

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

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

26 Apr 2019

Speciale Sblocca-cantieri, dall'esercizio provvisorio ai concordati: tutte le novità sulle crisi d'impresa

Luca Leone e Paola Conio

Le disposizioni anticipatorie del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza

Nel decreto "Sblocca cantieri" vengono anticipate alcune norme della riforma organica delle procedure di gestione delle situazioni di crisi e d'insolvenza, adottata con D.Lgs. 14/2019 del 14 febbraio 2019.

Le modifiche apportate da quest'ultimo provvedimento al Codice dei Contratti pubblici, necessarie per chiarire le disposizioni dello stesso e coordinarle con la nuova Legge sulla crisi di impresa, sarebbero difatti entrate in vigore soltanto 18 mesi dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, quindi il 15 agosto 2020.

Lo sblocca cantieri, quindi, intervenendo sull'art. 110 del Codice contratti e sull'art. 104 e 186-bis della Legge Fallimentare consente di applicare anticipatamente le disposizioni correttive. Le nuove norme introdotte dal decreto pubblicato il 19 aprile in Gazzetta ufficiale verranno, poi, automaticamente sostituite da quelle del Codice della crisi di impresa e d'insolvenza al momento dell'entrata in vigore di quest'ultimo provvedimento.

Le imprese fallite in regime di esercizio provvisorio

Con l'anticipazione delle disposizioni del D.Lgs 14/2019 viene fortemente ridimensionata la possibilità delle imprese in stato di fallimento, il cui curatore sia stato autorizzato all'esercizio provvisorio, di continuare ad operare nel settore dei contratti pubblici.

Difatti, se da un lato viene confermata la possibilità – ove evidentemente la stessa risulti funzionale a garantire gli obiettivi della procedura liquidatoria – che il curatore autorizzato all'esercizio provvisorio continui, con l'autorizzazione del giudice delegato, ad eseguire i contratti pubblici che l'impresa fallita aveva già stipulato prima del fallimento, viene cancellata la possibilità, fortemente criticata, di consentire al curatore anche la partecipazione a nuove procedure di gara.

Le imprese che hanno presentato domanda di concordato "in bianco"

L'attuale formulazione dell'art. 110 del Codice Contratti prevede che l'impresa che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero il c.d. concordato prenotativo, con riserva o "in bianco", possa eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato.

Per quanto, invece, concerne l'ipotesi di partecipazione alla gara, in assenza di disposizioni coordinate, chiare e puntuali, gli orientamenti giurisprudenziali avevano fatto registrare posizioni non univoche.

Ad esempio, il Tribunale di Roma (Decr., 20/10/2017) aveva ritenuto che l'autorizzazione a

partecipare a procedure di affidamento di appalti pubblici, ai sensi dell'art. 186 bis, comma 4, l. fall., non potesse essere concessa all'impresa che abbia proposto la sola domanda di concordato preventivo con ricorso cd. in bianco, trovando applicazione, l'anzidetta disposizione, nel caso di deposito di domanda di concordato corredata da proposta, piano e documentazione di rito e nel periodo intercorrente tra il deposito medesimo e la ammissione alla procedura della proponente. Di contro, il Tribunale di Bolzano (09/01/2018), aveva affermato che qualora il ricorso in bianco fosse accompagnato da un'adeguata disclosure sulle linee guida del piano sarebbe stata possibile la partecipazione a nuove procedure di affidamento, previa autorizzazione del Tribunale, acquisito il parere favorevole del Commissario giudiziale se nominato sulla convenienza per il ceto creditorio della partecipazione alla procedura pubblica. Il TAR Piemonte (sent. n. 260/2019 DEL 7/3/2019) aveva affermato che le ragioni del soggetto che ha solo formulato istanza di concordato in bianco vengono prese in considerazione dalla sola legge fallimentare nella unilaterale prospettiva della procedura concordataria, alle cui esigenze non deve necessariamente piegarsi la procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei contratti.

Il Consiglio di Stato, dal canto suo, per ben due volte ha rimesso alla Corte di Giustizia Europea la questione della compatibilità con il diritto eurounitario dell'esclusione dalla procedura di gara pubblica dell'impresa che abbia presentato domanda di concordato in bianco considerando come "procedimento in corso" la mera istanza e quale causa di esclusione dalla procedura d'appalto pubblico la confessione del debitore di trovarsi in stato di insolvenza insita nella presentazione dell'istanza di concordato preventivo "in bianco" (CDS Ordinanza n. 686/2018 e 2737/2015).

Il comma 4 dell'art. 110, così come riformulato dallo "sbocca cantieri" prevede che l'art. 186-bis, ovvero la disposizione della L. Fall. sul concordato con continuità aziendale che disciplina la possibilità di partecipazione alle gare successivamente al deposito del ricorso da parte dell'impresa, si applichi anche all'ipotesi di domanda di concordato "in bianco".

Quindi è espressamente chiarito dalla norma che l'operatore economico che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva possa partecipare alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici purché autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato, o in alternativa dal tribunale. In questo caso, tuttavia, sarà sempre necessario avvalersi dei requisiti di un altro soggetto, Anche se la disposizione su questo specifico punto non è esplicita, il riferimento dovrebbe essere all'ipotesi dell'avvalimento c.d. "rinforzato" ai sensi del successivo comma 6 del medesimo art. 110, di cui si dirà in appresso.

Il concordato preventivo c.d. "liquidatorio"

Con l'anticipazione delle norme del D.Lgs. 14/2019 sembrerebbe assistersi allo scolorimento della differenza tra concordato liquidatorio e concordato con continuità aziendale ai fini delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti.

Prima dello sblocca cantieri, ai sensi del combinato disposto della legge fallimentare (in particolare l'art. 186-bis) e del Codice Contratti, le disposizioni che consentivano la partecipazione alle gare di appalto in deroga alle previsioni dell'art. 80 comma 5 del D.Lgs. 50/2016 erano sempre specificamente riferite all'ipotesi del concordato con continuità aziendale, mentre in relazione al concordato con cessione dei beni o c.d. liquidatorio era contemplata unicamente la possibilità delle imprese che vi erano state ammesse di proseguire nell'esecuzione dei contratti già stipulati, previa autorizzazione del giudice delegato.

Con le modifiche dello sblocca cantieri, invece, non sembrerebbe più sussistere alcuna differenza tra le due tipologie di concordato in relazione alle procedure di gara pubblica.

Difatti, da un lato, con la modifica al comma 4 dell'art. 186-bis, viene previsto che la

partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici da parte di imprese che hanno depositato "la domanda di cui all'art. 161 L.F." ovvero la domanda di ammissione al concordato preventivo non necessariamente con continuità aziendale, deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato; dall'altro, il comma 5 dell'art. 110 del codice contratti viene modificato prevedendo che "l'impresa ammessa al concordato preventivo" tout-court (anziché "l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale") non necessita dell'avvalimento di requisiti di altro soggetto. Infine, anche all'art. 80 comma 5 lett. b) scompare il riferimento alla continuità aziendale e resta solo quello al concordato preventivo in generale.

In effetti, anche dalla riforma della materia fallimentare non viene più esclusa l'ipotesi di partecipazione a nuove gare delle imprese in concordato liquidatorio, atteso che le disposizioni riformate fanno riferimento all'impresa al "concordato" e non più alla finalità della continuità aziendale, benché quest'ultima costituisca l'ipotesi che il legislatore della riforma vorrebbe divenisse prevalente, rispetto a quella meramente liquidatoria, possibile con il nuovo D.Lgs. 14/2019 solo nel caso si garantisca l'apporto di nuova finanza.

L'avvalimento "rinforzato"

L'avvalimento rinforzato si differenzia dall'istituto di derivazione comunitaria normato dall'art. 89 del Codice Contratti in quanto l'ausiliario deve in questo caso essere dotato di tutti i requisiti richiesti per la partecipazione alla procedura e deve obbligarsi a subentrare all'impresa ausiliata in caso di default di quest'ultima dopo la stipulazione del contratto o in corso di esecuzione delle prestazioni.

La disposizione del sesto comma dell'art. 110 del Codice (già comma 5), dedicata al c.d. "avvalimento rinforzato", viene modificata nel tentativo di superare le molte perplessità che erano state sollevate con riferimento al vecchio testo.

Al di fuori dei casi di avvalimento rinforzato "obbligatorio" (partecipazione alla gara di impresa che ha presentato domanda di concordato in bianco nel periodo antecedente il deposito del decreto di ammissione, come previsto ai sensi del comma 4 del nuovo art. 110), continua ad essere demandata ad ANAC dal nuovo comma sesto dell'art. 110 la scelta di subordinare all'individuazione dell'ausiliario la possibilità di partecipazione alle gare per le imprese che già si trovino in regime di concordato e che, dunque, secondo la previsione del precedente comma 5 non necessiterebbero di norma dell'avvalimento. Tale necessità sarà, difatti, legata alla mancanza di requisiti aggiuntivi che l'ANAC stessa dovrà individuare con proprie linee guida.

Scompaiono, dunque, i riferimenti alla consultazione, da parte dell'ANAC, del giudice delegato e al caso dell'impresa non più in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali, certamente sganciando la valutazione dell'ANAC dai casi concreti e collegandola a fattispecie astratte.

L'avvalimento rinforzato continua ad essere, altresì, previsto dal comma 5 dell'art. 186-bis il quale statuisce che 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.

Tale previsione – mantenuta inalterata – deve, a questo punto, essere coordinata, da un lato, con la previsione del nuovo comma 5 dell'art. 110 del Codice che stabilisce che l'impresa ammessa al concordato preventivo non necessita dei requisiti di altro soggetto e, dall'altro, con la disposizione del riformulato comma 4 dell'art. 186-bis, che lo sblocca cantieri ha modificato prevedendo che successivamente al deposito della domanda di ammissione al concordato, 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 ove già nominato.

Sembrerebbe dunque che l'ammissione alle procedure di gara dell'impresa già in concordato possa, invece, avvenire a prescindere dall'autorizzazione ove venga presentata la documentazione prevista dal sopra citato comma 5 dell'art. 186-bis e fornito l'avvalimento rinforzato. Tale interpretazione è, peraltro, quella prospettata dall'AIR della proposta di Linee guida ANAC (non approvata) ai sensi del vecchio art. 110.

Posizione dell'impresa in concordato all'interno del raggruppamento

Come noto, un tema particolarmente dibattuto è stato finora quello della possibilità per l'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale di rivestire o meno all'interno del raggruppamento il ruolo di mandataria.

Il comma 6 dell'art. 186-bis L.F. lo esclude espressamente stabilendo che l'impresa in concordato possa 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.

Tuttavia, essendo la previsione ora citata antecedente all'approvazione del Codice contratti e del relativo correttivo, i quali non solo non facevano minimamente riferimento alla posizione che tali imprese avrebbero potuto rivestire nei raggruppamenti ma, addirittura consentivano all'impresa fallita assoggettata al regime di esercizio provvisorio di partecipare alle gare senza limitazione alcuna e, quindi, anche come mandataria, taluni commentatori avevano ritenuto che la citata disposizione della legge fallimentare fosse stata implicitamente abrogata dalla norma speciale per le procedure di gara pubblica costituita appunto dall'art. 110 del codice.

Tale orientamento era sposato anche dall'ANAC nella citata proposta di Linee guida, argomentando nell'AIR che, da un lato, una diversa interpretazione avrebbe determinato una ingiustificabile ed illogica disparità di trattamento tra l'impresa fallita in regime di esercizio provvisorio e l'impresa ammessa al concordato e, dall'altro, che il silenzio del legislatore del codice contratti avrebbe dovuto essere interpretato alla stregua del criterio "ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit" ovvero, se la norma non ha detto nulla a riguardo vuol dire che non intendeva precludere l'assunzione di tale ruolo. L'orientamento era anche seguito da parte della giurisprudenza (es. TAR Toscana Firenze, sent. n. 491/2019 del 3 aprile 2019)

Altri giudici, tuttavia, non avevano mostrato di condividere tale impostazione e avevano invece ribadito che l'assunzione del ruolo di mandataria del raggruppamento – anche ove vi fosse stata l'autorizzazione del giudice – era preclusa dalla normativa vigente (e segnatamente da non abrogato comma 6 dell'art. 186-bis L.F.) e pertanto il raggruppamento che concorresse con un'impresa in concordato in posizione di mandataria andava comunque escluso (cfr. ad es. TAR Piemonte sent. n. 260/2019 del 7 marzo 2019).

Con lo sblocca cantieri vengono fugati i dubbi, sia perché è stata eliminata la possibilità per il curatore dell'impresa fallita in esercizio provvisorio di partecipare in qualsiasi forma alle gare, sia perché il comma 6 dell'art. 186-bis non è stato abrogato, come sarebbe stato logico attendersi se il legislatore rendere palese la teorizzata abrogazione implicita, sia perché l'art. 80 comma 5

lett. b) è stato modificato facendo salvo non solo quanto previsto dall'art. 110 del codice ma anche dall'art. 186-bis.

Quindi, la partecipazione dell'impresa in concordato in posizione di mandataria è esclusa. Peraltro anche l'art. 95 del D.Lgs. 14/2019 in materia di crisi di impresa conferma l'impossibilità di assumere tale posizione.

Entrata in vigore

Trattandosi di un decreto-legge, le disposizioni entrano in vigore il giorno successivo alla pubblicazione. Tuttavia occorrerà attendere la legge di conversione – da adottarsi entro il termine perentorio di 60 gg. – per verificare se le disposizioni ora commentate resteranno stabili. Considerato, tuttavia, che le stesse in sostanza anticipano quanto sarà previsto a partire dall'entrata in vigore della già approvata riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza sarebbe lecito attendersi che le norme in questione siano confermate dalla legge di conversione. Le stesse sono poi destinate all'automatica sostituzione con quelle del nuovo codice della crisi di impresa a partire dalla data di entrata in vigore di queste ultime.

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