



Autorità Nazionale Anticorruzione

Linee Guida n...., di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50,
recanti “Requisiti aggiuntivi delle imprese fallite o ammesse al concordato ai sensi dell’art.110,
quinto comma, lett. b) del Codice”

Approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. ... del ...

Relazione AIR

Sommario

Premessa	2
I. Contesto e obiettivi dell'intervento dell'Autorità	2
II. Indicazione delle categorie dei soggetti, pubblici e privati, destinatari dei principali effetti dell'intervento regolatorio	3
III. La procedura di consultazione pubblica	4
IV. Le scelte di fondo effettuate	4
V. Valutazione delle opzioni alternative	5

Premessa

Il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (di seguito Codice dei contratti pubblici) ha innovato profondamente la previgente disciplina in tema di partecipazione alle procedure di affidamento delle imprese in crisi.

L'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006, relativo alle cause di esclusione, alla lettera a), prevedeva l'esclusione *tout court* delle imprese fallite e ammetteva alla partecipazione, dopo la modifica introdotta con Legge n. 134/2012, unicamente quelle in concordato con continuità aziendale, previsto e regolato dall'articolo 186-*bis* della Legge fallimentare, di cui al Regio decreto n. 267/1942.

L'articolo 80, comma 5, lettera b) del Codice dei contratti pubblici, nel fare salve le disposizioni previste dall'articolo 110, allarga ulteriormente le maglie della partecipazione alle procedure di affidamento in ipotesi di crisi aziendale e procedure concorsuali.

L'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici apre, infatti, alla possibilità che anche l'impresa fallita, purché autorizzata all'esercizio provvisorio (articolo 104 della Legge fallimentare), analogamente a quella in regime di concordato con continuità aziendale (articolo 186-*bis* della Legge fallimentare), partecipi alle procedure di affidamento di appalti e concessioni, sia destinataria di subappalti ed esegua i contratti già sottoscritti, previa autorizzazione del giudice delegato.

In vari settori dell'ordinamento si cerca di consentire che le realtà imprenditoriali, pure se in crisi e in una situazione di doverosa soggezione alla vigilanza degli organi della procedura concorsuale, possano continuare a stare sul mercato, se ritenuto confacente.

Come in altri, diversi ambiti regolati dal Codice dei contratti pubblici, gli interessi in gioco sono molteplici, e non sempre univoci.

La norma intende, infatti, garantire la tutela dei livelli occupazionali delle maestranze ed evitare la dispersione del *know-how* aziendale degli operatori economici; si tratta, certamente, di interessi di rilevanza generale per l'economia nazionale.

Non trascurabile, quanto alla tutela, è, inoltre, la posizione dei creditori concorsuali che confidano nel mantenimento del ciclo economico degli operatori economici in crisi, per i quali tuttavia gli organi della procedura concorsuale scorgono margini di operatività.

Il presente documento, redatto in base all'articolo 8 del Regolamento del 27 novembre 2013 recante «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)» descrive il contesto normativo, le motivazioni, gli obiettivi e le fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione delle Linee guida, di attuazione del decreto legislativo n. 50/2016, recanti “Requisiti aggiuntivi delle imprese fallite o ammesse al concordato ai sensi dell'articolo 110, quinto comma, lettera b) del Codice”.

I. Contesto e obiettivi dell'intervento dell'Autorità

È in questo contesto, e in particolare in riferimento alla tutela della stazione appaltante (e indirettamente dei creditori), che si colloca l'intervento dell'ANAC, previsto dall'articolo 110, comma 5 del Codice dei contratti pubblici.

Nello specifico, la norma prevede che l'ANAC può subordinare la partecipazione alle procedure di affidamento ad un avvalimento obbligatorio, in forza del quale l'impresa ausiliaria si impegna, sia nei confronti della stazione appaltante che nei confronti dell'impresa concorrente, a mettere a disposizione le risorse per l'esecuzione del contratto e al successivo subentro, laddove l'impresa ausiliata non sia più in grado di eseguire correttamente l'appalto o la concessione.

Tale forma di avvalimento (cd. rinforzato), già previsto dall'articolo 186-*bis*, comma 5, della Legge fallimentare (introdotto dalla legge n. 134/2012 e novellato dalla legge n. 9/2014), si caratterizza, dunque, sia per l'obbligatorietà ai fini della partecipazione alla procedura, sia per la idoneità a preconstituire il subentro dell'impresa ausiliaria nella procedura e nel contratto, laddove nell'avvalimento ordinario, di cui all'articolo 89 del Codice dei contratti pubblici, la titolarità del contratto permane in capo all'impresa ausiliata/concorrente¹.

Le ipotesi previste dall'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici sono due: una è l'irregolarità nel versamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assistenziali (lettera a), contemplata direttamente dal legislatore; le altre (lettera b) sono rimesse allo scrutinio dell'ANAC in apposito atto regolatorio.

Si rende, quindi, necessario attuare la specifica previsione dell'articolo 110, comma 5, lettera b), del Codice dei contratti pubblici predisponendo le relative Linee guida.

Le Linee guida, oltre ad attuare direttamente il precetto normativo che chiama l'ANAC a stabilire le possibili, ulteriori fattispecie di avvalimento rinforzato obbligatorio, chiariscono, a beneficio del mercato e in applicazione di quanto consentito dall'articolo 213, comma 2 del Codice, il perimetro applicativo dell'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici e il coordinamento con altre disposizioni del Codice e della Legge fallimentare.

II. Indicazione delle categorie dei soggetti, pubblici e privati, destinatari dei principali effetti dell'intervento regolatorio

L'atto regolatorio impatta, da un punto di vista oggettivo, in modo trasversale su tutte le commesse pubbliche, sia nella fase di selezione del contraente che in quella dell'esecuzione contrattuale (subappalto e stipula del contratto).

Con riguardo agli operatori economici, l'atto in questione è indirizzato verso le imprese assoggettate alle procedure concorsuali regolate dal Regio decreto n. 267/1942 (Legge fallimentare).

Potenzialmente, analizzando i dati disponibili per il 2017 (fonte: Cerved- osservatorio n.33/2018), l'atto regolatorio potrebbe impattare annualmente su un campione di:

- per il fallimento, circa 350 operatori economici (considerando una stima prudenziale di rapporto fra imprese fallite/imprese fallite con autorizzazione all'esercizio provvisorio/imprese autorizzate dal giudice delegato del 3% rispetto ad una media di circa 12.000 fallimenti dichiarati all'anno);

¹ L'avvalimento in ambito concorsuale si profila come un istituto completamente diverso da quello ordinario perché il primo - diversamente dal secondo - resta obbligatorio laddove l'impresa in crisi intenda partecipare a nuove procedure di affidamento. Inoltre, solo nel primo caso è previsto il subentro da parte dell'ausiliario nel contratto pubblico mentre, in quello facoltativo, in ogni caso, il contratto è eseguito dall'impresa affidataria che, ferma la responsabilità in solido nei confronti della stazione appaltante, potrà solo assumere il ruolo di subappaltatore alla condizione dei requisiti previsti. In sostanza, nell'avvalimento concorsuale l'impresa ausiliaria, in deroga alla regola che connota l'avvalimento facoltativo, si obbliga a sostituire l'impresa ausiliata nei casi di impossibilità da parte di quest'ultima a condurre i lavori, rimediando in tal modo al sopravvenuto venir meno dei relativi requisiti: l'avvalimento obbligatorio, in tal modo, configura una fattispecie successiva soggettiva unitaria riconducibile ad una novazione soggettiva.

- per il concordato preventivo, circa 50 (considerando una stima prudenziale di rapporto fra imprese ammesse al concordato preventivo/imprese ammesse al concordato autorizzate dal giudice delegato del 10% rispetto ad una media di circa 500 concordati preventivi pendenti all'anno).

III. La procedura di consultazione pubblica

Nell'adunanza del giorno 21 febbraio 2018, il Consiglio dell'Autorità ha deliberato di avviare una consultazione on-line a base della quale è stato posto il documento denominato Linee guida n..., di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Requisiti aggiuntivi delle imprese fallite o ammesse al concordato ai sensi dell'articolo 110, quinto comma, lettera b) del Codice - documento in consultazione", al fine di acquisire osservazioni e commenti da parte degli operatori del settore.

Nel corso della consultazione, che si è svolta nel periodo 27 febbraio 2018 – 29 marzo 2018, è pervenuto all'Autorità il contributo da parte di un unico stakeholder (associazione di categoria).

All'esito dell'esame del contributo pervenuto, l'Autorità ha trasmesso la bozza di Linee guida al Consiglio di Stato per il consueto parere. Successivamente al rilascio del predetto parere, l'Autorità approverà il documento definitivo.

IV. Le scelte di fondo effettuate

I principali temi trattati afferiscono:

- all'individuazione di ulteriori fattispecie nelle quali l'ANAC può obbligare l'impresa in decozione a ricorrere all'avvalimento obbligatorio e sostitutivo della titolarità della posizione contrattuale (cd. avvalimento rinforzato);
- alla risoluzione di diverse questioni, di carattere applicativo, che si determinano in virtù dell'interazione dell'articolo 110, comma 5 del Codice con altre norme dello stesso articolo, del Codice dei contratti pubblici e, soprattutto, della Legge Fallimentare. Il legislatore non ha, infatti, adottato norme di coordinamento tra il Codice e la normativa speciale che regola le procedure concorsuali.

In particolare, con l'atto regolatorio in esame, l'Autorità ha, fra l'altro:

- individuato, al paragrafo 5, le fattispecie ulteriori di avvalimento obbligatorio, ritenendo opportuno optare per un intervento che, senza introdurre indici tecnici o finanziari puntuali, si mantenga nell'alveo di una valutazione complessiva, da parte dell'ANAC, che apprezzi la concreta possibilità di un'evoluzione peggiorativa dello scenario aziendale in grado di compromettere la buona esecuzione del contratto e che, per l'effetto, richiede, a garanzia, l'avvalimento, anche sostitutivo, della capacità di un'impresa ausiliaria. Sono state individuate le seguenti fattispecie: grave e persistente insufficienza delle risorse finanziarie; grave e persistente insufficienza delle risorse tecnico-strumentali; grave e persistente insufficienza delle risorse umane; altre gravi ragioni, individuate e documentate, che comportano l'elevata probabilità che l'affidatario non sia in grado di eseguire correttamente il contratto;
- declinato, al paragrafo 4, le fasi della procedura di "innesco" dell'intervento dell'Autorità, a valle dell'autorizzazione rilasciata dal giudice delegato ai sensi dell'articolo 110, comma 3 del Codice.

Al riguardo, si prevede altresì la possibilità che, in funzione del rischio che il passaggio di informazioni e documenti tra giudice delegato e ANAC possa creare difficoltà all'operatore economico nell'approntare la documentazione necessaria alla partecipazione alla gara in relazione ai termini stabiliti dalla stazione appaltante, l'operatore economico sia ammesso con riserva alla gara depositando successivamente la documentazione di avvalimento (purché in epoca antecedente alla seduta pubblica di apertura delle offerte), sempreché l'operatore possieda già i requisiti di qualificazione e, ulteriormente, che l'operatore economico, già autorizzato a partecipare dal giudice delegato, possa decidere volontariamente di ricorrere all'avvalimento obbligatorio di cui all'articolo 110, comma 5 del Codice, evitando quindi, in radice, l'intervento dell'ANAC;

nonché chiarito che:

- la stazione appaltante ricorre all'interpello previsto dall'articolo 110, primo comma del Codice dei contratti pubblici soltanto nell'ipotesi di diniego dell'autorizzazione giudiziale prevista al comma 3;
- la legge fallimentare continua a disciplinare la partecipazione alle gare e la sorte dei contratti in corso di esecuzione, relativamente agli operatori economici che presentano istanza di ammissione al concordato con continuità aziendale, nella fase antecedente all'ammissione. In seguito, diviene applicabile, per il principio di successione delle leggi nel tempo, la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici, fino al decreto di omologazione del concordato, di cui all'articolo 180 della Legge fallimentare, momento a partire dal quale l'impresa ritorna sostanzialmente *in bonis* e, per l'effetto, riacquista la piena capacità negoziale.

V. Valutazione delle opzioni alternative

1. Le ulteriori fattispecie di avvalimento obbligatorio

La questione principale da analizzare riguarda l'individuazione di ulteriori ipotesi, rimesse alla preventiva cura regolatrice dell'ANAC, con effetto *erga omnes*, nelle quali l'ANAC può obbligare l'impresa a ricorrere all'avvalimento cd. rinforzato.

L'articolo 110, comma 5, lettera b), del Codice dei contratti pubblici impone all'ANAC di stabilire “*requisiti aggiuntivi*” che le imprese devono possedere per evitare il ricorso obbligatorio a detto avvalimento.

Nel documento di consultazione è stata prospettata la possibilità, in adesione al tenore letterale della disposizione, di ritenere che la norma intenda considerare la possibilità di prevedere dei requisiti, ad esempio di natura tecnica o finanziaria, che l'ANAC potrebbe richiedere in capo alle aziende interessate, per evitare l'avvalimento.

Allo scopo, si è ipotizzato l'utilizzo di indici finanziari, di bilancio (es. patrimonio netto), di convenienza dell'investimento (es. van, acronimo di “valore attuale netto”), ovvero di natura tecnica.

All'opposto, peraltro, si potrebbe adottare la cd. opzione zero, ossia non attuare la previsione normativa, non prevedendo quindi ipotesi ulteriori di avvalimento rinforzato oltre a quella prevista direttamente dal legislatore (irregolarità nel versamento di retribuzioni e contributi).

Quale approccio intermedio, nel documento di consultazione è stata segnalata l'eventualità di prevedere fattispecie generali, sufficientemente caratterizzate in termini definitivi, tali da consentire all'Autorità di valutare caso per caso i presupposti dell'intervento e i suoi contenuti. Ad esempio, si potrebbe fare riferimento alle situazioni in cui l'operatore economico versi in condizioni di rilevante criticità sotto il profilo finanziario, ovvero delle dotazioni tecnico-strumentali, lasciando poi all'Autorità il compito di applicare la previsione regolatoria al caso di specie. Tale impostazione ha incontrato il sostanziale favore dello stakeholder intervenuto.

Opzione scelta

L'Autorità ha condiviso la tesi da ultimo prospettata.

Al riguardo, occorre valorizzare la *ratio* di fondo dell'avvalimento in ambito concorsuale. La finalità di tale tipologia di avvalimento è rinvenibile nella volontà del legislatore di accrescere i margini di tutela della stazione appaltante, attraverso il possibile subentro di un altro operatore, e al contempo evitare l'aggravarsi del danno per l'impresa concorrente (e di riflesso per i creditori).

Il confronto con il caso già contemplato dal legislatore (lettera a), relativo all'irregolarità nel versamento di stipendi e contributi, sembra lasciare intendere che i "requisiti aggiuntivi" di cui parla la norma possano essere intesi nel senso di "condizioni ulteriori" (rispetto alla predetta irregolarità), che palesano situazioni di criticità tali da far presumere che l'impresa non sarà verosimilmente in grado di eseguire correttamente il programma contrattuale.

Viceversa, qualora si ipotizzasse di individuare effettivamente dei requisiti aggiuntivi che l'impresa deve possedere in termini positivi, rispetto a quelli già stabiliti dal Codice o dalla *lex specialis*, si rischierebbe seriamente di compromettere la finalità concorrenziale dell'assetto delineato dal legislatore, eliminando definitivamente dal mercato degli appalti pubblici le imprese che già si trovano in stato di decozione.

Nel senso sopra ipotizzato, sono state definite, in modo specifico, situazioni le quali, analogamente a quella già prefigurata dal Codice dei contratti pubblici, palesano la seria probabilità di non garanzia di corretta esecuzione, al di là dell'attuale situazione di crisi, già vagliata positivamente dal giudice delegato. In tali situazioni, analoghe a quelle stabilite alla lettera a) dell'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, l'ANAC potrebbe optare per l'ammissione alla gara subordinatamente al ricorso all'avvalimento della capacità di altro operatore.

D'altra parte, si può osservare che diverse sono le ottiche valutative: il giudice delegato considera essenzialmente l'azienda e i creditori; l'ANAC analizza precipuamente le ricadute per la stazione appaltante in riferimento al contratto pubblico. Si tratta, in sintesi, di competenze diverse, anche se complementari.

Nelle Linee guida, al paragrafo 5, che assume carattere vincolante, trattandosi di regolazione attuativa di una previsione della norma primaria (articolo 110, comma 5 lettera b) del Codice dei contratti pubblici che investe direttamente l'Autorità del potere-dovere di stabilire le ulteriori situazioni di avvalimento obbligatorio, sono state individuate tre ipotesi che legittimano l'Autorità ad imporre l'avvalimento obbligatorio nei riguardi degli operatori autorizzati a partecipare/stipulare dal giudice delegato.

Le situazioni individuate dall'Autorità riguardano, in particolare, le seguenti fattispecie, caratterizzate dall'insufficienza di risorse incidenti sulla capacità di dare esecuzione al contratto:

- grave e persistente insufficienza delle risorse finanziarie;
- grave e persistente insufficienza delle risorse tecnico-strumentali;
- grave e persistente insufficienza di risorse umane.

Indipendentemente dalla ricorrenza delle circostanze di cui sopra, le Linee guida prevedono, al punto 5.2, che l'avvalimento di cui all'articolo 110, comma 5 del Codice può essere reso obbligatorio in presenza di altri gravi elementi, segnalati dal giudice delegato, al ricorrere dei quali è presumibile che l'impresa non sia in grado di eseguire correttamente il contratto.

Si tratta di una clausola di chiusura, ritenuta opportuna allo scopo di consentire all'Autorità margini di intervento in ipotesi non predefinibili, sulla base di elementi e circostanze segnalate dal giudice delegato.

L'approccio tendente ad individuare analitici indici finanziari e tecnici è stata ritenuta opzione non lungimirante, in quanto di difficile individuazione e applicazione per società comunque in decozione.

È pertanto stato ritenuto preferibile definire situazioni-tipo nelle quali l'Autorità si mantenga nell'alveo di una valutazione complessiva, improntata a valutare la concreta possibilità di un'evoluzione peggiorativa dello scenario aziendale in grado di compromettere la buona esecuzione del contratto specifico di cui trattasi (in ultima analisi, la valutazione a cui è chiamata l'Autorità investe la peculiarità del contratto da affidare o eseguire, piuttosto che la situazione aziendale allo *status quo*, già vagliata dal giudice delegato).

La cd. opzione zero (nessun ipotesi ulteriore di avvalimento rinforzato) è stata scartata in quanto non ragionevole, ove si consideri che la stessa avrebbe comportato:

- in via diretta, la palese inattuazione della *voluntas legis*;
- di riflesso, la sostanziale *deminutio* di tutela per la stazione appaltante, atteso che l'estensione delle ipotesi di avvalimento obbligatorio rappresenta senza dubbio un fattore di maggiore protezione dell'interesse pubblico alla corretta esecuzione del contratto.

2. L'intervento dell'Autorità

L'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici prevede, come detto, che l'ANAC possa subordinare la partecipazione alla gara, l'affidamento di subappalti e la sottoscrizione dei relativi contratti, al ricorso all'avvalimento cd. rinforzato, sentito il giudice delegato.

La norma riproduce l'analoga previsione contenuta all'articolo 1, comma 1, lettera vv), n. 6 della Legge 28 gennaio 2016 n. 11 per l'attuazione delle Direttive UE 2014/23/24/25 (Legge delega).

Nella consultazione è stata sollecitata la valutazione anche in ordine all'iter procedimentale che porta ad "innescare" l'ANAC.

In particolare, occorre verificare se l'intervento dell'ANAC può scattare in modo autonomo ovvero su richiesta di altro specifico soggetto (giudice delegato, impresa concorrente o stazione appaltante), fermo restando, per espressa previsione normativa, il necessario coinvolgimento del giudice delegato.

Ulteriormente, il documento di consultazione invitava a riflettere se il potere attribuito all'ANAC sia vincolato o piuttosto discrezionale.

Sulla prima questione, è stato ipotizzato che sia il giudice delegato, unitamente agli altri organi della procedura (es. curatore fallimentare, commissario, etc.) a dovere interessare l'ANAC. Infatti, l'impresa concorrente (fallita o ammessa al concordato) non avrebbe interesse a richiedere l'intervento dell'ANAC, atteso che da ciò potrebbe derivarne solo un aggravio procedimentale per la stessa. D'altra parte, la stazione appaltante è ignara della volontà dell'impresa di partecipare alla gara.

L'intervento *ex officio* dell'ANAC è apparso di difficile configurazione, in quanto non conciliabile con il meccanismo autorizzatorio previsto dall'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici (autorizzazione del giudice delegato).

Dovrebbe quindi essere il giudice delegato che, autorizzata la partecipazione e valutata la riconducibilità della fattispecie a quelle previste dall'articolo 110, comma 5, lettere a) e b), del Codice dei contratti pubblici, chiede la pronuncia dell'ANAC.

Lo stakeholder intervenuto ha condiviso tale assunto, pur avendo espresso l'intendimento che la partecipazione alle gare pubbliche dei soggetti in decozione dovrebbe essere considerata in modo non favorevole, soprattutto con riguardo alle imprese fallite.

In tale ottica sorge anche la necessità di valutare se l'intervento dell'ANAC debba esplicarsi sulla specifica procedura di gara o possa avvenire in via preventiva (ad esempio, per tutte le gare autorizzate dal giudice delegato).

La soluzione dipende evidentemente dall'impostazione seguita dal giudice delegato: se il giudice delegato autorizza la partecipazione ad una specifica procedura, allora anche l'intervento dell'ANAC si riferirà a tale procedura.

Peraltro, nel documento di consultazione è apparso più conferente con la *ratio legis* immaginare un intervento mirato alla singola partecipazione, per due ordini di ragioni:

1. per le imprese in decozione, è dirimente valutare la rischiosità della partecipazione alla specifica gara e l'eventuale necessità di effettuare investimenti, senza contare che le concessioni regolate dal Codice dei contratti pubblici, per definizione, hanno un'intrinseca componente di aleatorietà, talché diventa difficile ipotizzare, per tali soggetti, autorizzazioni in bianco (ad esempio per oggetto o valore);
2. l'articolo 110, comma 5, lettera a), del Codice dei contratti pubblici prevede, quale ipotesi di avvalimento rinforzato, l'irregolarità retributiva o contributiva. Tale condizione, di natura dinamica, non può che essere apprezzata al momento della partecipazione.

Lo stakeholder intervenuto ha condiviso tale impostazione.

Nel caso si optasse per questa soluzione, occorre prevedere una procedura autorizzatoria che consenta la partecipazione dell'impresa alla gara e, in particolare, che sia compatibile con i termini stabiliti per la presentazione delle offerte.

Allo scopo, nel documento di consultazione si è ipotizzata la possibilità che si possa ammettere la formalizzazione dell'avvalimento in momento successivo al termine di scadenza per la partecipazione alla gara. E ciò, tenuto conto di quanto previsto dall'articolo 89, comma 3 del Codice dei contratti pubblici, che prevede espressamente la possibilità di sostituire l'impresa ausiliaria non in regola con i requisiti generali di cui all'articolo 80 del Codice stesso. In sostanza, se il Codice dei contratti pubblici ammette la possibilità di una formalizzazione dell'avvalimento in momento successivo alla partecipazione, sia pure limitatamente all'ipotesi derivante dalla necessità di sostituire l'ausiliario non in regola, ciò significa che non sarebbe incompatibile con il Codice, o fuori dal sistema, immaginare che, allo scopo di consentire all'operatore economico di partecipare effettivamente alla gara, e realizzare in tal modo quella finalità pro-competitiva voluta dal legislatore e che la complessità del meccanismo delineato dai commi 3 e 5 dell'articolo 110 rischia di compromettere, l'operatore economico sia ammesso con riserva alla gara, spostando in avanti del termine di deposito del contratto di avvalimento e dei documenti a supporto.

Si osserva, peraltro, che la possibilità di sostituzione è espressamente contemplata dall'articolo 63 della Direttiva 2014/24/UE e, dunque, ampiamente in linea con i parametri eurounitari.

Sul punto, lo stakeholder intervenuto ha espresso una valutazione contraria all'ipotesi prefigurata nel documento di consultazione. Ad avviso dello stesso, infatti, osta all'ammissibilità di tale ipotesi la funzione di garanzia dell'avvalimento previsto dalla norma, talché l'operatore economico dovrebbe avere di per sé i requisiti di qualificazione previsti dal bando e la formalizzazione dell'avvalimento dovrebbe sempre precedere la presentazione delle offerte.

Lo stakeholder ha inoltre suggerito di prevedere nelle Linee guida un meccanismo di silenzio diniego, in forza del quale, trascorso il termine (da stabilire nell'atto regolatorio) senza che l'ANAC abbia adottato la pronuncia di competenza, si dovrebbe intendere preclusa la possibilità di partecipare alla procedura.

Opzione scelta

Le Linee guida, al paragrafo 4, rappresentano l'iter procedimentale che dovrebbe essere seguito per attivare le funzioni dell'Autorità.

Tali indicazioni, come del resto quelle che afferiscono ad aspetti non strettamente ricompresi nel perimetro attuativo dell'articolo 110, comma 5 lettera b del Codice non assumono peraltro carattere vincolante.

Come già osservato nel documento di consultazione, l'innescò coincide con il rilascio dell'autorizzazione a partecipare alla specifica procedura o a stipulare il determinato contratto da parte del giudice delegato.

Appare all'Autorità più confacente prevedere che l'autorizzazione si riferisca alla specifica procedura, pur non potendosi escludere che il giudice delegato, nell'esercizio della sua autonomia, possa autorizzare, cumulativamente, la partecipazione a più procedure o la stipula contestuale di più contratti.

Nelle Linee guida si prevede la possibilità che il carteggio con il provvedimento venga trasmesso a cura degli organi della procedura concorsuale ovvero da chiunque vi abbia interesse (es. l'operatore economico che intende partecipare alla gara), allo scopo di accelerare l'iter procedimentale propedeutico all'eventuale avvalimento obbligatorio stabilito dall'ANAC.

Un ulteriore tema, come detto, è legato ai connotati dell'intervento dell'ANAC in applicazione del citato comma 5.

La norma, letteralmente, prevede che l'ANAC "può" (e non "deve") imporre il ricorso alla predetta forma di avvalimento, lasciando intendere che si è in presenza di un profilo di discrezionalità, sebbene di natura essenzialmente tecnica².

E ciò, anche a fronte dell'ipotesi regolata dalla lettera a): se il legislatore, anche in ipotesi *on-off* (regolarità/irregolarità), facoltizza l'intervento dell'ANAC, allora è presumibile che tale sia l'intendimento del legislatore anche nelle restanti ipotesi, stabilite dall'Autorità nel presente atto regolatorio e che, verosimilmente, presentano un maggiore grado di discrezionalità applicativa.

Tale impostazione avrebbe, peraltro, il pregio di consentire all'ANAC, per quanto di competenza, di effettuare un'analisi globale della situazione dell'impresa e di decidere al meglio, caso per caso.

² Nel caso di specie sembrano mancare profili di discrezionalità amministrativa, atteso che non viene in discussione l'esercizio di un potere pubblicistico funzionalizzato alla cura di un interesse prevalente.

Per contro, non può non considerarsi che l'attribuzione di discrezionalità piena in capo all'ANAC potrebbe creare un "appesantimento istruttorio" e, soprattutto, un aggravio nella tempistica di rilascio del riscontro, con conseguente criticità per l'impresa interessata alla presentazione dell'offerta, che potrebbe avere poco tempo a disposizione per formulare un'offerta meditata.

Sul punto, peraltro, non può essere condivisa la tesi, sostenuta dallo stakeholder intervenuto, secondo cui l'intervento dell'ANAC potrebbe estendersi al profilo dell'ammissione o meno dell'operatore economico alla procedura di gara. In argomento, il tenore dell'articolo 110, comma 3 è chiaro nel riservare unicamente al giudice delegato il potere di autorizzare la partecipazione alla gara dell'operatore in decozione, a garanzia dell'operatore economico, delle sue maestranze e del ceto creditorio. Analogamente, non appare rispondente alla norma introdurre meccanismi di silenzio cd. significativo (rispetto all'istanza inoltrata all'Autorità), che precluderebbero la partecipazione alla gara (secondo l'interpretazione prospettata dallo stakeholder) ovvero comunque la possibilità per l'Autorità di esaminare in concreto la vicenda e valutare, in modo ponderato, l'eventualità di prevedere l'avvalimento sostitutivo.

Il ruolo dell'Autorità è invece configurato essenzialmente a garanzia della stazione appaltante e del sotteso interesse pubblico alla corretta esecuzione del contratto e, nello specifico, viene delimitato nel potere di imporre o meno l'avvalimento obbligatorio e sostitutivo, e giammai appare estendibile oltre tali confini.

Le Linee guida dedicano una particolare attenzione alla necessità di evitare che il complesso meccanismo prefigurato dal legislatore si riveli un danno per l'operatore economico, finendo per impedirgli in concreto di potere presentare un'offerta nei termini perentori stabiliti dalla stazione appaltante.

Allo scopo, si prevede un duplice meccanismo atto a scongiurare il rischio paventato.

Da un lato, al punto 4.9, si prevede che l'operatore economico, autorizzato a partecipare dal giudice delegato, possa ricorrere volontariamente all'avvalimento obbligatorio di cui all'articolo 110, comma 5 del Codice, evitando l'intervento dell'ANAC e, in tal modo, abbreviando l'iter per la partecipazione alla gara.

Al punto 4.8 è stata confermata la possibilità, prefigurata nel documento di consultazione, che l'operatore economico- se necessario per rispettare i termini di gara – è ammesso con riserva alla gara, potendo procedere alla formalizzazione dell'avvalimento in un momento successivo alla scadenza dei termini di presentazione delle offerte.

Nelle Linee guida sono stati peraltro introdotti due significativi limiti a tale evenienza, allo scopo di coniugare l'esigenza del *favor participationis* con il rispetto della *par condicio*.

In primo luogo, si stabilisce che la formalizzazione postuma deve comunque avvenire in momento antecedente alla seduta pubblica di apertura delle offerte (dell'offerta tecnica, se si utilizza il criterio dell'OEPV, di quella economica se la gara è aggiudicata secondo il criterio del minor prezzo).

Si ritiene che tale disposizione costituisca uno strumento idoneo a tutelare l'interesse dell'operatore economico in decozione, che non deve perdere la *chance* di competere a causa di un ritardo nella valutazione delle istituzioni pubbliche preposte alla valutazione degli aspetti stabiliti dal Codice, ma anche a salvaguardare il principio di *par condicio* attraverso la previsione di un limite massimo oltre il quale deve avvenire la formalizzazione, ossia la (prima) seduta pubblica di apertura delle offerte.

Sul punto, si ritengono superabili le perplessità manifestate dallo stakeholder intervenuto nella consultazione, che pure sono meritevoli di considerazione allorché mettono in evidenza la rilevanza del tema afferente al possesso preventivo dei requisiti di qualificazione.

Posto che l'avvalimento *de quo* esplica indubbiamente una funzione di garanzia, si osserva che non è revocabile in dubbio che l'operatore economico concorrente debba possedere i requisiti di qualificazione per l'ammissione alla gara e che, in difetto, è tenuto, sempre e comunque, a ricorrere all'avvalimento ordinario, regolato dall'articolo 89 del Codice dei contratti pubblici (ovvero a ricorrere agli istituti qualificatori previsti dal Codice, ad es. concorrere in formazione plurisoggettiva o al subappalto cd. necessario).

L'avvalimento in ambito concorsuale, regolato dall'articolo 110 comma 5 del Codice, non possiede in effetti precipuamente una funzione qualificatoria, a differenza di quello regolato dall'articolo 89, ma una funzione di garanzia, a beneficio, come visto, di più soggetti. E in ciò differisce comunque anche dall'avvalimento ex articolo 89 del Codice per i requisiti di selezione di carattere finanziario, che la giurisprudenza derubrica in termini di avvalimento di garanzia (v., *quam multis*, sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 15 gennaio 2018, n.187), laddove in tale ipotesi la garanzia non opera in modo sostitutivo e, quindi, lascia inalterata la titolarità della posizione contrattuale in capo all'impresa concorrente/ausiliata).

Ciò posto, si concorda, nella sostanza, con lo stakeholder intervenuto quando mette in evidenza che l'autorizzazione allo slittamento del deposito presso la stazione appaltante del contratto di avvalimento ex articolo 110 del Codice non può costituire un espediente per consentire che l'operatore economico partecipi alla gara senza essere qualificato.

Al riguardo, l'ultimo periodo del punto 4.8 delle Linee guida prevede opportunamente che la facoltà di deposito successivo dell'avvalimento sia esercitabile soltanto nell'ipotesi in cui l'operatore economico possieda già i requisiti di qualificazione previsti dal Codice o dalla *lex specialis*. In caso contrario, si consentirebbe, inaccettabilmente pena la violazione della *par condicio*, che un operatore economico presenti offerta senza essere qualificato alla data di scadenza dei termini di partecipazione.

Nelle Linee guida si prevede inoltre che è onere dell'operatore economico, o di chi ne abbia la rappresentanza, dichiarare preventivamente all'Autorità il possesso dei requisiti di qualificazione.

3. Ambito di applicazione

Nel documento di consultazione si è evidenziato che la disciplina recata dall'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici si applica agli affidamenti di appalti, subappalti e concessioni, per esplicita previsione normativa.

Pertanto, tenuto conto del contenuto di cui all'articolo 80, comma 5, lettera b), del Codice dei contratti pubblici e del rinvio ai principi generali operato dall'articolo 36 del Codice medesimo, si evidenziava che le relative disposizioni sembrano applicabili anche alle procedure di valore inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici.

Si è inoltre rappresentato che la disposizione in parola sembra applicabile ai settori speciali, in considerazione del richiamo operato dall'articolo 133, comma 1, del Codice dei contratti pubblici all'articolo 80 e, da quest'ultimo, all'articolo 110.

Un ulteriore aspetto da valutare, posto all'attenzione degli stakeholders, riguarda la possibilità di applicare il relativo regime ad imprese assoggettate ad una procedura concorsuale diversa dal fallimento con autorizzazione all'esercizio provvisorio e dal concordato preventivo con continuità aziendale.

Nel documento di consultazione, tenuto conto del combinato disposto di cui all'articolo 80, comma 5, lettera b) e all'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici si è palesata la tesi dell'inapplicabilità della disciplina tesa al *favor participationis* alle imprese dichiarate fallite senza esercizio provvisorio e a quelle in liquidazione coatta.

Il contributo pervenuto nella consultazione si è mostrato pienamente aderente all'interpretazione prospettata dall'Autorità, attesa l'eccezionalità della deroga contemplata dagli articoli 80, comma 5 lettera b) e 110, comma 3 del Codice.

Opzione scelta

Non essendo state ravvisate motivazioni contrarie a quelle prospettate dal documento di consultazione, nelle Linee guida è stata pienamente recepita l'impostazione tesa a ritenere che la disciplina recata dall'articolo 110 del Codice, come integrata dalle presenti Linee guida, si applica agli appalti, alle concessioni e ai subappalti a prescindere dal relativo importo, compresi i settori speciali.

Nelle Linee guida, al paragrafo 2, si esplicita altresì che la disciplina non è applicabile nei riguardi degli operatori economici per i quali sia intervenuta la liquidazione coatta amministrativa ovvero il fallimento senza autorizzazione all'esercizio provvisorio, attesa l'impossibilità di utilizzare il criterio analogico in situazioni già caratterizzate da un'espressa deroga, codificata all'articolo 80, comma 5, lettera b) del Codice.

Inoltre, sempre relativamente all'ambito di applicazione, con riferimento agli operatori economici ammessi alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, si è chiarito, in armonia con la giurisprudenza prevalente (v. sentenza Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa per il Trentino-Alto Adige Trento, 24 maggio 2017, n.179), che le disposizioni delle Linee guida, nel prevedere limiti e condizioni alla partecipazione di tali soggetti all'attività negoziale delle stazioni appaltanti, sono applicabili fino a che non intervenga il decreto di omologazione del concordato, di cui all'articolo 180 della Legge fallimentare. Dopo l'omologazione, infatti, l'impresa ritorna sostanzialmente *in bonis* e riacquista, dunque, la piena capacità di concorrere autonomamente alle competizioni pubbliche.

4. Il rapporto con l'interpello di cui all'articolo 110, primo comma

L'articolo 110, comma 1, del Codice dei contratti pubblici stabilisce, in relazione ai contratti vigenti, che in caso di operatore economico sottoposto a procedure concorsuali o liquidatorie, fra cui il fallimento e il concordato preventivo, la stazione appaltante interpella progressivamente i concorrenti graduati, allo scopo di continuare la residua esecuzione del contratto.

Siccome la norma (a differenza del pregresso articolo 140 del Decreto legislativo n. 163/2006) sembra prefigurare l'obbligo allo scorrimento della graduatoria ("interpellano") e non distingue fra tipologie di fallimento o di concordato, si pone il problema di coordinare tale disposizione con il terzo comma, che invece prevede la possibilità di prosecuzione del rapporto contrattuale, dietro autorizzazione del giudice delegato.

Occorre inoltre coordinare tale disposizione con quanto previsto all'articolo 104 della Legge fallimentare³ e all'articolo 186-*bis* della Legge fallimentare⁴, che richiama l'articolo 169-*bis* della stessa

³ L'articolo 104 della Legge fallimentare prevede che il tribunale, nella sentenza che dichiara il fallimento, o successivamente il giudice delegato, possano disporre l'esercizio provvisorio se dall'interruzione può derivare un danno grave, a condizione di

legge⁵, in tema di conferma del contratto pendente e facoltà di scioglimento. Tali norme prevedono, in caso di esercizio provvisorio nel fallimento e nel concordato con continuità aziendale, la tendenziale conferma del contratto, salva la possibilità che i competenti organi della procedura concorsuale ne dichiarino la cessazione. Si tratta, dunque, di un regime diverso da quello previsto dall'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici (l'esecuzione del contratto pendente deve essere autorizzata espressamente dal giudice delegato).

Come evidenziato nel documento di consultazione, si pone, in primo luogo, il problema se il comma 1 si applica anche alle fattispecie regolate dal comma 3 e se possa essere elaborata un'interpretazione armonizzata delle due disposizioni.

Opinando in senso affermativo, si deve concludere nel senso che l'interpello previsto, sia pure in termini di doverosità dal primo comma dell'articolo 110, sia praticabile solo laddove il comma 3 dello stesso articolo non possa "entrare in gioco".

In alternativa, nel documento di consultazione si è prospettata la tesi secondo cui l'applicazione prioritaria del comma 1, nella sua formulazione perentoria, escluda quella del comma 3, salve le ipotesi, per la verità residuali, in cui l'interpello non sia possibile (ad esempio, per mancanza di concorrenti idonei in graduatoria cui attingere per il subentro nell'esecuzione contrattuale).

Al riguardo, lo stakeholder intervenuto ha manifestato adesione al primo approccio, ritenendo più aderente alla *ratio legis* l'idea che, prioritariamente, si debba ricercare la conferma del contratto vigente in capo all'operatore affidatario.

Analoga tematica si presenta in relazione al rapporto fra la procedura di sostituzione dell'operatore economico nell'ambito della formazione plurisoggettiva (ATI, consorzi, ecc.), prevista dall'articolo 48, commi 17 e 18, del Codice dei contratti pubblici⁶, disciplinanti rispettivamente la situazione di crisi della mandataria e della mandante e l'articolo 110, comma 3, in tema di conferma del contratto pendente.

In analogia con quanto argomentato in ordine al rapporto con l'articolo 110, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, nel documento di consultazione si è prospettata la tesi in forza della quale la procedura di sostituzione, prevista all'articolo 48, sia attivabile solo in caso di mancata conferma da parte del giudice delegato, ai sensi dell'articolo 110, commi 3 e 4, sussistendo piena identità di *ratio* rispetto alla fattispecie monosoggettiva, e sempre che l'ATI non possieda comunque i requisiti di qualificazione.

Opzione scelta

Nelle Linee guida l'Autorità ha optato per la prima tesi circa il rapporto fra primo e terzo comma dell'articolo 110 del Codice.

non arrecare pregiudizio ai creditori. Il comma 7 prevede inoltre la continuazione del contratto pendente, salva diversa volontà del curatore.

⁴ L'articolo 186-*bis* della Legge fallimentare regola il concordato preventivo con continuità aziendale, relativo all'ipotesi in cui il piano previsto dall'articolo 161, secondo comma, lettera e) della Legge Fallimentare contempla la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore. Esso differisce dal concordato meramente liquidatorio, o con cessione di beni, in cui la procedura concorsuale rappresenta la sede per la dismissione del patrimonio aziendale.

⁵ L'articolo 169-*bis* della Legge fallimentare consente al debitore, in caso di concordato, di richiedere l'autorizzazione giudiziale a sciogliersi dal vincolo contrattuale o a sospendere l'adempimento del contratto per non oltre sessanta giorni, prorogabile per una sola volta.

⁶ Secondo le disposizioni citate nel testo, in caso di (fra l'altro) fallimento e concordato preventivo, del mandatario ovvero del mandante, la stazione appaltante può proseguire il rapporto con altro operatore economico, in possesso dei requisiti di qualificazione, configurandosi dunque un regime sostitutivo dell'operatore economico in procedura concorsuale.

Si osserva, al riguardo, che se non si vuole rendere *inutiliter data* la previsione di cui all'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici si deve ritenere che la procedura di interpello di cui al comma 1 sia attivabile solo nelle fattispecie non ricomprese nell'ambito oggettivo di applicazione del comma 3 (fallimento senza esercizio provvisorio, procedure concorsuali o liquidatorie diverse, risoluzione, ecc.) e che, pertanto, sia in caso di fallimento con autorizzazione all'esercizio provvisorio, sia in caso di concordato con continuità aziendale, l'interpello presupponga, in sostanza, la mancata conferma del contratto vigente, a seguito di valutazione degli organi della procedura concorsuale.

Tale argomentazione trova un'ulteriore sponda nella previsione di cui all'articolo 110, comma 4, del Codice dei contratti pubblici nella parte in cui prevede, sia per il concordato meramente liquidatorio (ossia con cessione di beni) sia per quello cd. in bianco (di cui all'articolo 161, comma 6, della Legge fallimentare⁷), che le imprese ricadenti in tali situazioni possano, se autorizzate dal giudice delegato, eseguire i contratti in essere (senza possibilità, peraltro, di partecipare a nuove procedure selettive). A maggior ragione, il mantenimento del contratto pendente dovrebbe essere perseguito nelle situazioni di continuità aziendale senza riserva.

Nelle Linee guida, in coerenza con l'assunto che precede, si è chiarito che:

- il ricorso all'interpello del primo comma è attivato solo laddove il giudice delegato non conceda l'autorizzazione alla prosecuzione del contratto in essere (rif. punto 3.4);
- tale conclusione è valida e applicabile anche nell'ambito della formazione plurisoggettiva. Peraltro, con riguardo a tale fattispecie, si è chiarito, al punto 3.5, che - in caso di diniego dell'autorizzazione da parte del giudice delegato - laddove i componenti residui conservino i requisiti di qualificazione previsti il contratto può continuare senza possibilità di ricorso all'interpello previsto dall'articolo 110, primo comma del Codice. Si è inoltre distinto il caso in cui l'assoggettamento alla procedura concorsuale riguardi l'impresa mandataria da quello in cui riguardi la mandante, con le differenti conseguenze derivanti dall'applicazione dell'articolo 47, commi 17 e 18 del Codice;
- resta salva la possibilità, prevista dalla Legge fallimentare (rif. articolo 104 per il fallimento e articolo 169-bis per il concordato con continuità), che i competenti organi della procedura si attivino per lo scioglimento dal rapporto contrattuale in essere (rif. punto 3.7 con espresso riferimento al concordato preventivo).

5. Il rapporto con le norme della Legge fallimentare per il concordato preventivo

L'articolo 110, comma 3 del Codice dei contratti pubblici non reca norme di coordinamento con la Legge fallimentare, che a sua volta contiene disposizioni afferenti al tema della contrattualistica pubblica non abrogate dal Codice.

L'articolo 186-*bis* della Legge fallimentare disciplina, fra l'altro, le condizioni e i limiti per la conferma del contratto vigente e per la partecipazione ad una nuova procedura da parte dell'impresa che presenta istanza di concordato preventivo con continuità aziendale e che venga poi ammessa a tale regime.

Quanto alla sorte dei contratti pendenti, l'articolo 186-*bis*, comma 3, della Legge fallimentare distingue il regime a seconda che l'impresa abbia semplicemente presentato l'istanza (comma 3, primo periodo), ai sensi dell'articolo 161 della Legge fallimentare, o che abbia già ottenuto il decreto di ammissione ex articolo 163 della Legge fallimentare (comma 3, secondo periodo).

⁷ L'articolo 161, comma 6, della Legge fallimentare ammette il concordato con riserva, cd. in bianco, in cui il debitore, al momento del deposito del ricorso per il concordato, si riserva di presentare il piano e la proposta in un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni, eventualmente prorogabile fino a sessanta giorni.

Nel primo caso, si prevede la continuazione del contratto, salva la possibilità di scioglimento o sospensione ai sensi dell'articolo 169-*bis* della legge fallimentare.

Nel documento di consultazione, si è prospettata la tesi secondo cui tale regime potrebbe essere confermato alla luce dell'articolo 110, comma 3 del Codice dei contratti pubblici, dal momento che tale norma non sembra applicabile alla fase pre-ammissione (o fase cd. in bianco) e, come sostenuto dalla giurisprudenza (si veda al riguardo la citata Sentenza Trga Trento, n. 179/2017), nemmeno a quella post-omologa, nella quale l'impresa ritorna sostanzialmente *in bonis*⁸.

Nel documento di consultazione si è prospettato anche l'approccio opposto. Si potrebbe, infatti, ritenere che l'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici in forza del principio di successione cronologica delle leggi, sia ugualmente applicabile, quanto meno alla fase di pre-ammissione e - sebbene non vi sia perfetta identità di fattispecie rispetto all'omologa disposizione della Legge fallimentare - richieda, pertanto, per la conferma del contratto, il nulla osta del giudice delegato.

Nel secondo caso, per la Legge fallimentare il mantenimento del contratto è subordinato, unicamente, alla conforme attestazione del professionista designato dal debitore⁹.

Nel documento di consultazione si è richiamata l'attenzione degli stakeholders sulla questione se tale disposizione sia ancora applicabile o se, viceversa, occorra l'autorizzazione del giudice delegato, come previsto in ogni caso dall'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, quanto meno al fine di dargli esecuzione.

Nel documento di consultazione si è espressa preferenza per la tesi secondo cui sembrerebbe corretto ritenere necessaria tale autorizzazione, in virtù della prevalenza dell'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici in applicazione del criterio *lex posterior derogat priori*.

L'articolo 186-*bis* della Legge fallimentare, ai commi 4 e 5, pone analoghe problematiche in relazione alla partecipazione a nuove procedure di affidamento.

In particolare, il comma 4 prevede l'autorizzazione alla partecipazione (del tribunale) dopo il deposito del ricorso. A seguito dell'ammissione (ai sensi dell'articolo 163 della Legge fallimentare), invece, l'impresa riacquista, ai sensi del comma 5, la capacità di partecipazione, ossia senza autorizzazione giudiziale, laddove la stessa presenti in gara sia la relazione del professionista designato dal debitore, sia l'avvalimento rinforzato (norma di tenore analogo a quella dell'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici).

⁸ Il mero silenzio dell'art. 110 in merito alla partecipazione a nuove procedure di gara da parte delle imprese in concordato in continuità nella fase in bianco non si ritiene possa interpretarsi quale abrogazione implicita della disposizione di cui al quarto comma dell'art. 186 bis, in quanto spazzerebbe via con un colpo di spugna, oltretutto senza dirlo espressamente, un percorso evolutivo, il cui risultato è frutto delle attuali esigenze economiche, produttive e sociali, nonché di tutela delle varie categorie di soggetti coinvolte in una crisi d'impresa. A tal fine si veda la richiamata pronuncia del T.A.R. Trento 24.5.2017 n. 179, che, affrontando in particolare la questione se sia necessario sottoporre all'autorizzazione del giudice delegato la partecipazione dell'impresa a gare pubbliche, o la prosecuzione dei contratti pubblici pendenti, anche dopo l'omologa del concordato, giungendo alla condivisibile soluzione negativa (sul punto vedi anche Tribunale Trento 30.01.2017), afferma il principio che "non debba ritenersi mutato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 ed in particolare dell'art. 110, comma 3 e 4" e che "deve ragionevolmente ritenersi che la citata disposizione del nuovo codice [art. 110, comma 3 e 4] si riferisca pur sempre alla fase antecedente l'omologazione, ed in particolare a quella precedente dell'ammissione, come del resto pure letteralmente si esprime, laddove la previsione sia dell'autorizzazione del giudice delegato sia del parere ANAC è riferita ad un'impresa "ammessa" al concordato, e dunque non ancora omologato", ribadendo a chiare lettere che "proprio sulla base di quest'ultima considerazione, è evidente che per ottenere il risultato sperato all'impresa deve essere consentito di operare sul mercato come qualsiasi altro operatore economico" (cfr. Tribunale di Bolzano, decreto del 9 gennaio 2018; Tribunale di Trento, decreto del 1° giugno 2016.).

⁹ Il professionista designato dall'impresa in concordato deve attestare, in sostanza, che la conferma del contratto in essere è conforme al piano di concordato e che l'impresa conserva la capacità di adempiere alle obbligazioni dedotte.

Il dubbio posto dalla sopravvenienza dell'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici si riferisce alla possibilità di partecipazione nel caso dell'impresa che presenti istanza di concordato con continuità aziendale, nelle more del decreto di ammissione ex articolo 163 della Legge fallimentare.

Anche in relazione a tale fattispecie, nel documento di consultazione si è ritenuto che, in caso di mera presentazione del ricorso ex articolo 161 della Legge fallimentare, se l'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici non è applicabile, la fattispecie dovrebbe essere regolata interamente dall'articolo 186-*bis*, comma 4, della Legge fallimentare (partecipazione dietro autorizzazione del tribunale).

Maggiori difficoltà interpretative insorgono a seguito dell'avvenuta decretazione di ammissione alla procedura.

In tale fattispecie, occorre valutare se il regime applicabile è quello dell'articolo 186-*bis*, comma 5, della Legge fallimentare (partecipazione senza autorizzazione giudiziale, con visto del professionista e avalimento rinforzato), ovvero quella dell'articolo 110, comma 3 (autorizzazione del giudice delegato) ed eventuale avalimento rinforzato se deciso dall'ANAC.

Al riguardo, come evidenziato nel documento posto in consultazione, si potrebbero astrattamente sostenere tre tesi:

- 1) in applicazione del criterio della successione cronologica delle leggi, si applica il regime delineato dall'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, talché l'autorizzazione del giudice delegato è sempre necessaria¹⁰;
- 2) (interpretazione armonizzata) l'autorizzazione del giudice delegato non è necessaria soltanto nell'ipotesi in cui l'impresa ammessa presenti la documentazione prevista dall'articolo 186-*bis*, comma 5, della Legge fallimentare; in tale ipotesi, si potrebbe argomentare, l'impresa fornisce garanzie atte a superare la necessità del controllo giudiziale¹¹;
- 3) (interpretazione intermedia) l'autorizzazione del giudice delegato è necessaria, in forza della norma sopravvenuta recata dall'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici. Tuttavia, l'impresa in concordato può volontariamente presentare la documentazione di cui all'articolo 186-*bis*, comma 5, della Legge fallimentare, allo scopo di agevolare la valutazione del giudice delegato ai fini dell'autorizzazione ed, evitare in ogni caso, l'intervento dell'ANAC ai sensi dell'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, allo scopo di semplificare e abbreviare l'iter per la presentazione dell'offerta.

Sul tema lo stakeholder intervenuto ha mostrato adesione alla prima tesi, in quanto maggiormente aderente al dato letterale della norma sopravvenuta introdotta con il Codice dei contratti pubblici.

¹⁰ In tal senso anche l'ordinanza del TAR per la Lombardia n. 1460/2016, che detta il principio della piena applicabilità del nuovo codice degli appalti (con conseguente irrilevanza del disposto dell'art. 186-*bis* comma 85, lett. a della legge fallimentare) e della ravvisata autosufficienza dell'autorizzazione del giudice delegato ai fini della partecipazione alla fase comparativa della gara.

¹¹ Occorre segnalare un diverso orientamento dei giudici di merito, secondo cui: *“la normativa fallimentare richiede un quid pluris rispetto a quella disciplinante i rapporti con la P.A.: innanzitutto, la relazione di un professionista sulla conformità del contratto al piano e sulla ragionevole capacità di adempimento del debitore, e ciò senza dubbio a tutela del ceto creditorio, che in caso di giudizio negativo si vedrebbe gravato da ulteriori perdite e costi prevedibili, oltre che da voci di danno dovute alla risoluzione per grave inadempimento, anch'esse prevedibili; in secondo luogo, l'avalimento, e ciò a tutela evidentemente non solo dell'interesse della p.a. ad un'esecuzione celere e senza soluzione di continuità, ma anche dell'impresa stessa e soprattutto del suo ceto creditorio, che così non potrà essere esposto a richieste di risarcimento danni, sempre di natura prevedibile. Se si condivide questa impostazione, allora sarà necessario richiedere, di regola, sia (i) l'attestazione - l'autorizzazione del GD si può ritenere assorbita dal provvedimento di ammissione del Tribunale, qualora il piano contenga già un'indicazione dettagliata rispetto alla sostenibilità della partecipazione rispetto alle redditività contenute nel piano - che (ii) l'avalimento”* (già citato decreto del Tribunale di Trento del 9 gennaio 2018).

Anche l'articolo 186-*bis*, comma 6, della Legge fallimentare pone dubbi interpretativi, meritevoli di esame.

Tale norma prevede che, in caso di partecipazione in modalità plurisoggettiva, l'impresa in concordato possa concorrere solo come mandante e a condizione che non vi siano altre componenti l'ATI assoggettate ad una procedura concorsuale.

L'articolo 110 del Codice dei contratti pubblici, tuttavia, non prevede tale limite e, anzi, dal combinato disposto di cui all'articolo 48, commi 17 e 19-*ter*, del Codice dei contratti pubblici, si potrebbe anche ricavare che l'impresa in concordato possa rivestire la qualità di mandataria, dal momento che è contemplata la possibilità di assoggettamento a procedura concorsuale in fase di gara ed è fatto salvo l'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici.

Nel documento di consultazione si è messo in evidenza come una considerazione di carattere sistematico potrebbe fare pendere l'ago della bilancia a favore della tesi secondo cui il limite posto dall'articolo 186-*bis*, comma 6, della Legge fallimentare non sia più operativo in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Poiché tale limite non è applicabile, in difetto di espressa previsione *ad hoc*, all'impresa fallita autorizzata all'esercizio provvisorio (né l'articolo 110 del Codice dei contratti pubblici né l'articolo 104 della Legge fallimentare lo prevedono), si potrebbe ritenere, per il principio di non contraddizione e coerenza dell'ordinamento, che la previsione dell'articolo 186-*bis*, comma 6, della Legge fallimentare non sia più applicabile alle imprese in concordato con continuità aziendale, pena l'evidente, irragionevole sperequazione con l'ipotesi della partecipazione dell'impresa in regime di fallimento con autorizzazione all'esercizio provvisorio.

Sull'argomento in questione, il contributo pervenuto nel corso della consultazione si è mostrato di contrario avviso.

Lo stakeholder ha evidenziato, al riguardo, come sarebbe più ragionevole ritenere, a tutela della stazione appaltante e dell'interesse pubblico e del mercato ad evitare che agli appalti pubblici partecipino soggetti in difficoltà finanziarie, che l'impresa in questione non possa rivestire un ruolo maggioritario nell'ambito della compagine plurisoggettiva.

Opzione scelta

Nelle Linee guida l'Autorità ha ritenuto di dare credito all'ottica interpretativa secondo la quale la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici (articolo 110) si applica nella fase successiva all'ammissione alla procedura concorsuale (rif. art.163 Legge fallimentare). Nella fase cd. in bianco (ossia dalla presentazione dell'istanza di concordato in continuità e fino all'ammissione alla procedura) la disciplina applicabile resta quella recata dalla Legge fallimentare. Dopo l'omologazione, come già evidenziato, l'impresa ritorna *in bonis* e pertanto può partecipare autonomamente alla gara.

Sul tema, le Linee guida prevedono il seguente regime:

- durante la fase preliminare all'ammissione, i contratti in corso di esecuzione continuano *de plano*, e la partecipazione alla gara è regolata dall'articolo 186-*bis*, comma 3, primo periodo della Legge fallimentare (punto 3.7);
- a seguito dell'ammissione alla procedura, le condizioni per la conferma dei contratti pendenti così come per la partecipazione agli affidamenti sono regolate dal Codice dei contratti pubblici, quale normativa sopravvenuta, e pertanto è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato, ai sensi dell'articolo 110, comma 3 del Codice (punto 3.1).

Ad avviso dell’Autorità, in applicazione del criterio di successione cronologica delle leggi, la normativa recata dal nuovo Codice deve essere considerata prevalente sulla Legge fallimentare, limitatamente agli aspetti regolati dalla normativa sopravvenuta (partecipazione a nuove gare o conferma dei contratti in corso da parte delle imprese ammesse al concordato).

Sull’argomento relativo alla possibilità che l’impresa fallita o ammessa al concordato possa rivestire la qualifica di capofila o mandataria nella formazione plurisoggettiva, circostanza vietata dall’articolo 186-bis, comma 6 della Legge fallimentare, l’Autorità ha aderito all’impostazione esposta come preferenziale nel documento di consultazione.

Nelle Linee guida si prevede esplicitamente, al punto 3.6, che l’operatore economico interessato possa rivestire il ruolo di capofila o mandatario in consorzi o ati.

Ad avviso dell’Autorità è dirimente la circostanza che, laddove si confermasse la perdurante vigenza della norma recata dalla Legge fallimentare, si creerebbe un’insanabile discrasia rispetto all’impresa fallita e autorizzata all’esercizio provvisorio, per la quale la Legge Fallimentare non prevede (né poteva prevedere essendo antecedente alla norma, contenuta nel Codice del 2016, che ammette eccezionalmente l’impresa in fallimento alle gare) alcuna limitazione soggettiva.

In secondo luogo, si rileva che, concernendo la questione direttamente un profilo attinente alla partecipazione dell’operatore economico in concordato alla procedura selettiva, secondo il noto principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, la mancanza di una espressa previsione nel Codice dei contratti pubblici del divieto deve ragionevolmente essere interpretato come segno della volontà del legislatore di non prevedere vincoli alla partecipazione, autorizzazione del giudice delegato a parte.

Quanto ai rilievi sollevati nel corso della consultazione, si osserva che il legislatore, con una scelta effettuata a monte, ha inteso favorire la possibilità di partecipazione, entro limiti prestabiliti, anche agli operatori assoggettati alle procedure concorsuali, talché non appare in linea con la finalità della disposizione l’interpretazione che si risolve in una negazione sul piano concreto di tale finalità.

6. La partecipazione dell’impresa fallita

L’articolo 80, comma 5, lettera b) del Codice dei contratti pubblici esclude dalla partecipazione alle gare (fra l’altro) le imprese fallite, e quelle per cui pende il relativo procedimento, fatto salvo quanto previsto dall’articolo 110.

Come osservato nel documento di consultazione, la disposizione non è affatto speculare a quella del concordato con continuità aziendale. Infatti, mentre l’ipotesi del concordato con continuità è posta come eccezione alla regola di non ammissione dell’impresa in concordato (“salvo il caso di concordato con continuità aziendale”), per l’impresa fallita l’unica deroga è contemplata dall’articolo 110 (comma 3), richiamato dall’articolo 80 comma 5 lettera b), del Codice dei contratti pubblici che si riferisce tuttavia all’impresa già autorizzata, ex articolo 104 della Legge fallimentare, all’esercizio provvisorio.

Nel documento in consultazione si è avanzata la conclusione secondo cui:

- l’impresa che presenta istanza di concordato con continuità aziendale è ammessa a partecipare alle gare, alla condizione di cui all’articolo 186-*bis* della Legge fallimentare ovvero dell’articolo 110 comma 3 del Codice dei contratti pubblici (v. par. precedente);
- l’impresa per cui pende istanza di fallimento è esclusa dalle gare fino a che non intervengano la sentenza di fallimento con ammissione all’esercizio provvisorio (o il provvedimento

equipollente ai sensi dell'articolo 104, comma 2, della Legge fallimentare¹²) e l'autorizzazione del giudice delegato a partecipare alla procedura, ai sensi dell'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici.

La diversità di regime potrebbe giustificarsi in considerazione dell'obiettivo diversità dei due istituti (crisi conclamata e finalità sostanzialmente liquidatoria per il fallimento, difficoltà transitoria e recupero della piena funzionalità aziendale per quella in concordato).

Sul punto la ricostruzione dello stakeholder intervenuto concorda in sostanza con il punto di vista esposto nel documento di consultazione.

Peraltro, un ulteriore problema di mancato coordinamento nasce anche con riguardo alle sorte dei contratti in corso di esecuzione. Infatti, da un lato l'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici richiede l'autorizzazione alla conferma da parte del giudice delegato per l'impresa fallita e autorizzata all'esercizio provvisorio, dall'altro, l'articolo 104, comma 7, della Legge fallimentare prevede la continuazione *de plano* dell'attività, fatta salva la possibilità di scioglimento o sospensione.

Opzione scelta

Nella valutazione delle problematiche sopra rilevate, l'Autorità ha seguito la medesima impostazione già vagliata in occasione dei precedenti paragrafi, anche sul tema del rapporto fra Codice dei contratti e Legge fallimentare.

In dettaglio, con riferimento al tema dell'estensibilità alle imprese per cui pende istanza di fallimento delle disposizioni recate dall'articolo 186-bis della Legge fallimentare, nelle Linee guida, al punto 2.3 si è chiarito che le disposizioni della Linee guida non sono applicabili laddove non sia intervenuta l'autorizzazione all'esercizio provvisorio e, a maggior ragione, la dichiarazione di fallimento.

Per tali operatori, pertanto, vige il divieto di accesso alle gare, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera b del Codice (si veda, in argomento, la recente ordinanza del Consiglio di Stato n.686/2018 con la quale il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa ha rimesso al vaglio della Corte di Giustizia la compatibilità della norma nazionale che prevede l'espulsione dalla gara in ipotesi di mera pendenza dell'istanza di fallimento).

Sul tema della sorte dei contratti vigenti, per il principio di successione cronologica delle leggi l'articolo 110, comma 3 del Codice sarà applicabile alle sole ipotesi di fallimento dichiarato con autorizzazione all'esercizio provvisorio.

Se non intervengono i predetti presupposti, i contratti continuano *de plano* secondo la disciplina recata dalla Legge fallimentare (articolo 104, comma 7). Le Linee guida non disciplinano espressamente tale evenienza, in quanto inapplicabili in ipotesi di fallimento non dichiarato ovvero in caso di mancata autorizzazione all'esercizio provvisorio.

7. La partecipazione e la regolarità contributiva

¹² Dopo la sentenza dichiarativa di fallimento l'autorizzazione all'esercizio provvisorio può essere concessa dal giudice delegato.

L'articolo 110, comma 5, lettera a), del Codice dei contratti pubblici ammette implicitamente che l'impresa non in regola con il versamento dei contributi partecipi alla gara, se del caso - a seguito della valutazione dell'ANAC - con obbligatorio ricorso all'avvalimento cd. rinforzato.

Come prospettato nel documento di consultazione, si potrebbe da ciò argomentare che la norma intende, con tale previsione, derogare all'articolo 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, stabilendo un'eccezione al principio della regolarità contributiva quale generale requisito, che deve sussistere *ex ante*, di ammissione alle pubbliche gare, limitatamente agli operatori economici considerati all'articolo 110, comma 3 del Codice.

Il dubbio è ancora più pregnante, se si considera che, a seguito della valutazione dell'ANAC, l'obbligo di avvalimento *de quo* potrebbe non essere applicato e che, peraltro, la norma non prevede soglie di gravità dell'irregolarità.

Al riguardo, nel documento di consultazione si ipotizzavano due diverse chiavi di lettura:

- a) la norma vuole in effetti eccezionalmente derogare all'articolo 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, ammettendo tali imprese alla gara, anche se non in regola con il versamento dei contributi. La logica è quella del *favor participationis* per le imprese in crisi, che fisiologicamente hanno significativi problemi di liquidità;
- b) non si tratta di una vera e propria deroga, come tale problematica sotto il profilo del rispetto del principio della *par condicio*. La norma considera la circostanza di non essere in regola con i pagamenti (ossia il fatto di avere debiti con i dipendenti o con gli istituti di previdenza e assistenza) unicamente quale motivo per imporre, se del caso, l'avvalimento rinforzato. Occorre dapprima leggere la norma in armonia con quanto prevede l'articolo 5 del Decreto ministeriale 30.1.2015, come modificato dal Decreto ministeriale 23.2.2016, in tema di DURC on line. Tale disposizione, al comma 1, stabilisce che l'impresa in concordato si considera regolare, dalla presentazione del ricorso fino al decreto di omologa, a condizione che il piano di concordato preveda l'integrale soddisfazione dei crediti degli istituti di previdenza e assistenza. Il comma 2 prevede, invece, per le imprese fallite ammesse all'esercizio provvisorio la condizione *sic et simpliciter* di regolarità per i debiti scaduti prima dell'autorizzazione all'esercizio provvisorio, restando inteso che per i versamenti dovuti dopo l'esercizio provvisorio, per i quali opera un regime di prededuzione ex articolo 111 della Legge fallimentare¹³, l'impresa debba essere in condizioni di correntezza (cfr. circolare Inail n. 48 del 14.12.2016).

Lo stakeholder intervenuto propende per la seconda impostazione.

Opzione scelta

L'Autorità ha aderito alla seconda opzione interpretativa.

Si ritiene, infatti, che non sarebbe in sé accettabile ritenere che il Codice, con una norma dettata specificamente per regolare l'avvalimento in ambito concorsuale, abbia inteso derogare al generale principio della regolarità contributiva quale condizione di ammissione alla gara, codificato all'articolo 80, comma 4 del Codice e, peraltro, diretta attuazione dell'articolo 57, n. 3, secondo periodo della Direttiva 2014/24/UE, che ammette deroghe al principio unicamente in relazione al mancato pagamento di piccoli importi (v. art.80, co.4 del Codice) ovvero quando l'illecito dipende da violazioni commesse in un periodo in cui l'operatore economico non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito.

¹³ I crediti ammessi in regime di prededuzione, essendo sorti durante la procedura, vengono soddisfatti, nell'ambito della stessa, con priorità rispetto agli altri, secondo l'ordine previsto dall'articolo 111 della Legge fallimentare.

È più coerente con la considerazione che precede ritenere che la non correntezza con il versamento dei contributi è considerata dal legislatore come ipotesi che rende di per sé possibile l'avvalimento obbligatorio, qualora stabilito dall'ANAC. La disposizione - cioè - non ha valenza sistemica, ma opera relativamente all'ambito dell'avvalimento obbligatorio.

Nondimeno, permane comunque la necessità di coordinamento con le disposizioni della Legge fallimentare che prevedono, sia in caso di fallimento che di concordato preventivo, la sospensione della possibilità di disporre pagamenti all'esterno della procedura concorsuale (artt. 51 e 168 della Legge fallimentare), ovvero per il concordato la possibilità di moratoria, fino ad un anno dall'omologa, del pagamento dei crediti privilegiati, in cui rientrano anche quelli contributivi (v. articolo 186-*bis*, comma 2, lettera c), della Legge fallimentare.

Nelle Linee guida, al punto 4.3, l'Autorità ha ribadito la necessità che anche gli operatori economici considerati dal Codice siano in regola con i requisiti previsti dall'articolo 80 e, con riguardo al tema della regolarità contributiva, al successivo punto 4.4 ha pertanto fornito indicazioni nel senso che la valutazione circa la sussistenza di tale condizione deve tenere conto della specificità di tali soggetti e, in particolar modo, dei vincoli e delle flessibilità previsti dalla normativa speciale in relazione agli obblighi e alle facoltà di pagamento che impattano con i crediti degli istituti previdenziali.