipare a procedure di affidamento, anche in questo caso, al verificarsi delle medesime condizioni appena illustrate, specificamente in relazione all'autorizzazione del giudice delegato ed al "parere" dell'ANAC.

La suddetta possibilità pare irragionevolmente esclusa per l'istituto del concordato con riserva³⁶, considerato che la norma in esame, al comma 4, si limita a regolamentare (e, conseguentemente, ad ammettere), in tale ipotesi, lo scenario dei contratti già stipulati ma ancora da eseguirsi. Tuttavia, una serie di complementari considerazioni conducono ad apprezzare una lettura controcorrente: i) anzitutto il richiamo espresso ai soli contratti pendenti non sembra di per sé ostativo, atteso che, in passato, non era affatto scontata la prosecuzione dei rapporti in corso³⁷; ii) in secondo luogo, l'art. 186 bis, comma 4, l.fall. non è stato esplicitamente abrogato³⁸; iii) di poi, l'art. 110, comma 4, prevede, in evidente quanto parziale modifica dell'art. 186 bis, comma 5, l.fall., che solo l'impresa già ammessa al concordato in continuità non debba necessariamente ricorrere all'avvalimento, tantomeno "rinforzato", per partecipare ad una procedura di affidamento; iv) infine, il generico riferimento "ad impresa in concordato", di cui al successivo comma 5 relativo all'avvalimento "rinforzato", potrebbe anche riferirsi all'ipotesi in cui sia stato, a tutti gli effetti³⁹, introdotto il concordato con riserva⁴⁰.

giudice delegato a dover autorizzare la pregiudiziale - rispetto all'avvalimento - scelta del curatore di partecipare alla gara.

34 Ai sensi degli artt. 106 e 175, comma 1, lett. d, n. 2. Sul punto giova rammentare che la successione a titolo particolare nella posizione passiva del rapporto obbligatorio risulta possibile solo allorché sia stato previsto il patto di liberazione del debitore contestualmente all'avvenuta definitività del decreto di omologa (Cass. 30 novembre 2010, n. 24263, in www.ilcodicedeiconcordati.it). In dottrina cfr. G. Buccarella, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, Milano, 2016, 273.

35 O in attesa di ammissione, stante l'inciso di cui all'art. 80, comma 5 - "o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni" -.

36 D'altra parte l'art. 186 bis, comma 4, l.fall. ha ricevuto un'applicazione comunque sempre razionale, alla luce dei principi sanciti nella determinazione ANAC dell'8 aprile 2015 n. 5, prevedendo che l'istanza concordataria con riserva debba presentare "chiari ed inconfutabili effetti prenotativi del concordato. Ciò, beninteso, nel rispetto della piena legittimità dell'azione amministrativa in ordine alla persistenza della titolarità dei requisiti di qualificazione nonché alla partecipazione delle imprese alle gare di appalto pubblico". D'altro canto si è ritenuto che comunque l'autorizzazione giudiziale ex art. 186 bis, comma 4, l.fall. possa sorreggere la partecipazione alla gara solo sino all'aggiudicazione provvisoria essendo poi necessari, per l'aggiudicazione definitiva e perfezionamento del contratto, oltre che l'ammissione al concordato, il rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 186 bis, comma 5, l.fall. (v. L. Sadile, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, cit., 15; in senso conforme, M. Attanasio, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, cit.; in senso sostanzialmente anticipatorio della disposizione normativa *de qua* cfr. Cons. Stato 27 dicembre 2013, n. 6272, in *D&G*, 2014).

37 In difetto di perspicue previsioni legislative al riguardo, se risultava abbastanza pacifico che la presentazione anche della sola domanda "in bianco" (purché dichiarata come finalizzata alla predisposizione di un piano in continuità) consentisse gli effetti "salvifici" del contratto pubblico di cui all'*incipit* dell'art. 186 bis, comma 3, l.fall., appariva comunque dubbio che la prosecuzione di tale contratto fosse autorizzabile ex art. 161, comma 7, l.fall. ove anche invocata con il supporto della speciale attestazione di cui al citato comma 3. Infatti, pur nell'infelice lettera della legge, si riteneva assurgesse comunque a presupposto indefettibile l'avvenuta ammissione. I dubbi, anziché diminuire, si sono poi accentuati allorché, con la nuova previsione del comma 4 dell'art. 186 bis l.fall., il riferimento al concordato con riserva è stato effettuato solo rispetto all'ipotesi di partecipazione a nuove procedure di affidamento (cfr. F. S. Filocamo, sub 186-bis, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, Padova, 2014, 2712).

38 Come anche la previsione dell'art. 218, D.Lgs. n. 50/2016 avrebbe quantomeno indotto a fare. L'art. 218 testualmente recita: "Ogni intervento normativo incidente sul presente codice o sulle materie dallo stesso disciplinate è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute".

39 Ex artt. 168, 169, 173, 184, 69 bis, comma 2 e 236 l.fall.: d'altra parte è molto più verosimile che, solo avendo a disposizione i maggiori tempi consentiti dal concordato con riserva, risulti poi possibile conoscere, prima della redazione del piano finale da porre a base della proposta, l'esito della procedura di affidamento, quantomeno rispetto alla relativa fase di aggiudicazione ex art. 32, comma 4 e 5.

40 Cfr. in tema la recente Cass. 14 marzo 2016, n. 4977, in www.ilcodicedeiconcordati.it.

In ogni caso si deve accogliere con favore il chiarimento intervenuto rispetto alle fattispecie di cui all'art. 186 *bis*, commi 3 e 5, l.fall.⁴¹: risulta così determinante in ambedue i casi l'abbrivio dell'intervento giudiziale⁴² (l'autorizzazione *ad hoc* da parte del giudice delegato che non potrebbe così essere rilasciata in sede di decreto ammissivo del tribunale)⁴³, nonché amministrativo⁴⁴, per oliare gli ingranaggi del contratto pubblico, arrugginiti dalla procedura concorsuale; mentre ancora perplime, soprattutto di fronte al nuovo ruolo⁴⁵ assegnato a detto ente, l'omesso richiamo alle attestazioni "speciali"⁴⁶, tanto da ipostatizzare l'idea che le due disposizioni convivano forzatamente nel medesimo stabile ma in piani diversi.

Anche l'oramai agonizzante⁴⁷ concordato con cessione di beni viene rivitalizzato dal D.Lgs. n. 50/2016 in caso di contratti pubblici già stipulati ma ancora da eseguire.

La scelta, seppur, per taluni aspetti, encomiabile, pone seri problemi operativi⁴⁸, ove invocata dal debitore come alternativa alla soluzione⁴⁹ della cessione *ex art.* 106 ovvero art. 175. Anche le implicazioni giuridiche sono significative poiché, oltre il "parere" dell'ANAC⁵⁰, pare indubbio che, proprio per permettere al giudice delegato di disporre di ogni indispensabile dato, tanto il piano quanto l'attestazione *ex art.* 161, commi 2 e 3, l.fall. devono essere strutturati "aziendalmente", alla stessa stregua degli omologhi atti *ex art.* 186 *bis*, comma 2, l.fall.⁵¹, anche in considerazione del fatto che, in ogni tipologia di concordato, il miglior soddisfacimento dei creditori è divenuto il vitale *leitmotiv*⁵².

Segue - Il particolare regime delle cessioni "concorsuali" dei contratti pubblici

La nuova normativa ha coniato una disciplina *ad hoc* per le cessioni dei contratti pubblici precisando *ex art.* 106, comma 1, lett. d), n. 2 che "*all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o per contratto, anche⁵³ a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia*

41 Norma mai direttamente citata nel corpo del D.Lgs. n. 50/2016.

42 L'estemporaneo riferimento al giudice delegato, contenuto nell'art. 110, comma 4, anche rispetto al concordato con riserva, deve coordinarsi necessariamente con l'art. 163, comma 2, n. 1, l.fall., che prevede solo ad ammissione avvenuta l'esistenza dell'organo monocratico.

43 Con le intuitive ricadute positive in punto di immediata impugnabilità *ex art.* 164 l.fall. del provvedimento del giudice delegato (verosimilmente sempre inquadrabile *ex art.* 167, comma 2, l.fall.); anche ad opera di un creditore che dimostri un interesse giuridicamente rilevante, ovvero della stessa stazione appaltante, qualora si reputi che il provvedimento autorizzativo alla prosecuzione del contratto di appalto risulti direttamente opponibile al contraente pubblico *in bonis*.

44 L'intervento dell'ANAC in sede di concordato con riserva incide anche sulla disciplina autorizzativa dell'art. 161, comma 7, l.fall.

45 *Pro* interesse pubblico della stazione appaltante o concedente.

46 *Pro* impresa in crisi e relativi creditori, *ex art.* 186 *bis*, commi 3 e 5, l.fall., volta pur sempre a certificare che il contratto pubblico, oltre a risultare ragionevolmente eseguibile, sia conforme al piano e quindi in quanto tale atto a perseguire il migliore soddisfacimento dei creditori.

47 Infatti, appena l'11 marzo scorso è stato sempre lo stesso governo a licenziare il Disegno di legge per delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, che all'art. 6, lett. a) prevede proprio l'eliminazione di tale tipologia di concordato. Ovviamente volendo considerare ricompreso necessariamente nel concordato liquidatorio ogni tipo di concordato con cessione dei beni, come non pare, per la verità, sostenibile; v. sul tema le lucide considerazioni di M. Fabiani, *La programmazione della liquidazione del concordato preventivo da parte del debitore e la natura delle vendite concordatarie*, in questa *Rivista*, 2012, 908.

48 In quanto è notorio come l'esecuzione di un contratto d'appalto spesso impegni, in esercizio, l'intera struttura aziendale o comunque un relativo ramo.

49 Senz'altro più semplice e forse più remunerativa, pur con l'articolata competitività di cui agli artt. 163 *bis* l.fall., e 182, comma 5, l.fall.

50 Generalmente da conseguirsi in sede di autorizzazione *ex art.* 167, comma 2, l.fall. visto il richiamo al giudice delegato, ma nulla impedisce che avvenga ad omologa avvenuta e quindi secondo la disciplina, integrata appunto dal predetto parere, di cui all'art. 182, comma 1, l.fall.

51 Sostanzialmente, negli stessi termini, cfr. M. Attanasio, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, cit.

52 V. Cass. 19 febbraio 2016, n. 3224, in www.ilcodicedeconcordati.it.

53 Quantunque la norma *de qua* sia stata estrapolata in modo letterale dall'art. 72, comma 1, lett. d-ii), dir. 2014/14/UE, il legislatore domestico ha aggiunto un "*anche*" che, oltre a confermare la facoltà di autonoma cessione del contratto, rischia di legittimare la cessione del contratto d'appalto pubblico in qualunque scenario, creando tra l'altro un'evidente aporia con la disposizione dell'art. 105, comma 1, secondo la quale "*il contratto non può essere ceduto a pena di nullità*". In termini simili, A. M. Perrino, *Codice dei contratti e degli appalti pubblici e concordato preventivo con continuità aziendale: tra distonie, incongruenze e rischio di cortocircuito*, cit.

finalizzato ad eludere l'applicazione” del codice degli appalti (analogamente in tema di concessioni si esprime l’art. 175, con la sola precisazione che il subentro contrattuale richiede “*l’autorizzazione del concedente*”)⁵⁴.

Nella norma trovano così equiparazione normativa una policromia di operazioni straordinarie eterogenee, corporative e negoziali⁵⁵, che, oltre ad avere finalità differenti, non sempre conducono ad un mutamento soggettivo del contraente: la fusione, come noto, comporta un fenomeno evolutivo e modificativo interno; di contro, nelle altre ipotesi contemplate, caratterizzate da una consustanziale vocazione traslativa, si assiste ad un fenomeno successorio esterno, con il subentro d’un nuovo soggetto giuridico⁵⁶ nel contratto pubblico anche in caso di insolvenza.

Indubbiamente una tale scelta legislativa mira a creare un sensato equilibrio tra le esigenze della stazione appaltante, appagate nella prosecuzione del rapporto da un operatore in possesso dei requisiti di legge ed economici, e quelle dell’impresa in crisi (e dei relativi creditori) compensate dall’equo corrispettivo ricavabile (anche) da una autonoma cessione competitiva⁵⁷ del contratto pubblico, non consentita sotto la vigenza della precedente normativa concorsuale, salvo che in caso di cessione o conferimento aziendale⁵⁸. D’altra parte trattasi di una cessione del contratto a carattere eccezionale, anche ai sensi dell’attuale disciplina “sanzionatoria”⁵⁹ di cui agli artt. 105, comma 1 e 108, comma 1, lett. a)⁶⁰, impartita per le differenti e vietate cessioni contrattuali⁶¹.

Peraltro, grazie ad una provvidenziale cessione del contratto pubblico, potrà anche evitarsi il rischio di una risoluzione per inadempimento contrattuale, non altrimenti scongiurabile *ex art. 186 bis*, comma 3, l.fall., atteso che essa non consegue come diretto effetto dell’apertura della procedura⁶²: la suddetta cessione non dovrà neppure soggiacere ad alcun (previo) visto o (mancata) opposizione da parte del contraente pubblico, a differenza di quanto avveniva in passato sotto la vigenza dell’antecedente art. 116, che ne consentiva la *traslatio* solo unitamente ed a seguito di “*cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione o scissione relativi ai soggetti esecutori di contratti pubblici*”⁶³.

Segue - Il recepimento delle Direttive UE

Per ragioni di completezza, infine, si evidenzia una possibile incoerenza con le direttive comunitarie di riferimento: in particolare, nell’ipotesi di sostituzione ad opera della stazione appaltante dell’affidatario

54 Invero l’art. 43, comma 1, lett. d-ii), dir. 2014/23/UE, allo scopo di non rischiare di incidere sull’imparzialità e trasparenza della P.A., e comunque sulla concorrenza, non impone, a differenza dell’art. 175 nostrano, la necessità di autorizzazione del concedente, ritenendo sufficiente, come in caso di contratto appalto (art. 72, comma 1, lett. d-ii), che: i) il soggetto posseda i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, ii) che non vi siano altre modifiche sostanziali al contratto e iii) che la cessione non abbia finalità elusive della normativa pubblica di settore.

55 Per una panoramica ad ampio respiro delle operazioni straordinarie nell’ambito fallimentare, cfr. P. Bastia-R. Brogi, *Operazioni societarie straordinarie e crisi d’impresa*, 10 ss., Insolvency-Osservatorio sulle crisi di impresa, Milano.

56 Per quanto attiene il concordato con continuità indiretta, con perfezionamento dell’affitto d’azienda prima dell’ingresso nella procedura concordataria (ricoducibile nell’ambito della “*rilevazione*”) e con conseguente subentro nel rapporto d’appalto, si pone anche la problematica di coordinamento con l’istituto delle offerte concorrenti, che potrebbe paradossalmente condurre ad una plurima e temporalmente circoscritta successione nel rapporto di appalto (o di subappalto), laddove il “*soggetto individuato*” all’esito della gara indetta ai sensi dell’art. 163 *bis* l.fall. non risulti aggiudicatario dell’azienda.

57 Con tutti i vantaggi ma anche le problematiche poste dal nuovo regime delle offerte *ex art. 163 bis* l.fall. vista la concorrente disciplina di cui all’art. 182, comma 5, l.fall. Cfr. A. La Malfa, *Le offerte concorrenti*, in *www.osservatorio-oci.org*, 2016.

58 Tra l’altro, conseguendo la cessione del contratto pubblico ad una procedura pur sempre competitiva, sia essa *ex art. 163 bis* o 182, comma 5, l.fall., in caso di concordato, ovvero *ex art. 107* l.fall. nel fallimento, sarà sempre possibile conseguire la purgazione di eventuali vincoli affittivi, che l’art. 186 *bis*, comma 3, l.fall. sembra(va) limitare alle sole ipotesi di cessione o conferimento aziendale.

59 Mentre sotto la vigenza del precedente codice degli appalti l’autonoma cessione contrattuale non poteva avvenire in alcun caso visto il perentorio divieto di cui all’art. 118, comma 1 e la disciplina di cui all’art. 116, che ne consentiva il trasferimento *ex art. 2558* c.c. solo unitamente ed a seguito di “*cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione o scissione relativi ai soggetti esecutori di contratti pubblici*” e secondo la peculiare procedura ivi prevista.

60 Art. 108, comma 1, lett. a), da leggersi in combinato disposto con l’art. 106, comma 4, lett. d).

61 Cfr. in tema A. M. Perrino, *Codice dei contratti e degli appalti pubblici e concordato preventivo con continuità aziendale: tra distonie, incongruenze e rischio di cortocircuito*, cit.

62 Che avviene, a sensi dell’art. 169 l.fall., con il deposito del ricorso *ex art. 161*, comma 6, l.fall. (o della domanda piena e sino al decreto di ammissione). Sulla problematica, v. *supra* sub nt. 21.

63 Ricordando inoltre che in sede di procedure concorsuali l’art. 116 consentiva il trasferimento o l’affitto d’azienda unicamente a favore di particolari cooperative di soci lavoratori, platea che si è poi estesa, “*in presenza dei requisiti di legge*” (cioè quelli di cui all’art. 116, ndr), a qualunque soggetto acquirente o conferitario aziendale nel caso di concordato in continuità *ex art. 186 bis*, comma 3, l.fall.

insolvente, pare che le sovraordinate norme comunitarie⁶⁴ tendano a privilegiare comunque la promozione di una nuova gara⁶⁵, salvo che la situazione di *impasse* provocata dall'insolvenza risulti (appunto) obliterata dall'ingresso del nuovo contraente cessionario del rapporto.

Sempre sotto il profilo comparato, vale la pena rimarcare che le specifiche direttive comunitarie⁶⁶ omettono qualsivoglia tracciato di indirizzo in merito al mantenimento del rapporto con l'imprenditore in concordato o con il curatore in caso di fallimento con esercizio provvisorio in corso, mentre - come accennato - si premurano di regolamentare la partecipazione a future gare da parte dell'impresa in crisi⁶⁷ nonché la cessione in caso di contratti in corso⁶⁸ (forse così lasciando sottendere la volontà di non ritenere compatibile con l'interesse pubblico ad una regolare e tempestiva esecuzione del contratto la relativa esecuzione da parte dell'imprenditore divenuto insolvente).

Peraltro, le modalità indicate in sede comunitaria risulterebbero comunque di garanzia anche per l'impresa insolvente e relativi creditori, in quanto, in difetto di cessione del contratto in corso e, quindi, di apertura di una nuova procedura di affidamento, l'appaltatore avrebbe sempre la possibilità di partecipare alla futura gara ove ritenga di possederne i requisiti⁶⁹.

I "contratti" di avvalimento

Quantunque il nuovo art. 110, comma 5 non abbia introdotto una figura negoziale sostanzialmente difforme dall'avvalimento rinforzato, il reclutamento dell'ANAC impone una breve disamina dell'istituto, vista anche l'integrale sostituzione del precedente art. 49 con il nuovo art. 89⁷⁰.

Come noto, l'avvalimento prescritto per l'ambito concorsuale è un istituto sensibilmente diverso da quello ordinario perché il primo, a differenza del secondo, è obbligatorio per l'impresa in crisi ove questa aspiri a partecipare alla gara d'appalto⁷¹.

Inoltre, solo nel primo caso è previsto il subentro da parte dell'ausiliario nel contratto pubblico, mentre, in quello facoltativo, il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa affidataria, che, ferma la responsabilità in solido nei confronti della stazione appaltante, potrà solo assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. Ovviamente la possibilità di subentro consente nel caso di avvalimento c.d. rinforzato di evitare il rischio di aggravamento del danno, tanto per la stazione appaltante che per l'ausiliario, il quale, a prescindere dagli eventuali diritti di regresso nei confronti dell'impresa ausiliata, avrà infatti tutto l'interesse a controllare lo snodarsi del rapporto e a subentrarvi il prima possibile, proprio per evitare il maturare di ulteriori penali per il ritardo.

Sotto il profilo teleologico, viene correttamente equiparato all'istituto della "supplenza"⁷², seppur con specifico riguardo alle sole fattispecie ostative all'esecuzione dell'appalto emerse successivamente al perfezionamento del contratto, fra le quali il fallimento⁷³.

L'art. 110, comma 5 non richiama l'applicazione della norma sull'avvalimento facoltativo, ma è indubbio che i requisiti ulteriori previsti in via cogente dall'art. 89 per l'ausiliario debbano essere

64 Art. 72, comma 4, lett. d) e comma 5, dir. 2014/24/UE e art. 43, comma 4, lett. d) e comma 5, dir. 2014/23/UE.

65 Procedimento comunque preferibile se si pensi che i concorrenti della gara precedente potrebbero non essere più idonei, anche solo per il tempo trascorso.

66 Significativa al riguardo è la "tabella di concordanza" redatta dal MIT in G.U., 19 aprile 2016, serie gen. n. 91, suppl. 11, 715-719, che, rispetto all'art. 110, non evidenzia alcun "principio di direttiva attuato".

67 Nell'art. 57, comma 4, lett. i), dir. 2014/24/UE per gli appalti e art. 38, comma 7, lett. b), dir. 2014/23/UE per le concessioni.

68 Art. 72, comma 1, lett. d-ii), dir. 2014/24/UE e art. 43, comma 1, lett. d-ii), dir. 2014/23/UE.

69 Atteso che "un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 (n.d.r. il comma 4, lett. b riguarda appunto l'appaltatore insolvente) può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto" (art. 57, comma 6, 2014/24/UE; negli stessi termini, la dir. 2014/23/UE art. 38, comma 9). Trattasi comunque solo di prime riflessioni su una normativa davvero articolata e complessa e pertanto, visto anche il delicato tema delle conseguenze derivanti per lo Stato da direttive non correttamente attuate, un meditato approfondimento è senz'altro d'uopo. Per un'ampia ed interessante panoramica sulla tematica v. R. Mastroianni, *Direttive [dir. UE]*, in www.treccani.it.

70 Sulla natura di contratto atipico dell'avvalimento, v. Cons. Stato 17 dicembre 2015, n. 5703, in *Redazione Foro amministrativo* 2016, 12.

71 Cfr. M. Attanasio, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, cit.

72 V. art. 9 Capitolato generale D.M. 28 maggio 1895. L'abrogazione dell'istituto della supplenza è avvenuto con il d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063.

73 Il richiamo alla fattispecie della supplenza è da attribuire a L. Sadile, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, cit., 9.

posseduti anche (ed, anzi, a maggior ragione), da quello prescelto per l'avvalimento rinforzato⁷⁴. Il legislatore comunitario ha disciplinato il solo avvalimento facoltativo all'art. 63, dir. 2014/24/UE, probabilmente ritenendo, quale principio guida, che ogni operatore economico, anche in situazione di insolvenza, possa sempre “fornire prova del fatto che le misure adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione”⁷⁵.

Di certo l'interesse pubblico ad una corretta esecuzione dell'appalto prevale rispetto a quello dell'impresa a partecipare ad una gara e, pertanto, rimane da chiedersi come mai il legislatore non abbia previsto una qualche forma di avvalimento rinforzato anche rispetto ai contratti già stipulati⁷⁶.

Il DURC e il subappalto nelle procedure concorsuali

Se il subappalto ha beneficiato d'una dedicata disciplina⁷⁷, il DURC è stato, per l'ennesima volta, colpevolmente trascurato, rimanendo così ancorato a decreti ministeriali⁷⁸ e, a dir poco, opinabili editti, recepiti in una serie di circolari amministrative⁷⁹, che sono la cartina di tornasole della immanente burocratizzazione ed entropia del sistema.

Come noto, all'esito d'un articolato percorso ermeneutico, nella prassi, è stato finalmente recepito l'indirizzo giurisprudenziale di merito⁸⁰ che, facendo leva su ineludibili (quanto, per la verità, ovvi) principi fallimentari⁸¹, afferma il diritto⁸² al rilascio del certificato di regolarità contributiva per le imprese ammesse al concordato preventivo (ed al concordato con riserva), ai sensi dell'art. 186 *bis* l.fall.⁸³.

Il divieto di pagamento dei debiti contratti prima dell'apertura del concorso⁸⁴ rientra, infatti, nelle ipotesi di sospensione *ex lege* sussumibili nell'art. 3, comma 2, lett. b)⁸⁵ (già art. 5, comma 2, lett. b del D.M. 24 ottobre 2007) del D.M. 30 gennaio 2015, e il successivo art. 5 del medesimo decreto, prevede, comunque e specificamente, l'automatica regolarità contributiva per l'impresa ammessa al concordato con continuità o nell'ipotesi di esercizio provvisorio⁸⁶, purché venga rispettivamente previsto l'integrale

74 Come ad esempio l'impossibilità che possano avvalersi della stessa impresa ausiliaria più concorrenti ovvero che in gara partecipino tanto l'impresa in crisi che l'impresa prescelta in ausilio - v. art. 89, comma 7.

75 Anche perché, la prescrizione di un requisito così invasivo potrebbe portare l'imprenditore concorrente - come è stato acutamente osservato - a determinarsi in modo meno “altruista”, guardando “con maggior interesse, in questi casi, ai diversi strumenti di cui agli artt. 67 e 182-*bis*” (S. Ambrosini, *La sorte dei contratti in corso di esecuzione*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli, vol. IV, Torino, 2014, 126). V. art. 57, comma 6, dir. 2014/24/UE.

76 Per la verità, un timido appiglio potrebbe annidarsi nel duplice *incipit* dei commi 17 e 18 dell'art. 48 allorché, nell'ipotesi di contratti in corso relativi a raggruppamenti temporanei di impresa, fa “salvo quanto previsto dall'art. 110 comma 5”.

77 L'art. 105, in attuazione dell'art. 71, dir. 2014/24/UE, sostituisce, a tutti gli effetti, l'art. 118, D.Lgs. n. 163/2006, disciplinando in maniera capillare il contratto di subappalto nonché gli interessi, le posizioni ed i diritti ad esso intimamente correlati.

78 D.M. 30 gennaio 2015 in G.U. n. 125/2015 che ha sostituito l'abrogato D.M. 24 ottobre 2007, in G.U. 279/2007; D.M. 13 marzo 2013, in G.U. 165/2013.

79 Che indirizzano l'Amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni, cfr. Ministero del Lavoro 14 giugno 2010; Ministero del Lavoro, risposta ad interpello 41/2012 del 21 dicembre 2012; Casse Edili n. 508 del 17 gennaio 2013; Ministero del Lavoro 4 marzo 2013; Casse Edili n. 514 del 18 marzo 2013; Inps n. 4925 del 21 marzo 2013; Ministero del Lavoro 21 aprile 2015.

80 In sede fallimentare, i provvedimenti si limitano *ex professo* a vietare il pagamento dei crediti concorsuali *ex artt.* 2753 e 2754 c.c. e a decretare il nulla osta al rilascio del DURC: cfr. Trib. Pavia 20 dicembre 2014, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Roma 5 dicembre 2014, in www.osservatorio-oci.org; Trib. Savona 24 settembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Cosenza 19 dicembre 2012, in www.ilcaso.it. Anche in sede giuslavoristica, sono stati emessi provvedimenti cautelari a mezzo dei quali è stato imposto agli enti il rilascio del DURC, cfr. Trib. Firenze 21 dicembre 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Treviso 15 febbraio 2016, in www.fallimentiesocietà.it.

81 Il rispetto delle prelazioni concorrenti, gli effetti del deposito/pubblicazione del concordato e della sua omologa, il divieto di pagamenti di creditori anteriori, principi ricavabili dagli imperativi dettati dagli artt. 55, 160, 167, 168, 184 l.fall. nonché 2740 e 2741 c.c.

82 V. Cons. Stato, ord. 21 ottobre 2015, n. 4799, in www.ildirittoamministrativo.it, con cui viene rimessa all'adunanza plenaria la controversa giurisdizione in materia di DURC, anche in relazione al coinvolgimento di posizioni di diritto soggettivo afferenti il sottostante rapporto lavorativo oppure di interessi legittimi pretensivi.

83 Anche se ancora oggi ci sono sedi provinciali di INPS ed INAIL che negano il rilascio del DURC nel caso di concordato con riserva per l'insussistenza del piano.

84 Ricavabile dal combinato disposto di cui agli artt. 167 e 168 l.fall.

85 Art. 3, comma 2, lett. b): “La regolarità sussiste comunque in caso di sospensione dei pagamenti in forza di disposizioni legislative”.

86 Cfr. sul punto Cons. Stato 30 novembre 2012, n. 6145.

pagamento o l'insinuazione al passivo del fallimento⁸⁷.

Quest'ultimo fossile ministeriale, recepito anche nel messaggio INPS n. 2835 del 24 aprile 2015⁸⁸, si pone, comunque, ancora in evidente antitesi al precetto di cui all'art. 160, comma 2, l.fall.⁸⁹, laddove mira ad imporre l'integrale pagamento dei contributi previdenziali ed accessori, nonché agli artt. 167⁹⁰/44 e 168/51 l.fall., ove esclude il rilascio del DURC nei concordati liquidatori e nel fallimento, poiché, anche in tali casi, sussiste un'ipotesi di "sospensione dei pagamenti a seguito di disposizione legislativa"⁹¹.

Peraltro, nel concordato con cessione di beni (così come nel fallimento), la società debitrice può riscuotere i crediti dalla Pubblica Amministrazione, atteso che non può trovare applicazione l'intervento sostitutivo⁹². Tant'è che con successiva nota del 21 luglio 2015⁹³, il Ministero del Lavoro ha ancora aggiustato il tiro, affermando "in via definitiva, l'obbligo di rilascio del DURC alle imprese che abbiano conseguito l'omologazione del concordato preventivo, anche laddove il relativo piano non contempli l'integrale soddisfazione dei crediti di INPS e INAIL muniti di privilegio"⁹⁴.

Un banale sillogismo conduce, quindi, agevolmente ad affermare che, nelle more della procedura concordataria (con *dies a quo* dalla pubblicazione del ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall.), gli Istituti dovranno sempre certificare la regolarità contributiva, purché ovviamente i consustanziali debiti, contratti successivamente in via prededuttiva, vengano onorati alla loro scadenza⁹⁵.

D'altronde, l'obbligo di rilascio del DURC ad un'impresa assoggettata a procedura concorsuale si ricava anche indirettamente dall'art. 80.

Per il concordato con continuità aziendale, la deroga all'esclusione è espressamente prevista, ragion per cui non potrebbe coesistere, per di più, nella stessa norma, un'irregolare attestazione contributiva con la legittimazione alla partecipazione ad affidamenti pubblici⁹⁶.

Per le altre ipotesi⁹⁷, il comma 4, prevede testualmente l'esclusione dell'operatore "se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono

87 Art. 5 testualmente recita: 1. 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 corso 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. 2. 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.

88 E ribadito con la circolare n. 19 dell'8 giugno 2015 del Ministero del Lavoro.

89 L'art. 160, comma 2, l.fall., richiamato espressamente dall'art. 186 bis, comma 2, lett. c), l.fall., esprime un principio generale precettivo, in quanto derivante da fonte primaria legislativa; cfr. Cass. 8 giugno 2012, n. 9373, in questa *Rivista*, 12/2012, 1409-1416, secondo cui "l'ordine di graduazione dei crediti muniti di cause di prelazione ha il suo fondamento nella legge e non è disponibile dalle parti".

90 Per Cass. 12 gennaio 2007, n. 578, in *Foro it.*, vol. 130, n. 9/2007, 2465-2472, secondo cui l'art. 168, nel porre il divieto di azioni esecutive da parte dei creditori, comporta implicitamente il divieto di pagamento di debiti anteriori, perché sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via di esecuzione forzata, possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento, essendo in entrambi i casi violato proprio il principio di parità di trattamento dei creditori.

91 Trib. Siracusa 2 ottobre 2013, in www.osservatorio-oci.org.

92 Nella prassi cfr. Circolare INAIL 21 marzo 2012, all'art. 5 ritiene la prevalenza della normativa fallimentare sull'intervento sostitutivo. Parere Prot. 4807 (IOP) del 29/11/2013, del Servizio affari istituzionali e locali, polizia locale e sicurezza della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia e INPS FVG del febbraio 2013 secondo cui "la liquidazione del credito maturato da un'impresa fallita nel corso dell'appalto deve essere disposto dall'Ente a favore del curatore fallimentare; sarà poi onere degli istituti previdenziali creditori insinuarsi nella procedura fallimentare ai fini della soddisfazione del loro credito come previsto dalla legge fallimentare"; in giurisprudenza, sulla prevalenza della normativa fallimentare, Trib. Bolzano 25 febbraio 2014, in www.ilcaso.it.

93 Recepita nella circolare INPS n. 5223 del 6 agosto 2015.

94 Ciò in forza dell'obbligatorietà ex art. 184 l.fall. sancita con il decreto di omologa.

95 Come, peraltro, previsto, oltretutto dagli artt. 161, comma 7, l.fall. e 167 l.fall., anche dall'art. 5, ultimo comma, D.M. 30 gennaio 2015.

96 Anche perché la verifica di regolarità contributiva è demandata esclusivamente agli istituti previdenziali, v. Cons. Stato 12 marzo 2015, n. 1321, in www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com; Ad. Plen. Cons. Stato 4 maggio 2012, n. 8, in www.giustizia-amministrativa.it.

97 Non solo quindi il concordato con continuità aziendale, ma anche, in forza della ulteriore deroga dell'ultimo capoverso dell'art. 80, comma 5, lett. b) - "fermo restando quanto previsto dall'art. 110" -, per l'impresa fallita nei cui confronti è stato disposto l'esercizio provvisorio, per cui vige il regime sospensivo dell'art. 5, D.M. 30 gennaio 2015, l'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o al concordato con riserva.

stabiliti”: le gravi violazioni di natura fiscale vengono identificate in “*quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all’importo di cui all’articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602*”⁹⁸, mentre quelle di natura previdenziale in “*quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all’articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015*”⁹⁹, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015”.

Tuttavia, le procedure concorsuali sono immuni dall’accertamento di dette gravi violazioni.

L’art. 48 *bis* d.P.R. n. 602/1973, infatti, non si applica alle procedure concorsuali, per espressa disposizione del Ministero dell’Economia e delle Finanze¹⁰⁰, che ha escluso l’operatività di detta norma dall’interrogazione telematica, quando il beneficiario del pagamento risulti sottoposto a procedura concorsuale, dovendo procedere, per il fallimento, ai sensi dell’art. 87, d.P.R. n. 602/1973, ovvero alla richiesta di ammissione al passivo e, per il concordato, ai sensi dell’art. 90, d.P.R. n. 602/1973, alla precisazione del credito ed inserimento nell’elenco dei creditori. Del resto, il suddetto divieto trova ulteriore conforto nell’intima correlazione che intercorre tra detta norma con la riscossione coattiva prevista dall’art. 72 *bis*, d.P.R. n. 602/1973, destinata giocoforza ad infrangersi contro gli effetti protettivi tipici dell’*automatic stay*.

Neppure rilevano le violazioni contenute nel succitato art. 8 del D.M. 30 gennaio 2015¹⁰¹, stante la pregiudiziale ipotesi di sospensione *ex lege*, disciplinata dall’art. 3 del medesimo decreto ministeriale, in relazione all’art. 168 l.fall.¹⁰².

Anche nei casi disciplinati dall’art. 110, quindi, il DURC dovrebbe essere rilasciato all’impresa assoggettata alla procedura concorsuale, proprio in forza ed all’integrarsi dell’inderogabile divieto, per il debitore (contribuente), di effettuare pagamenti spontanei per debiti pregressi, al di fuori del concorso: *ciò vale anche se creditore è l’Amministrazione dello Stato*, con la conseguenza che dal loro mancato pagamento non possono conseguire effetti di tipo sanzionatorio, ancorché previsti da norme di diritto pubblico¹⁰³.

In caso di inadempienza contributiva, l’art. 30 prevede oggi, al comma 5, l’obbligo della trattenuta dal certificato di pagamento di quanto dovrà essere direttamente versato agli enti previdenziali e assicurativi¹⁰⁴ e, al comma 6, introduce la possibilità per la stazione appaltante di pagare direttamente¹⁰⁵ le retribuzioni dovute al personale dipendente¹⁰⁶, in caso di reiterato inadempimento dell’affidatario (o del subappaltatore).

98 L’art. 48 *bis*, d.P.R. n. 602/1973 prevede che le pubbliche amministrazioni e le società a prevalenza pubblica, “prima di effettuare, a qualunque titolo, il pagamento di un importo superiore a diecimila euro, verificano, anche in via telematica, se il beneficiario è inadempiente all’obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo e, in caso affermativo, non procedono al pagamento e segnalano la circostanza all’agente della riscossione competente per territorio, ai fini dell’esercizio dell’attività di riscossione delle somme iscritte a ruolo”.

99 L’art. 8 del D.M. 30 gennaio 2015 richiama un allegato che, a sua volta, rinvia ad una serie di disposizioni, quali gli artt. 437, 589, 590 c.p.; art. 105, d.P.R. n. 320/1956; art. 22, D.Lgs. n. 286/1998; art. 3, D.L. 22 febbraio 2002 n.12; artt. 7-9, D.Lgs. n. 66/2003; D.Lgs. n. 81/2008.

100 Cfr. decreto MEF del 18 gennaio 2008, n. 40 e circolare MEF n. 22 del 29 luglio 2008.

101 V. cit. Cons. Stato n. 1321/2015; Cons. Stato 21 novembre 2014, n. 5731; Cons. Stato 17 maggio 2013, n. 2682 secondo cui la nozione di violazione grave non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l’aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacare il contenuto.

102 E art. 51 l.fall., oltre all’obbligatorietà ex 184 l.fall., per tutti i creditori concorsuali, del concordato omologato.

103 Trattasi d’un tipico esempio di sudditanza del diritto pubblico all’imperativo precetto degli artt. 167 e 168 l.fall. Così per Cass. 2 luglio 2008, n. 18078, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 7-8, 1078; ha stabilito che il debitore resta indenne dalle sanzioni inflittele in via amministrativa, nel momento in cui tiene una condotta legittima che gli impone di non pagare debiti pregressi di natura erariale; negli stessi termini Cass. 10 novembre 2006, n. 24071, in *www.dirittoegiustizia.it*; Commissione Tributaria di Milano 18 aprile 2016, in *www.fallimentiesocietà.it*.

104 Quale estrinsecazione del principio generale di cui all’art. 1676 c.c.

105 Così come avviene specularmente per il subappaltatore nell’art. 105, comma 13.

106 Sull’azione diretta nei confronti del committente, cfr. Cass. 14 gennaio 2016, n. 515, con nota M. Spadaro, *Fallimento dell’appaltatore e azione diretta degli ausiliari verso il committente ex art. 1676 c.c.*, in questa *Rivista*, V, 542 ss.; anche alle società private, con partecipazione pubblica, si applica il regime di solidarietà degli appalti previsto dall’art. 29, D.Lgs. n. 276/2003 (non previsto per gli appalti della pubblica amministrazione, in forza del D.L. n. 76/2013), a prescindere dal fatto che esse sia assoggettate al codice degli appalti, cfr. Cass. 24 maggio 2016, n. 10731, in *www.quotidianodiritto.ilssole24ore.com*.

La consegna del certificato di regolarità contributiva (al pari di ciò che si verificava per la fattura quietanzata nel caso del pagamento del subappaltatore ai sensi dell'abrogato art. 118, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006), diviene, quindi, condizione di esigibilità¹⁰⁷ del credito vantato dall'appaltatore nei confronti della stazione appaltante; lo stesso dicasi per la quietanza delle buste paga dei dipendenti, in difetto della quale, la stazione appaltante procede al loro pagamento diretto.

Così come avveniva, quindi, per i crediti del subappaltatore, solo con la quietanza è possibile affrancare il pagamento dei crediti retributivi e contributivi sorti in relazione ad un contratto pubblico di appalto o concessione, tanto che essi, nell'ipotetico fallimento dell'impresa affidataria, perseguendo il seppur opinabile *incipit* della Suprema Corte¹⁰⁸, potrebbero aspirare a beneficiare della prededuzione "funzionale", assistita, rispettivamente, dal privilegio *ex art. 2751 bis*, n. 1 e 2753/2778 c.c.¹⁰⁹.

La questione della prededuzione perde, invece, di contingente rilevanza per i crediti dei subappaltatori¹¹⁰, atteso che nell'art. 105, comma 13¹¹¹ (così come, per le concessioni, nello speculare art. 174, comma 7) è stata emendata la sospensione del pagamento da parte della stazione appaltante¹¹² e viene oggi previsto il "solo" pagamento diretto, quale efficace strumento di contrasto allo stallo del settore degli appalti pubblici¹¹³, specificamente *a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa; b) in caso di inadempimento dell'appaltatore o c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.*

In forza di detta delegazione "legislativa" di pagamento¹¹⁴, la stazione appaltante adempie l'obbligazione nei confronti dell'appaltatore, estinguendo il debito che questi ha a sua volta contratto con il subappaltatore, liberando il primo anche dalla responsabilità solidale per gli obblighi contributivi e retributivi¹¹⁵: tuttavia, in caso di soggezione dell'appaltatore (o del concessionario) al fallimento o di ammissione al concordato preventivo, i pagamenti dovranno avvenire alla stregua della graduazione, prevalendo in detti casi le cogenti norme concorsuali¹¹⁶.

107 Cfr. Cass. 5 marzo 2012, n. 3402 in *CED Cass. Civ.*, rv. 621934 ha stabilito che la sanzione della sospensione del pagamento prevista dall'art. 118, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006 costituisce una garanzia per le ragioni del subappaltatore, precludendo la riscossione del credito all'appaltatore e, per esso, al curatore fallimentare, che esercita un'azione rinvenuta nel patrimonio del soggetto sottoposto alla procedura. Il corollario di questa necessaria sovrapposizione tra le rispettive posizioni creditorie palesa l'interesse della massa a quel pagamento, utile e necessario per il conseguimento dello scopo della procedura, seppur in quel limitato ambito, tanto da giustificare la prededucibilità.

108 V., negli stessi termini Cass. 16 febbraio 2016, n. 3003, in *www.ilcodicedeiconcordati.it*; *contra*, con argomentazioni più aderenti alla disciplina concorsuale che facevano correttamente leva sul venir meno della pendenza del rapporto, in considerazione dello scioglimento del contratto pubblico nonché sul prioritario rispetto della *par condicio*, v. in condivisibile e consapevole controtendenza le argomentazioni di Trib. Bolzano 25 febbraio 2014, in questa *Rivista*, 2014, 1292 ss.; negli stessi identici termini v. Trib. Treviso 24 marzo 2016, in *www.fallimentiesocietà.it*; Trib. Monza 10 aprile 2015, in *lfallimentarista.it*; Trib. Milano 17 luglio 2014, in questa *Rivista*, 12/2014, 1289 ss.; Trib. Pavia 26 febbraio 2014 e Trib. Trento 10 maggio 2013, in *www.ilcaso.it*.

109 Ai sensi degli artt. 111, comma 2, l.fall. e 111 *bis*, comma 4, l.fall.

110 V. M. Attanasio, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, cit.

111 La cui gestazione ha origine, per le piccole e medie imprese, nell'art. 13, comma 2, lett. a), l. 11 novembre 2011, n. 180 e, per l'accordo negoziale, nell'art. 13, comma 10, D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con L. 21 febbraio 2014, n. 9.

112 Il comma 3 dell'art. 118, D.Lgs. n. 163/2006 che ha alimentato il dibattito giurisprudenziale tra suprema corte e tribunali di merito sulla prededuzione "funzionale"; v. nt. 100-101.

113 Che nel privilegiare il potere di autotutela della Pubblica Amministrazione alla realizzazione delle opere pubbliche contempera il diritto alla retribuzione per il personale dipendente (dell'esecutore e) del subappaltatore.

114 Per come definita, tra le altre, nella determinazione AVCP 26 marzo 2003, n. 8 e 28 aprile 2004, n. 7.

115 V. art. 105, comma 8.

116 V. per una coerente e condivisibile ricostruzione, M. Attanasio, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, cit.