

COMUNICATO N. 68 del 29 Novembre 2011

Ammissione dell'impresa alla procedura di concordato preventivo ex art. 160 della Legge Fallimentare. Chiarimenti.

Sono state portate all'attenzione dell'Autorità alcune problematiche concernenti l'intervenuta ammissione di un'impresa ad una procedura di concordato preventivo ai sensi dell'articolo 160 della Legge Fallimentare e l'incidenza della stessa procedura sul possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lettera a) del D.Lgs. n. 163/2006.

In particolare, è stato evidenziato che un'interpretazione in senso esclusivamente letterale della disposizione sopra citata, che contiene nel novero delle cause ostative alla partecipazione delle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori servizi e forniture lo stato di concordato preventivo o il procedimento per la dichiarazione di tale situazione, "Parrebbe limitativa rispetto al diritto di un soggetto economico di adire ad una procedura di risanamento prevista dalla legge e legittimata da una decisione del tribunale ... conducendo l'impresa alla perdita certa di ogni possibilità di mantenimento dei lavori in corso che la procedura del "concordato preventivo con ristrutturazione" invece tende di fatto a mantenere per salvaguardare il patrimonio aziendale, anche nell'interesse generale e delle stazioni appaltanti in particolare".

Sulla scorta di tali argomentazioni è stato richiesto all'Autorità un pronunciamento che chiarisca se la procedura di concordato preventivo con ristrutturazione debba con certezza considerarsi rientrante nel novero del requisito genericamente previsto dall'art. 38, comma 1, lett. a) D.Lgs. 163/2006, e comportare altresì la decadenza dell'attestazione di qualificazione.

Al riguardo, si rileva preliminarmente che l'istituto in esame è stato oggetto di modifiche normative, introdotte dapprima con la legge n. 80/2005 di conversione del decreto legge n. 35/2005, e successivamente con il D.Lgs. n. 169/2007, nel quadro di più ampio intervento finalizzato a favorire il ricorso a tale istituto, ridisegnando i previsti requisiti soggettivi ed oggettivi.

In particolare, rispetto all'originario testo della legge fallimentare, nel quale si richiedeva lo stato d'insolvenza dell'imprenditore ai fini dell'ammissibilità, il nuovo disposto consente il ricorso al concordato anche all'imprenditore che si trovi in un generico stato di crisi, permettendo di avviare un risanamento aziendale in una fase precedente alla propria insolvenza mediante un "accordo" tra debitore e creditore circa le modalità di estinzione delle obbligazioni.

Sotto il profilo oggettivo, si richiede che l'imprenditore proponga ai creditori un piano di risanamento che preveda l'abbandono della rigidità del principio della *par condicio creditorum*, operando una decisa semplificazione dal momento che non è più prevista per l'ammissibilità l'indicazione di una percentuale minima dell'intera esposizione debitoria da offrire in pagamento ai creditori chirografari ed il pagamento integrale di quelli privilegiati.

Sulla scorta di tale oggettiva considerazione, si ritiene che non sia suscettibile di accoglimento l'ipotesi di assimilare il concordato preventivo all'amministrazione straordinaria (quest'ultima eliminata dalle cause previste dal citato art. 38) in quanto, seppur l'ammissione all'istituto in questione, a differenza del fallimento, lascia l'imprenditore nell'esercizio dell'impresa e

nell'amministrazione dei beni (sotto il controllo del Commissario giudiziale e talvolta del Giudice), permane una differenza sostanziale tra gli istituti dell'amministrazione straordinaria e del concordato preventivo.

Una adeguata impostazione del tema impone, infatti, di inquadrare il concordato preventivo nell'ambito del "diritto ordinario" della crisi d'impresa posto a tutela dei creditori dell'imprenditore insolvente in cui l'autonomia negoziale trova oggi ampio riconoscimento, mentre l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, al pari della liquidazione coatta amministrativa, ricade invece nel cosiddetto "diritto amministrativo", indirizzato alla conservazione dell'impresa quale organizzazione di strumenti produttivi, e alla tutela degli interessi connessi a tale esito, primo fra tutti la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Da ciò ne deriva che mentre il concordato preventivo è teso al superamento della crisi mediante la composizione del debito mantenendo l'autonomia negoziale nel rapporto tra debitori e creditori (ai quali è demandata l'approvazione della proposta presentata dal debitore), l'amministrazione straordinaria opera nell'obiettivo della conservazione dell'impresa, risultando condizionata da valutazioni di carattere economico-sociale, anche in pregiudizio dell'interesse, eventualmente confliggente, dei creditori.

In sostanza, nel concordato preventivo si realizza la responsabilità patrimoniale dell'imprenditore, laddove oggetto di tutela è il credito verso l'imprenditore insolvente, mentre tutti gli altri interessi coinvolti non trovano protezione autonoma, bensì sempre condizionata alla tutela dell'interesse primario dei creditori.

Si ritiene che tali considerazioni in ordine alle differenze sostanziali tra gli istituti in esame siano state oggetto di valutazione anche da parte del legislatore, il quale ha espunto l'amministrazione straordinaria dalle cause ostative di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del Codice, in quanto ritenuta una procedura finalizzata al risanamento aziendale vero e proprio, mantenendo viceversa valore ostativo alla procedura concorsuale del concordato preventivo, che non può garantire il possesso dei requisiti di solidità aziendale ed affidabilità equivalenti a quelli in capo invece alle imprese in amministrazione straordinaria.

Ciò rilevato, considerato il tenore letterale della norma, nonché le diverse finalità istituzionali degli istituti presi in considerazione, si ritiene che ai fini della partecipazione alle gare, ed in forza del rinvio al citato art. 38 comma 1, contenuto nell'art. 78 del D.P.R. n. 207/2010, anche ai fini del conseguimento dell'attestazione di qualificazione (o di eventuale rinnovo/verifica triennale, e comunque in ogni occasione di verifica obbligatoria dei requisiti di carattere generale) permanga comunque la sussistenza del concordato preventivo quale situazione ostativa.

Dall'esame della vigente normativa, tesa comunque al risanamento dell'attività imprenditoriale, si rileva peraltro l'opportunità di prospettare un'interpretazione della norma volta a salvaguardare la continuazione dell'impresa, evitando di incidere sui rapporti contrattuali in essere o sul mantenimento del possesso della qualificazione rilasciata ante procedura in regime di solidità aziendale.

Alla luce di quanto sopra, al fine di garantire omogeneità nelle procedure di controllo dei requisiti attribuite alle SOA, si chiarisce che le imprese sottoposte a concordato preventivo non possono conseguire o rinnovare la qualificazione e che quelle già qualificate prima dell'apertura del procedimento di concordato preventivo (alle quali, peraltro, è comunque preclusa la

partecipazione alle gare e la possibilità di riattestazione) non debbano essere assoggettate ai procedimenti *ex art. 40, comma 9-ter* del Codice dei contratti pubblici per sopravvenuta perdita del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del medesimo Codice, nella parte relativa alla siffatta procedura.

Il Presidente f.f.
Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 novembre 2011

Per il Segretario: Rosetta Greco