

Linee guida art.110

CONTRIBUTI PERVENUTI

Sommario

A) ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA	1
1. ANCE	1

A) ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA

1. ANCE

Contesto normativo

Il decreto legislativo n. 50 del 2016 (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 (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.

A chiusura del sistema, infine, si pone l'interesse, di pari dignità, della stazione appaltante alla corretta esecuzione dell'appalto o della concessione.

OSSERVAZIONI ANCE

IN PREMESSA, OCCORRE EVIDENZIARE CHE L'ANCE NON CONDIVIDE LA SCELTA DEL LEGISLATORE DI CONSENTIRE ALLE IMPRESE FALLITE SIANO ESSE AUTORIZZATE O MENO ALL'ESERCIZIO PROVVISORIO, NONCHÉ ALLE IMPRESE CHE ABBIANO PRESENTATO DOMANDA DI AMMISSIONE AL CONCORDATO IN BIANCO O CON CONTINUITÀ, DI PARTECIPARE ALLE PROCEDURE DI GARA, SALVO CHE, IN CASO DI AMMISSIONE ALLA CONTINUITÀ, SIA STATO PREVISTO UN PIANO DI RIENTRO CHE PREVEDA LA SODDISFAZIONE DEL 60 PER CENTO DEI CREDITORI CHIROGRAFARI.

IL DIVIETO ALLA PARTECIPAZIONE A NUOVE PROCEDURE DI GARA, CON L'UNICA ECCEZIONE SOPRA INDICATA, TRAE ORIGINE DALLA NECESSITÀ DI TUTELARE IN PRIMO LUOGO IL PRINCIPIO DI CONCORRENZA E PAR CONDICIO FRA LE IMPRESE, FACENDO SÌ CHE ALLE PROCEDURE DI GARA CONCORRANO SOGGETTI POSTI NELLA MEDESIMA CONDIZIONE, E CHE NON TRAGGANO VANTAGGIO, NELLA FORMULAZIONE DELLE OFFERTE, DALLA PROPRIA SITUAZIONE DI CRISI. INFATTI, L'IMPRESA IN TALI CASI, GODE DI PARTICOLARI TUTELE DALLE AZIONI ESECUTIVE NEI PROPRI CONFRONTI, CHE SI RIPERCUOTONO NECESSARIAMENTE SULLA FORMULAZIONE DELL'OFFERTA.

PERALTRO, L'IMPRESA SOTTOPOSTA A TALI PROCEDURE POTREBBE NON OFFRIRE SUFFICIENTI GARANZIE CIRCA LA REALE POSSIBILITÀ DI ADEMPIERE ALLA PROPRIA OFFERTA, ESSENDO IN UNA FASE CRITICA DELLA SUA ATTIVITÀ.

LA PRECLUSIONE ALLA PARTECIPAZIONE PER TALI SOGGETTI (SIA IN FORMA SINGOLA CHE RAGGRUPPATI) TUTELEREBBE ANCHE IL BUON ANDAMENTO DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA, E SOPRATTUTTO IL SUPERIORE INTERESSE PUBBLICO ALLA REALIZZAZIONE DELL'OPERA.

PER ANCE, APPARE ANZITUTTO AUSPICABILE UN RIPENSAMENTO SU TALE ESTENSIONE CHE, PER LE RAGIONI SOPRADESCRITTE E NEI TERMINI ILLUSTRATI, PREGIUDICA UNA SANA CONCORRENZA NEL MERCATO DELLE OPERE PUBBLICHE.

2. Ragioni dell'intervento dell'ANAC

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 avalimento 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, 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/concorrente.

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.

Il presente documento contiene proposte di soluzioni interpretative e operative che si sottopongono all'attenzione degli stakeholders, invitando gli stessi a far pervenire le proprie osservazioni ed evidenziando le motivazioni a supporto delle scelte prospettate e il possibile impatto delle stesse sul mercato.

Nei contenuti, si ritiene opportuno che le Linee guida, oltre ad attuare direttamente il precetto normativo che chiama l'ANAC a stabilire le possibili, ulteriori fattispecie di avvalimento rinforzato obbligatorio, chiariscano, a beneficio del mercato, 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.

Di seguito si evidenziano le specifiche questioni da approfondire e le relative osservazioni, con le sottese problematiche rilevate, fermo restando che gli stakeholders potranno evidenziare altre questioni ritenute significative e attinenti al redigendo atto regolatorio dell'ANAC.

3. Ambito di applicazione

La disciplina recata dall'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, si applica agli affidamenti di appalti, subappalti e concessioni.

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 deve ritenere che le relative disposizioni siano applicabili anche alle procedure di valore inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici.

Si ritiene che la disposizione in parola sia inoltre 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 aspetto da valutare 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.

Al riguardo, ai sensi del combinato disposto di cui all'articolo 80, comma 5, lettera b) e all'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici si dovrebbe ritenere inapplicabile la disciplina tesa al favor participationis alle imprese dichiarate fallite senza esercizio provvisorio e a quelle in liquidazione coatta.

OSSERVAZIONI ANCE

APPARE CONDIVISIBILE LA VALUTAZIONE IN MERITO ALLA POSSIBILITÀ DI APPLICARE TALI DISPOSIZIONI AI CONTRATTI "SOTTOSOGLIA" AI SETTORI SPECIALI, NONCHÉ ALLE SOLE IMPRESE SOGGETTE AL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE, CON ESCLUSIONE, QUINDI, DI QUELLE DICHIARATE FALLITE, SIANO ESSE AUTORIZZATE O MENO ALL'ESERCIZIO PROVVISORIO, E QUELLE IN LIQUIDAZIONE COATTA.

4. L'intervento dell'ANAC

L'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici prevede 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).

La prima questione da dirimere è di natura procedimentale, ed afferisce alle modalità con cui si innesca l'intervento dell'ANAC: in modo autonomo ovvero su richiesta di altro specifico soggetto (giudice delegato, impresa concorrente o stazione appaltante).

Ulteriormente, sembra utile valutare se il potere attribuito all'ANAC sia vincolato o piuttosto discrezionale.

Sulla prima questione, pare ipotizzabile che sia il giudice delegato 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.

A rigore, quindi, dovrebbe 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.

L'intervento ex officio dell'ANAC appare, prima facie, 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).

La questione in parola dà la stura ad un ulteriore aspetto da valutare, ossia 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).

Al riguardo, sembra possibile affermare che la soluzione dipende 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, sembrerebbe 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.

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. Si potrebbe prevedere che, contestualmente all'attivazione dell'ANAC da parte del giudice delegato o di altro soggetto, l'impresa o la stessa ANAC segnalino alla stazione appaltante la pendenza del subprocedimento e la conseguente richiesta di ammissione provvisoria dell'impresa in decozione, fatta salva l'eventuale necessità di integrare la domanda di partecipazione con l'avvalimento, a seguito della determinazione adottata dall'ANAC.

Questa soluzione consentirebbe di ovviare ad un problema di non poco momento; eviterebbe, in sostanza, che una norma con una finalità pro-competitiva si riveli, nell'attuazione pratica, foriera di un appesantimento, sotto il profilo degli oneri procedurali e, di fatto, ostativa alla partecipazione a gara, visti anche i tempi che sarebbero necessari per l'intervento di una pluralità di soggetti (giudice delegato e ANAC). Residua, in ogni caso, il problema di ammettere alla gara un soggetto indicato dall'impresa ausiliaria successivamente al termine per la presentazione delle offerte.

Sebbene l'istituto dell'avvalimento sia indubbiamente improntato a formalità che prevedono la sottoscrizione preventiva, e la presentazione in gara, di un contratto, l'ammissibilità della sostituzione dell'impresa ausiliaria, ora prevista dall'articolo 89, comma 3, secondo periodo, del Codice dei contratti pubblici, depone a favore di una possibile formalizzazione successiva della dichiarazione d'avvalimento e del relativo contratto, in presenza di specifiche circostanze (quale quella in esame), e ciò allo scopo di consentire motivatamente all'impresa in decozione di presentare un'offerta nelle more della pronuncia dell'ANAC. Tale meccanismo, peraltro, potrebbe essere immaginato solo nelle ipotesi in cui il giudice delegato abbia autorizzato la partecipazione e l'impresa concorrente possieda già, ex sé, i requisiti di qualificazione alla procedura, talché l'avvalimento obbligatorio, disposto dall'ANAC ai sensi dell'articolo 110, comma 5, del Codice dei contratti pubblici avrebbe in sostanza una funzione di garanzia.

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'attribuzione di discrezionalità, verosimilmente mista (amministrativa e tecnica) o solo tecnica, a seconda degli elementi da valutare e la latitudine della valutazione.

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 generale del legislatore.

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

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.

OSSERVAZIONI ANCE

AD AVVISO DELL'ANCE, SEMBRA PREFERIBILE, IN UNA OTTICA DI SNELLEZZA DELLE PROCEDURE, CHE SIA IL GIUDICE DELEGATO A RICHIEDERE LA PRONUNCIA DELL'ANAC, ANCHE CONSIDERATO CHE LO STESSO GIUDICE È IL SOGGETTO CHE MEGLIO CONOSCE LA CONDIZIONE PATRIMONIALE DELL'OPERATORE ECONOMICO (IN VIA RESIDUALE, SI POTREBBE IPOTIZZARE CHE SIA LA STAZIONE APPALTANTE A RICHIEDERE L'INTERVENTO DELL'ANAC, SEBBENE SI CONDIVIDA LA CIRCOSTANZA, EVIDENZIATA DA ANAC, CHE LA STAZIONE APPALTANTE POTREBBE ESSERE IGNARA DELLA VOLONTÀ DELL'IMPRESA DI PARTECIPARE ALLA GARA).

IN PARTICOLARE, SI RITIENE CHE, NEL CASO IN CUI SI TRATTI DI PARTECIPARE A PROCEDURE DI GARA, IL GIUDICE DELEGATO DEBBA SEMPRE RICHIEDERE L'INTERVENTO DELL'ANAC, IN RAGIONE DELLA SPECIFICITÀ DEL RUOLO DI QUEST'ULTIMA NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI. SI TRATTA, PERTANTO, DI UN POTERE DEL GIUDICE DELEGATO DI TIPO VINCOLATO E NON DISCREZIONALE.

SEMBREREBBE ESSERE, INOLTRE, PIÙ IN LINEA CON IL DETTATO NORMATIVO PREVEDERE UNA VALUTAZIONE SULLA SPECIFICA PROCEDURA DI GARA E NON, IN GENERALE, SU VARIE PROCEDURE DI GARA INDIVIDUATE PREVENTIVAMENTE, ANCHE IN RAGIONE DEL FATTO CHE LE VALUTAZIONI RICHIESTE ALL'ANAC RIGUARDANO FATTORI CHE EMERGONO IN OCCASIONE DELLA PARTECIPAZIONE ALLA SINGOLA PROCEDURA.

NON SI CONDIVIDE, POI, L'ASSUNTO SECONDO CUI DOVREBBE ESSERE CONSENTITO ALL'IMPRESA IN DECOZIONE DI PRESENTARE L'OFFERTA NELLE MORE DELLA PRONUNCIA DELL'ANAC, ANCHE, EVENTUALMENTE, NEI CASI IN CUI L'IMPRESA POSSIEDA EX SE I REQUISITI DI QUALIFICAZIONE CHE RENDEREBBERO L'AVVALIMENTO UN MERO STRUMENTO DI GARANZIA.

L'AVVALIMENTO DI CUI TRATTASI ASSOLVE LA SUA FUNZIONE PROPRIO NEL COSTITUIRE UNA GARANZIA PER LA POSITIVA CONCLUSIONE DELL'APPALTO; IN TALE CONTESTO, IL GIUDIZIO DELL'ANAC PRESCINDE DA UN CONTROLLO TECNICO IN MERITO AL POSSESSO DEI REQUISITI, IN QUANTO ATTIENE, PIUTTOSTO, ALLA VALUTAZIONE COMPLESSIVA DELL'AFFIDABILITÀ DELL'IMPRESA IN MERITO AL CORRETTO ADEMPIMENTO DELLE PRESTAZIONI DELL'APPALTO NONCHÉ DELLE RIPERCUSSIONI NEGATIVE CHE LA PARTECIPAZIONE ALLA PROCEDURA DI GARA DI UN'IMPRESA IN CRISI COMPORTA PER TUTTI I SOGGETTI COINVOLTI NELL'ESECUZIONE STESSA, IN PARTICOLARE I SUBAPPALTATORI ED I SUBCONTRAENTI DELLA STESSA. IN ALTRI TERMINI, L'AVVALIMENTO DEVE ESSERE INTESO SOLO A GARANZIA, OVVERO L'IMPRESA IN DECOZIONE DEVE AVERE GIÀ DI PER SE I REQUISITI PER PARTECIPARE; L'AUSILIARIA DEVE ESSERE PRONTA A INTERVENIRE SOLO IN CASO DI PROBLEMI.

PERTANTO, SI RITIENE CHE LA VALUTAZIONE ESPRESSA DELL'ANAC, ED IL CONSEGUENTE GIUDIZIO IN MERITO AL RICORSO ALL'AVVALIMENTO, DEBBANO OBBLIGATORIAMENTE PRECEDERE LA PRESENTAZIONE DELL'OFFERTA. LA FACOLTATIVITÀ È NEL SENSO DI AMMETTERE L'IMPRESA ALLA PROCEDURA (CON AVVALIMENTO RINFORZATO) O MENO.

SUL PUNTO, INOLTRE, OCCORRE CHIARIRE CHE, AD AVVISO DI ANCE, LA SPECIFICITÀ DEL GIUDIZIO DELL'ANAC IN MERITO ALLA PROCEDURA DI GARA (BASATA SU VALUTAZIONI DIFFERENTI DA QUELLE COMPIUTE DALL'ORGANO GIUDIZIARIO) DOVREBBE AVERE UN RUOLO DECISIVO NON SOLO AI FINI DELL'AVVALIMENTO QUANTO, PIUTTOSTO, AI FINI DELLA STESSA PARTECIPAZIONE ALLA PROCEDURA DA PARTE DELL'IMPRESA IN CRISI.

QUALORA, INFATTI, L'ANAC RAVVISASSE CHE NON VI SIANO I PRESUPPOSTI PER L'AVVALIMENTO, E SI PRONUNCIASSE NEGATIVAMENTE IN MERITO ALLA POSSIBILITÀ DI RICORRERE ALL'AVVALIMENTO ALL'ESITO DI UN GIUDIZIO NEGATIVO SULL'ESECUZIONE DELL'APPALTO, SI RITIENE CHE IL GIUDICE DELEGATO DOVREBBE TENERNE NECESSARIAMENTE CONTO E RIVEDERE LA PROPRIA DECISIONE DI AMMETTERE ALLA PROCEDURA DI GARA L'IMPRESA.

IN ALTRI TERMINI, UN EVENTUALE GIUDIZIO NEGATIVO DELL'ANAC DOVREBBE ESSERE PREMINENTE RISPETTO A QUELLO DELL'ORGANO GIUDIZIARIO E CONSIDERARE, LO SI VUOLE RIBADIRE, LE RIPERCUSSIONI NEGATIVE SULLA "FILIERA" DELL'IMPRESA IN CRISI CHE RESTI NEL MERCATO DELLE OPERE PUBBLICHE, QUAND'ANCHE AUTORIZZATA ALL'ESERCIZIO PROVVISORIO.

UNA VOLTA ACCLARATO LO STATO DI CRISI DELL'IMPRESA, INFATTI, LA STESSA SI TROVA IN UNA SITUAZIONE DI "PROTEZIONE" DALLE AZIONI ESECUTIVE E, NELLA SPECIFICA GARA, GODREBBE DELL'AIUTO DELL'IMPRESA AUSILIARIA; LE IMPRESE SUBAPPALTATRICI ED I SUBCONTRAENTI, AL CONTRARIO, SAREBBERO PRIVI DELLE TUTELE CHE LA LEGGE FALLIMENTARE PREVEDE IN CAPO ALL'IMPRESA IN CRISI. E, CON ESSE, I LAVORATORI E LE MAESTRANZE COINVOLTI DALLA PROCEDURA. SU QUESTI SOGGETTI FINIREBBERO PER "SCARICARSI" TUTTI I PROBLEMI DAI QUALI INVECE L'IMPRESA IN CRISI RISULTA PROTETTA.

CIÒ PREMESSO, AD AVVISO DELL'ANCE, LA PARTECIPAZIONE ALLE GARE DI IMPRESE FALLITE (AUTORIZZATE O MENO ALL'ESERCIZIO PROVVISORIO) DEVE ESSERE VIETATA, MENTRE LA PARTECIPAZIONE DELLE IMPRESE AMMESSE AL CONCORDATO CON CONTINUITÀ DEVE CONSIDERATA UNA POSSIBILITÀ "ECCEZIONALE/RESIDUALE".

IN OGNI CASO, PER OVVIARE ALLE EVENTUALI LUNGAGGINI DERIVANTI DALL'ACCERTAMENTO DA PARTE DELL'ANAC, POTREBBE ESSERE PREVISTO CHE L'ANAC SI PRONUNCI IN TEMPI PRESTABILITI DALLA NORMA, E SECONDO UNA PROCEDURA PRECISA, O, ALTERNATIVAMENTE - E FORSE SEMBREREBBE LA SOLUZIONE PREFERIBILE- POTREBBE ESSERE PREVISTO CHE, DECORSO UN TERMINE PREFISSATO, IL PARERE SI INTENDA RESO NEGATIVAMENTE, OSSIA NEL SENSO DELLA NEGAZIONE DELLE POSSIBILITÀ DI PRESENTARE OFFERTA.

RESTA FERMO CHE L'IMPRESA NON PUÒ PRESENTARE OFFERTA SENZA IL PARERE POSITIVO DI ANAC, CON LA CONSEGUENZA CHE NON PUÒ PARTECIPARE NELLE MORE DELLA SUA PRONUNCIA.

QUANTO, DA ULTIMO, ALL'IPOTESI DELLA CESSIONE DEL CONTRATTO, ESSA APPARE UN'OPZIONE MIGLIORE RISPETTO ALLA PROSECUZIONE DELL'ESECUZIONE MEDIANTE RICORSO ALL'AVVALIMENTO.

5. Le ulteriori ipotesi di avvalimento cd. rinforzato

La questione principale da analizzare riguarda l'individuazione di ulteriori ipotesi, rimesse come detto 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.

In base al tenore letterale della disposizione, si potrebbe ritenere che la norma intenda considerare la possibilità di prevedere dei requisiti, di natura tecnica o finanziaria, che l'ANAC potrebbe richiedere in capo alle aziende in questione, per evitare l'avvalimento.

Si potrebbe ipotizzare, astrattamente, l'utilizzo di indici finanziari, di bilancio (es. patrimonio netto), di convenienza dell'investimento (es. van), ovvero di natura tecnica.

Si tratta, probabilmente, di indici difficili da individuare e di rigida applicazione, tenuto conto che la disposizione impatta su imprese in decozione.

Si potrebbe, viceversa, partire dalla ratio della disposizione per valutare i possibili margini dell'intervento regolatorio.

La finalità dell'avvalimento cd. rinforzato 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 più 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, si tratterebbe di individuare 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.

Ad esempio, si potrebbe ipotizzare di considerare, alternativamente o congiuntamente, la congruità delle dotazioni strumentali (ossia verificare che il complesso aziendale sia ancora integro), la capacità finanziaria

(verificare se l'impresa ha liquidità da utilizzare per pagare i propri fornitori o vi sia la necessità di fare investimenti) o quella relativa alle risorse umane (se possiede il management per elaborare un piano industriale), tenendo conto ovviamente dell'indicazione del giudice delegato e, verosimilmente, della particolarità dell'appalto.

In sostanza, si potrebbe optare per un intervento che, senza introdurre indici tecnici o finanziari puntuali, di difficile individuazione e applicazione per società comunque in decozione, si mantenga nell'alveo di una valutazione complessiva, da parte dell'ANAC, che valuti 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. Non si tratterebbe, dunque, di realizzare un'analisi di mera fattibilità dell'esecuzione, affidata al vaglio del giudice delegato, bensì un'analisi di scenario prudenziale, che tenga conto dei fattori che potrebbero determinare l'impossibilità per l'impresa di eseguire il contratto, in caso di evoluzione peggiorativa.

OSSERVAZIONI ANCE

AL RIGUARDO, SI CONCORDA CON LA CONSIDERAZIONE SECONDO CUI, AI SOGGETTI PREPOSTI A VALUTARE L'IMPRESA IN CRISI, COMPETANO DUE VALUTAZIONI DIFFERENTI; IL GIUDICE DELEGATO, INFATTI, DEVE COMPIERE UNA VALUTAZIONE ATTINENTE ALL'AZIENDA ED ALLA CRISI ECONOMICO/FINANZIARIA CHE L'HA COLPITA, CONSIDERANDO LE POSIZIONI DEI VARI CREDITORI COINVOLTI; L'ANAC, AL CONTRARIO, È CHIAMATA AD UN GIUDIZIO COMPLESSIVO SULLO SCENARIO AZIENDALE E SULLE RIPERCUSSIONI DELLA CRISI SULL'ESECUZIONE DELL'APPALTO, TALI DA RENDERE NECESSARIO L'AVVALIMENTO.

IN RAGIONE DI CIÒ, SI RITIENE CHE, COME GIÀ DETTO, L'ANAC, PIÙ CHE SOFFERMARSI SU INDICI DI NATURA ECONOMICO/FINANZIARIA, DEBBA INDIVIDUARE CRITERI GENERALI CHE SIANO IN GRADO DI DEFINIRE, RAGIONEVOLMENTE, L'IMPATTO CHE LA PARTECIPAZIONE DELL'IMPRESA IN CRISI POTREBBE AVERE, CONSIDERANDO PREVALENTEMENTE GLI EFFETTI NEGATIVI SU TUTTI I SOGGETTI COINVOLTI NELL'ESECUZIONE, SIANO ESSI LE ALTRE PARTI DELL'EVENTUALE RAGGRUPPAMENTO, SUBAPPALTATORI O SUBCONTRAENTI.

GLI EVENTUALI INDICI AGGIUNTIVI EX LETT. B) DEL 110 COMMA 5 DOVREBBERO ESSERE MOLTO STRINGENTI. CI SI RISERVA UNA EVENTUALE SUCCESSIVA INDIVIDUAZIONE, CHE RICHIEDE UN MAGGIOR TEMPO DI RIFLESSIONE, STANTE LA COMPLESSITÀ DELLA MATERIA.

CIÒ, NATURALMENTE, NEL PRESUPPOSTO CHE L'IMPRESA IN CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE NON POSSA CONCORRERE SENZA UN PIANO DI SODDISFACIMENTO DEI CREDITORI CHIROGRAFARI PARI AD ALMENO IL 60%.

6. Il rapporto fra interpello ex articolo 110, comma 1, cessione ex articolo 106, comma 1, lettera d), n. 2 e conferma del contratto pendente ex articolo 110, comma 3 del Codice dei contratti pubblici

L'articolo 110, comma 1, del Codice dei contratti pubblici stabilisce, in relazione ai contratti pendenti, 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.

Sempre in tema di coordinamento normativo, occorre coordinare tale disposizione con quanto previsto all'articolo 104 della Legge fallimentare e all'articolo 186-bis della Legge fallimentare², che richiama l'articolo 169-bis della stessa legge, 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).

Si pone, quindi, in primo luogo, il problema se il comma 1 si applica anche alle fattispecie regolate dal comma 3 e se possa essere tentata una qualche forma di interpretazione combinata. In alternativa, si potrebbe anche ritenere che l'applicazione 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).

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 pendente, 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 fallimentare⁴), 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

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 pubblici, 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, si potrebbe prevedere che 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.

Un'ulteriore riflessione merita il coordinamento della disposizione recata dall'articolo 110, commi 1 e 3, con quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), n. 2 del Codice dei contratti pubblici, in tema di cessione del contratto. Tale norma consente, in ipotesi di ristrutturazioni societarie determinate, fra l'altro, dallo stato di insolvenza, che un nuovo operatore economico, in possesso dei requisiti necessari di qualificazione per lo specifico contratto, possa subentrare a quello selezionato dalla stazione appaltante in esito al procedimento selettivo.

Si potrebbe immaginare che, in applicazione della predetta disposizione, il curatore del fallimento (autorizzato all'esercizio provvisorio) ovvero l'impresa ammessa al concordato possano evitare sia la procedura autorizzatoria di cui all'articolo 110, comma 3, sia la (conseguente) esposizione al "rischio" di subire l'interpello previsto al comma 1 dello stesso articolo, optando in sostanza per la cessione del contratto ai sensi dell'articolo 106, comma 1, lettera d), n. 2 del Codice dei contratti pubblici nell'ambito della procedura concorsuale, potenzialmente più remunerativa e con minori rischi.

OSSERVAZIONI ANCE

SEMBREBBE CONDIVISIBILE, IN QUANTO COERENTE CON IL QUADRO NORMATIVO, L'INTERPRETAZIONE SECONDO CUI L'ATTIVAZIONE DELLA PROCEDURA DI INTERPELLO SIA POSSIBILE IMMEDIATAMENTE SOLO NELLE FATTISPECIE NON PREVISTE DALL'ART. 110, COMMA 3, OSSIA NEI CASI DI FALLIMENTO CON AUTORIZZAZIONE ALL'ESERCIZIO PROVVISORIO E CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE, O DALL'ART. 110, COMMA 4, OSSIA NEI CASI DI CONCORDATO CON CESSIONE DI BENI AI CREDITORI O IN BIANCO.

IN CASO DI FALLIMENTO CON AUTORIZZAZIONE ALL'ESERCIZIO PROVVISORIO, CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE, CONCORDATO CON CESSIONE DI BENI O IN BIANCO, PERTANTO, LA POSSIBILITÀ DI RICORRERE ALL'INTERPELLO DOVREBBE ESSERE CONSENTITA SOLO LADDOVE IL GIUDICE DELEGATO NON AUTORIZZI ALLA PROSECUZIONE DEI CONTRATTI IN ESSERE.

IN TALE SEDE ANDREBBE ALTRESÌ CHIARITO CHE, IN CASO DI DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO DELL'IMPRESA CAPOGRUPPO DI UN'ATI, I CREDITI MATURATI DELLA MANDANTE NEI CONFRONTI DELLA STAZIONE APPALTANTE E RISCOSSI DALLA MANDATARIA IN VIRTÙ DEL RAPPORTO DI MANDATO, NON CONFLUISCANO NEL PASSIVO FALLIMENTARE, POICHÉ, COME PREVISTO DALL'ART. 48, COMMA 16, DEL D.LGS. 50/2016, OGNUNO DEGLI OPERATORI ECONOMICI RIUNITI CONSERVA LA PROPRIA AUTONOMIA GESTIONALE, PATRIMONIALE E FISCALE.

I CREDITI RISCOSSI DALLA MANDATARIA, IN NOME E PER CONTO DELLE MANDANTI, DERIVANO INFATTI DA PRESTAZIONI DIVERSE E ULTERIORI RISPETTO A QUELLE REALIZZATE DALLA MANDATARIA, NONCHÉ RESE DA SOGGETTI TERZI E AUTONOMI RISPETTO ALLA STESSA.

A CONFERMA DI CIÒ, VI È IL FATTO CHE, PER CONSOLIDATA GIURISPRUDENZA, CONTESTUALMENTE AL PAGAMENTO, SORGE AUTOMATICAMENTE IN CAPO ALLA MANDATARIA L'OBBLIGO DI VERSARE ALLE MANDANTI LE SOMME RISCOSE IN LORO NOME E PER LORO CONTO.

NON SI VEDONO RAGIONI PER CUI TALE MECCANISMO DOVREBBE SUBIRE DEROGHE IN CASO DI FALLIMENTO DELLA MANDATARIA.

SAREBBE, INFATTI, ILLOGICO OLTRECHÉ PENALIZZANTE PER LE IMPRESE CHE LA MANDANTE, AI FINI DELLA RISCOSSIONE DEI PROPRI CREDITI GIÀ PAGATI DALLA STAZIONE APPALTANTE, DOVESSE PRESENTARE ISTANZA DI INSINUAZIONE NEL PASSIVO FALLIMENTARE DELLA MANDATARIA, SEBBENE GLI STESSI CREDITI FOSSERO DI SUA ESCLUSIVA SPETTANZA E SEBBENE LA STESSA GODESSE DI AUTONOMIA PATRIMONIALE E GESTIONALE.

TALE SEDE QUINDI POTREBBE ESSERE OPPORTUNA PER DARE DELLE INDICAZIONI IN TALE SENSO, TUTELANDO L'INTERESSE DELLE MANDANTI AD AGIRE DIRETTAMENTE NEI CONFRONTI DELLA MANDATARIA.

UNA DIVERSA MODALITÀ PENALIZZEREBBE NON SOLO LE IMPRESE MA, PRINCIPALMENTE, LA STESSA STAZIONE APPALTANTE CHE, A FRONTE DEL PAGAMENTO DEI LAVORI, VEDREBBE COMPROMESSA LA POSSIBILITÀ DI CORRETTA REALIZZAZIONE DELLA RESTANTE PARTE DELL'APPALTO, PER POSSIBILE MANCANZA DI LIQUIDITÀ DEGLI OPERATORI CHE, PUR AVENDO CORRETTAMENTE ESEGUITO I LAVORI DI LORO COMPETENZA, NON HANNO POTUTO RICEVERE IL PAGAMENTO DOVUTO.

PRINCIPIO, QUESTO, CHE LOGICAMENTE VALE ED È STATO RICONOSCIUTO DALLA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE ANCHE PER I CREDITI CHE LE MANDANTI DEVONO ANCORA RISCOUTERE NEI CONFRONTI DELLA STAZIONE APPALTANTE. ANDREBBE, QUINDI, IN TALE SEDE, ULTERIORMENTE RIBADITO CHE LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO DETERMINA LO SCIoglIMENTO DEL MANDATO, CON LA CONSEGUENZA CHE L'IMPRESA MANDANTE È LEGITTIMATA AD AGIRE DIRETTAMENTE NEI CONFRONTI DEL COMMITTENTE PER LA RISCOSSIONE DELLA QUOTA DEI CREDITI NASCENTI DALL'APPALTO AD ESSO IMPUTABILI.

ANCHE, IN TALE CASO, QUINDI I CREDITI NON DEVONO ESSERE FATTI VALERE MEDIANTE ISTANZA DI INSINUAZIONE NEL PASSIVO FALLIMENTARE E, DEL PARI, LA CURATELA FALLIMENTARE È LEGITTIMATA A RISCOUTERE DALL'AMMINISTRAZIONE IL CORRISPETTIVO PER L'ESECUZIONE DELL'APPALTO SOLO PER LA QUOTA CORRISPONDENTE A QUELLA PARTE DEI LAVORI APPALTATI LA CUI REALIZZAZIONE, IN BASE ALL'ACCORDO DI ASSOCIAZIONE TEMPORANEA, ERA DI SUA SPETTANZA (CFR. CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE I CIVILE, SENTENZA 17 GENNAIO 2017, N. 973).

RESTA, COMUNQUE, FERMO CHE OCCORRE RICONOSCERE IL DIRITTO, NELLE ATI, DI SOSTITUIRE LE IMPRESE IN DECOZIONE.

7. Rapporto fra articolo 110, comma 3 del Codice dei contratti pubblici e rispetto delle procedure, delle condizioni e dei limiti previsti dall'articolo 186-bis LEGGEF.

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 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 pendente 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.

Di seguito gli aspetti che meritano una riflessione.

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).

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. E 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 e, come sostenuto dalla giurisprudenza (si veda al riguardo la Sentenza Trga Trento, n. 179/2017), nemmeno a quella post-omologa, nella quale l'impresa ritorna sostanzialmente in bonis.

Viceversa, si potrebbe 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, il mantenimento del contratto è subordinato, unicamente, alla conforme attestazione del professionista designato dal debitore.

Si pone il dubbio di valutare 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.

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*.

OSSERVAZIONI ANCE

LE DISPOSIZIONI DELLA LEGGE FALLIMENTARE (ART. 186-BIS) E DEL CODICE DEI CONTRATTI (ART. 110) NON SONO PERFETTAMENTE COORDINATE FRA LORO.

CON RIFERIMENTO AI CONTRATTI PENDENTI, COME RILEVATO DALL'ANAC, INFATTI, L'ART. 186-BIS PREVEDE CHE, IN CASO DI MERA PRESENTAZIONE DELL'ISTANZA DI AMMISSIONE AL CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE, I CONTRATTI IN ESSERE NON SI RISOLVONO, E CHE, IN CASO DI AMMISSIONE ALLA PROCEDURA, I CONTRATTI IN ESSERE POSSANO CONTINUARE PREVIA ATTESTAZIONE DI UN PROFESSIONISTA DESIGNATO DAL DEBITORE.

IL CODICE DEGLI APPALTI, INVECE, SI RIFERISCE ESPRESSAMENTE AI CASI IN CUI L'IMPRESA SIA STATA AMMESSA AL CONCORDATO CON CONTINUITÀ, PREVEDENDOLA CONTINUAZIONE SU AUTORIZZAZIONE DEL GIUDICE DELEGATO; MANCA, PERTANTO, UNA PREVISIONE CHE SI RIFERISCA ESPRESSAMENTE ALLA MERA PRESENTAZIONE DELL'ISTANZA.

AL RIGUARDO, SI PUÒ CONCLUDERE CHE, CONSIDERANDO PREVALENTE IL CODICE DEI CONTRATTI SULLA LEGGE FALLIMENTARE, L'IPOTESI DI PARTECIPAZIONE ALLE GARE DELL'IMPRESA CHE ABBAIA SOLO PRESENTATO DOMANDA DI CONCORDATO CON CONTINUITÀ SIA DA CONSIDERARSI ESCLUSA; CIÒ STANTE IL CHIARO DISPOSTO DEL COMMA 3 DEL L'ART. 110 DEL CODICE.

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).

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.

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).

L'antinomia (apparentemente insanabile) si verifica 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 avvalimento rinforzato), ovvero quella dell'articolo 110, comma 3 (autorizzazione del giudice delegato) ed eventuale avvalimento rinforzato se deciso dall'ANAC.

Al riguardo, si potrebbe sostenere:

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 necessaria;

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 giudiziale;

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.

OSSERVAZIONI ANCE

AD AVVISO DELL'ANCE, È PREFERIBILE LA TESI DI CUI AL PUNTO 1), OSSIA QUELLA SECONDO CUI, IN APPLICAZIONE DELLA PREVISIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI, LEX SPECIALIS SOPRAVVENUTA, LA PARTECIPAZIONE A NUOVE PROCEDURE DI GARA DEBBA ESSERE AUTORIZZATA DAL GIUDICE DELEGATO CON EVENTUALE AVVALIMENTO RINFORZATO.

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

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 vigenza 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.

OSSERVAZIONI ANCE

QUANTO AL CONTRASTO FRA LA PREVISIONE DELL'ART. 186-BIS LF, SECONDO CUI, IN CASO DI PARTECIPAZIONE IN MODALITÀ PLURISOGGETTIVA, L'IMPRESA IN CONCORDATO PUÒ CONCORRERE SOLO COME MANDANTE E A CONDIZIONE CHE NON VI SIANO ALTRE COMPONENTI DELL'ATI ASSOGETTATE AD UNA PROCEDURA CONCORSUALE, E LE PREVISIONI DEL CODICE DEGLI APPALTI CHE NON PREVEDONO TALE DIVIETO, SI RITIENE CHE DEBBA PREVALERE LA DISPOSIZIONE DELLA LEGGE FALLIMENTARE.

CIÒ IN QUANTO, IN UN'OTTICA SISTEMATICA, SI RITIENE CHE DEBBA ESSERE MANTENUTA LA PREVISIONE CHE È EVIDENTEMENTE POSTA A TUTELA NON SOLO DELLA STAZIONE APPALTANTE E DELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO, MA ANCHE DELLE IMPRESE FACENTI PARTE DELL'ATI STESSA, CHE DEVONO ESSERE SALVAGUARDATE NEL CASO IN CUI LA PROCEDURA SI RISOLVA NEGATIVAMENTE IN CORSO DI ESECUZIONE DEL CONTRATTO. AL RIGUARDO, SI RIMANDA ALLE CONSIDERAZIONI ESPRESSE AL PUNTO 6) SULLE ATI.

8. Rapporto fra articolo 80, comma 5, lettera b) e articolo 110, comma 3 del Codice dei contratti pubblici, e articolo 104 LEGGEF.

Anche la disciplina dell'impresa fallita autorizzata all'esercizio provvisorio pone questioni da dipanare.

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.

Si osserva che 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.

Se ne dovrebbe dedurre che mentre 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 (o il provvedimento equipollente ai sensi dell'articolo 104, comma 2, della Legge fallimentare⁷) con ammissione all'esercizio provvisorio 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'obiettiva 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).

Peraltro, un ulteriore problema di mancato coordinamento nasce anche con riguardo alle sorte dei contratti pendenti. 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 autorizzata all'esercizio provvisorio, dall'altro, l'articolo 104, comma 7, della Legge fallimentare prevede la continuazione dell'attività, fatta salva la possibilità di scioglimento o sospensione.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di ritenere che, fino alla pronuncia di fallimento, i contratti continuano; dopo il provvedimento di autorizzazione all'esercizio provvisorio, per il principio di successione delle leggi si applica l'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici. Tale norma sarà applicabile, pacificamente, anche per l'autorizzazione a partecipare alla gara dell'impresa ammessa al regime di esercizio provvisorio, ipotesi non prevista dalla Legge Fallimentare.

OSSERVAZIONI ANCE

SI RIMANDA ALLE CONSIDERAZIONI ESPRESSE AL PUNTO 1), PRECISANDO CHE LA PARTECIPAZIONE DI IMPRESE CHE ABBIANO PRESENTATO ISTANZA DI FALLIMENTO, CHE SIANO FALLITE (AUTORIZZATE O MENO ALL'ESERCIZIO PROVVISORIO) DOVREBBE ESSERE RICONSIDERATA, IN VIRTÙ DEL FATTO CHE, NELLA MAGGIOR PARTE DEI CASI, LA SUCCESSIVA AMMISSIONE AL FALLIMENTO PROVOCA RIPERCUSSIONI GRAVI SULL'ESECUZIONE DEI CONTRATTI.

9. Rapporto fra articolo 80, comma 4, e articolo 110, comma 5, lettera a), del Codice dei contratti pubblici

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.

Si potrebbe da ciò argomentare che la norma vuole, con tale previsione, derogare all'articolo 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, stabilendo un'eccezione al principio della regolarità contributiva quale condizione, che deve sussistere ex ante, di ammissione alle pubbliche gare.

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, sembrano possibili 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 fallimentare⁸, l'impresa debba essere in condizioni di correntezza (cfr. circolare Inail n. 48 del 14.12.2016).

Nondimeno, nell'ottica sub b) 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.

Si dovrebbe, quindi, valutare la sussistenza di eventuali condizioni che legittimino la sospensione dei pagamenti e l'attribuzione del coerente status di regolarità pro-tempore, ai sensi dell'articolo 3, comma 2, lettera b), del Decreto ministeriale 30.1.2015 (regolarità per sospensione dei pagamenti in forza di disposizioni legislative).

Ulteriormente, si consideri anche quanto dispone l'articolo 182-ter della Legge fallimentare. Tale norma prevede che il piano di concordato possa essere approvato anche in caso di parziale falcidia dei crediti contributivi (e di quelli tributari), a condizione che un professionista abilitato ne attesti la convenienza tenuto conto della realizzabilità sul ricavato e del grado di prelazione.

La tematica, come sopra delineata, attesa l'analogia delle questioni sottese, è dunque suscettibile di estensione al tema della regolarità sotto il profilo tributario.

OSSERVAZIONI ANCE

IN MERITO ALLA QUESTIONE DELL'IRREGOLARITÀ DEI PAGAMENTI DI CONTRIBUTI E RETRIBUZIONI, ART.101,5 LETT. A), SI POTREBBE SUGGERIRE LA LETTURA CHE TALE IRREGOLARITÀ DEVE CONSIDERARSI SOPRAVVENUTA RISPETTO ALLA PRESENTAZIONE DELL'OFFERTA E L'EVENTUALE AGGIUDICAZIONE.

LA NORMA INFATTI DICE CHE L'IMPRESA DEVE ESSERE SOSTITUITA DALL'AUSILIARIA NEL CASO IN CUI NON SIA PIÙ CAPACE DI DARE REGOLARE ESECUZIONE , QUINDI SIAMO GIÀ NELLA FASE DI REALIZZAZIONE DEI LAVORI .

QUESTO RAFFORZA IL CONCETTO DELL'AVVALIMENTO OBBLIGATORIO RINFORZATO A GARANZIA , QUINDI NEL MOMENTO IN CUI PRESENTA OFFERTA DEVE ESSERE REGOLARE , IDEM AL MOMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE.

SE SUCCESSIVAMENTE NON RIESCE PIÙ A PAGARE INTERVERRÀ L'AUSILIARIA .

CON RIFERIMENTO A QUANTO SOPRA SI SUGGERISCONO LE SEGUENTI RIFLESSIONI.

DALLA LETTURA COMBINATA DELL'ART. 110, CO. 5 DEL CODICE E DELLE DISPOSIZIONI CONTENUTE NEL DECRETO SUL DURC ON LINE (D.M. 31/01/2015 E S.M.), RICHIAMATE ANCHE NELLA BOZZA ANAC, DEVE EVINCERSI CHE LE CONDIZIONI DI IRREGOLARITÀ ENUNCIATE DALLA LETT. A) DEL SUDDETTO ARTICOLO DEBBANO ESSERE RIFERITE (NELLE SOLE FATTISPECIE INDIVIDUATE DALL'ART. 5 DEL DECRETO) AI CASI IN CUI, FERMA RESTANDO LA REGOLARITÀ ASSUNTA PER I PERIODI PREGRESSI (PRIMA DELL'OMOLOGA NEL CONCORDATO IN CONTINUITÀ AZIENDALE E PRIMA DELL'AUTORIZZAZIONE ALL'ESERCIZIO PROVVISORIO IN CASO DI FALLIMENTO), L'IMPRESA È IRREGOLARE NEL PAGAMENTO DEI DEBITI CONTRIBUTIVI CORRENTI.

PERTANTO, SI POTREBBE PROFILARE UNA PRIMA LETTURA, IN CHIAVE PURAMENTE DEROGATORIA, RISPETTO ALL'ART. 80, COMMA 4 DEL CODICE, CHE GIUSTIFICHEREBBE IL RICORSO AD UN AVVALIMENTO C.D. RINFORZATO.

NEGLI ALTRI CASI, INFATTI, L'IMPRESA SAREBBE COMUNQUE CONSIDERATA REGOLARE IN PRESENZA DELLE CONDIZIONI ENUNCIATE ALL'ART. 5 DEL DECRETO SUL DURC.

TUTTAVIA, È EVIDENTE CHE VERREBBE A CREARSI UN ULTERIORE ED INGIUSTIFICATO FAVOR ALLE IMPRESE CHE, FALLITE O IN CONCORDATO IN CONTINUITÀ, IN PRESENZA DI IRREGOLARITÀ CHE POTREBBERO RIGUARDARE ANCHE IL PAGAMENTO DEI CONTRIBUTI CORRENTI, POTREBBERO PARTECIPARE TRAMITE AVVALIMENTO C.D. RINFORZATO.

PERTANTO, UNA LETTURA DI TIPO DEROGATORIO È DA EVITARE, IN QUANTO CREEREBBE UN PARADOSSO NORMATIVO, NEL SENSO CHE, MENTRE L'IMPRESA IN BONIS, IN SITUAZIONI DI IRREGOLARITÀ, NON PUÒ PARTECIPARE, QUELLE IN DECOZIONE GODREBBERO PARADOSSALMENTE DI TALE POSSIBILITÀ. PARADOSSO, QUESTO, CHE VA SUPERATO IN VIA NORMATIVA.

IN ALTRI TERMINI, SI TRATTEREBBE DI UNA DISPARITÀ DI TRATTAMENTO, COME TALE NON GIUSTIFICABILE.