

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

[Stampa](#)[Chiudi](#)

22 Feb 2019

Crisi d'impresa, anche con la riforma restano i dubbi su appalti e partecipazione alle gare

Luca Leone e Paola Conio

È stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 14 febbraio 2019 il nuovo "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" (D.Lgs. 14/2019) che manderà definitivamente in pensione la storica Legge Fallimentare; legge che, nonostante i molti rimaneggiamenti soprattutto degli ultimi anni, era in servizio sin dal 1942.

La nuova disciplina **entrerà in vigore** 18 mesi dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, quindi **il 15 agosto 2020**, data a partire dalla quale verranno altresì modificate ad opera dell'art. 372 del decreto, le disposizioni del Codice Contratti incise dalla riforma.

Solo una minima parte dei 391 articoli di cui si compone il decreto (15 in tutto) entrerà in vigore decorsi 30 giorni dalla pubblicazione del provvedimento sulla Gazzetta.

Il delicato equilibrio tra tutela dell'impresa in crisi e la tutela dell'interesse pubblico

La contrattualistica pubblica è un delicato terreno di confronto e di bilanciamento tra i principi ispiratori della riforma sulla crisi di impresa e l'interesse pubblico alla celerità, efficacia ed efficienza dei processi di realizzazione delle opere pubbliche e, più in generale, dell'approvvigionamento di servizi, forniture e lavori da parte della pubblica amministrazione.

Tutta la nuova disciplina in materia di Crisi d'Impresa è ispirata all'esigenza di non disperdere le capacità produttive, mantenere le componenti attive dell'impresa in difficoltà, salvaguardare i livelli occupazionali, valorizzando così la possibilità di garantire all'imprenditore quella "seconda chance" che il diritto fallimentare, con l'"effetto domino" che spesso si scatenava a partire dal momento di insorgenza della crisi e con lo stigma infamante evocato dallo stesso termine - "fallito" - difficilmente concedeva.

Se è evidente che, in ogni ambito economico, le aspettative dell'imprenditore in crisi di poter superare il momento di difficoltà non devono sacrificare eccessivamente gli interessi, altrettanto meritevoli, dei creditori, nel settore della contrattualistica pubblica il bilanciamento delle diverse posizioni appare ancora più delicato per l'intreccio inestricabile di interessi, tra loro a volte contrastanti - tutti trascendenti quelli particolari degli operatori economici considerati e tutti parimenti "pubblici" - di cui è portatore la stazione appaltante.

Per questa ragione, **già l'attuale quadro normativo** si era andato progressivamente adattando alla necessità di salvaguardare, a determinate condizioni, non solo la possibilità degli operatori economici colpiti dalla crisi di proseguire nell'esecuzione dei contratti pubblici in corso di svolgimento, ma anche di concorrere a nuove opportunità di affidamento, e ciò non solo e non tanto in considerazione del particolare interesse dell'imprenditore in crisi, ma anche e

soprattutto in considerazione dell'interesse economico generale alla salvaguardia delle potenzialità ancora esistenti nell'impresa in difficoltà.

Ciò, tuttavia, non sempre avviene nel rispetto di altri interessi – anch'essi direttamente o indirettamente pubblici – quali la tutela della concorrenza e della parità di trattamento, la necessità di evitare paralisi dei cantieri già avviati e distorsioni delle procedure in atto.

LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI

L'art. 372 del D.Lgs. 14/2019, in parte raccogliendo i suggerimenti del Consiglio di Stato (cfr. Parere n. 2854 del 12 dicembre 2018), ha dettato le modifiche che, a far data dal 15 agosto 2020, verranno apportate al Codice dei contratti pubblici per garantire il necessario coordinamento con la riforma.

Pur essendosi compiuti dei passi in avanti permangono, come meglio si vedrà in seguito, alcune zone d'ombra che la riforma non è riuscita a cancellare.

Le norme che vengono modificate sono, in particolare, l'art. 48, l'art. 80 e soprattutto il "famigerato" art. 110, interamente sostituito su impulso del Consiglio di Stato, ancorché con formulazione parzialmente differente da quella proposta da Palazzo Spada.

Per quanto concerne l'art. 48, le modifiche sono sostanzialmente di contenuto lessicale, dirette ad aggiornare la norma con le nuove terminologie utilizzate nel Codice della crisi d'impresa.

Le modifiche all'art. 80 (divieto di partecipare alle gare)

Con riferimento alla lett. b) del comma 5 dell'art. 80 – che delinea una delle ipotesi di esclusione dalla partecipazione alle gare - il Consiglio di Stato aveva suggerito (cfr. parere cit.), laddove si fa riferimento ai casi in cui nei riguardi di un operatore economico «sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni», di individuare precisamente uno dei momenti indicati dalla nuova disciplina degli istituti ivi richiamati, in particolare per quanto si riferiva, secondo il Consiglio di Stato, al solo concordato liquidatorio atteso che l'art. 80, per quanto concerneva il concordato con continuità, già faceva riferimento espresso all'art. 110.

La norma, nella formulazione in vigore dal 15 agosto 2020, prevedrà la sanzione espulsiva qualora «*b) l'operatore economico sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 e dall'articolo 110*».

L'art. 95 citato, che contiene le disposizioni speciali per i contratti con la pubblica amministrazione, nei primi due commi, tratta della continuazione dei contratti in corso, mentre, nel comma 3, fa riferimento alla possibilità dopo «il deposito della domanda di cui all'art. 40» di partecipare alle gare, su autorizzazione del Tribunale e, dopo decreto di apertura, su autorizzazione del giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato. Ai sensi del comma 4, la predetta autorizzazione consente la partecipazione alla gara «previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto».

A questo riguardo, **occorre sottolineare alcuni elementi di incertezza**. Innanzitutto, atteso che la riforma della crisi di impresa ha optato per l'unicità di procedimento, l'art. 40 contempla l'avvio di una qualsiasi delle procedure previste dal D.lgs. 14/2019. Inoltre, il riferimento alla conformità al piano «ove predisposto» potrebbe essere interpretata nel senso che sia possibile la partecipazione alla gara anche se non vi sia alcun piano, ovvero si versi in un'ipotesi di «concordato in bianco», presumibilmente oggi riconducibile alla previsione dell'art. 44 comma 1 lett. a) del codice della crisi di impresa, che consente al Tribunale di fissare un termine di norma

tra i 30 e i 60 giorni, prorogabile su motivata istanza del debitore, per il deposito della proposta di concordato.

Sempre il citato art. 95, all'ultimo comma, stabilisce che «l'impresa in concordato» possa 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.

Si rammenta che, secondo l'art. 84 del dlgs 14/2019 il concordato può essere liquidatorio o con continuità aziendale, sia diretta (lo stesso imprenditore prosegue le attività dell'azienda) che indiretta (mediante un soggetto diverso dall'imprenditore).

Alla luce di tutto quanto precede, non sembrerebbe, quindi, che il mero riferimento all'art. 95 inserito nella disposizione della lett. b) del comma 5 dell'art. 80 abbia – come auspicato dal Consiglio di Stato – fatto completa chiarezza sull'operatività della causa di esclusione e sui limiti della partecipazione alle gare degli imprenditori in crisi.

Le modifiche all'art. 110

Per quanto concerne l'art. 110, le modifiche sono state profonde. Come si rammenterà, la formulazione attuale della norma ha dato adito a notevoli incertezze, tanto che le stesse linee guida che Anac avrebbe dovuto adottare in attuazione della disposizione non hanno ancora visto la luce e sono state oggetto di un travagliato iter di consultazione.

La formulazione che entrerà in vigore il 15 agosto 2020, innanzitutto – recependo anche in questo caso un suggerimento del Consiglio di Stato – precisa al comma primo che l'ipotesi della prosecuzione in caso di liquidazione giudiziale, di liquidazione coatta e concordato preventivo, dei contratti già stipulati dalla pubblica amministrazione non è meramente residuale e relegata al caso in cui non sia possibile procedere allo scorrimento della graduatoria per indisponibilità dei concorrenti.

Dal comma terzo viene eliminata la previsione della partecipazione alle gare da parte del curatore della procedura di liquidazione giudiziale autorizzato all'esercizio dell'impresa, restando solo il riferimento alla possibilità per il curatore di proseguire nella fase esecutiva.

Il comma quarto prevede l'applicazione alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 40 del codice della crisi di impresa l'applicazione dell'art. 95 del medesimo codice, di cui si è già detto al precedente paragrafo.

Sempre il comma quarto stabilisce che per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al citato art. 40 ed il momento del deposito del decreto previsto dall'articolo 47 del codice della crisi di impresa (articolo che si riferisce solo all'ipotesi del concordato) è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto. Non si precisa, tuttavia, se si tratti di quel particolare tipo di «avvalimento rinforzato» descritto al successivo comma 6 o di un avvalimento ordinario, benché appaia più verosimile la prima ipotesi.

Il comma 5 precisa che l'impresa ammessa al concordato preventivo non necessita, invece, di avvalimento di requisiti di altro soggetto.

Il comma 6 prevede che l'Anac possa subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità del c.d. "avvalimento rinforzato", che implichi cioè anche l'impegno a subentrare nell'esecuzione del contratto ove l'impresa in concordato non sia più in grado di darvi regolare esecuzione, nonché nel caso di mancanza dei requisiti aggiuntivi che Anac stessa dovrà determinare con apposite linee guida.

Rispetto alla formulazione attuale del comma 5 scompaiono sia l'inciso «sentito il giudice delegato», che aveva sollevato molte perplessità e dubbi interpretativi, che il riferimento alle irregolarità nei pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi.

Indubbiamente le modifiche apportate rendono più chiare e applicabili le disposizioni dell'articolo.

Conclusioni

Il nuovo codice della crisi di impresa entrerà in vigore, per la quasi totalità delle disposizioni, il 15 agosto 2020. Vi sono, quindi, 18 mesi per approfondire le riflessioni sugli impatti che la nuova regolamentazione determinerà, in particolare, sull'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici

Data l'importanza degli interessi in gioco, una più circostanziata meditazione andrebbe forse condotta sull'opportunità di superare definitivamente le incertezze cui si è fatto cenno, in particolare in relazione alla tematica del c.d. concordato in bianco.

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved