



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... - Artt. 106, comma 1, lett. d) n. 2 del d.lgs. 50/2016 – richiesta di parere.

FUNZ CONS 3/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 31 ottobre 2022, acquisita al prot. Aut. n. 88216, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 25 gennaio 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto riguarda il fallimento dell'appaltatore (autorizzato all'esercizio d'impresa) e la possibilità per il curatore fallimentare di procedere alla cessione del ramo d'azienda alla luce delle previsioni dell'art. 106, comma 1, lett. d) n. 2 del d.lgs. 50/2016. Il quesito riguarda, altresì, gli adempimenti a carico della stazione appaltante in tale evenienza, con particolare riguardo alla necessità del consenso, alla scelta del cessionario, ai controlli da svolgere.

Al fine di esprimere avviso sulle questioni sollevate dalla società richiedente, sembra opportuno osservare in via preliminare che l'istanza di parere riguarda un appalto aggiudicato ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006, dunque disciplinato, anche con riguardo alla fase esecutiva, dalle previsioni dettate dal previgente Codice dei contratti pubblici e non dal d.lgs. 50/2016.

Come noto, infatti, l'art. 216 del citato d.lgs. 50/2016, dispone al comma 1 che il nuovo Codice «...si applica alle procedure e ai contratti per le quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte».

Pertanto, come chiarito dall'Autorità con Comunicato dell'11 maggio 2016 (recante *"Indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. n. 50 del 18.4.2016"*), le disposizioni del d.lgs. 163/2006 «si applicano a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19.04.2016, con una delle forme di pubblicità obbligatorie, e secondo le modalità, indicate dall'art. 66 del d.lgs. 163/06 in combinato disposto degli artt. 122 e ss. (...). Si ritiene, inoltre, che continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti anche nei seguenti casi: 1. affidamenti aggiudicati prima della data di entrata in vigore

del nuovo Codice, per i quali siano disposti, fermo restando il divieto generale di rinnovo tacito e di proroga del contratto: il rinnovo del contratto o modifiche contrattuali derivanti da rinnovi già previsti nei bandi di gara; consegne, lavori e servizi complementari; ripetizione di servizi analoghi; proroghe tecniche – purché limitate al tempo strettamente necessario per l'aggiudicazione della nuova gara; *varianti per le quali non sia prevista l'indizione di una nuova gara*. Ciò, indipendentemente dal fatto che per tali fattispecie sia prevista l'acquisizione di un nuovo CIG, in quanto si tratta di fattispecie relative a procedure di aggiudicazione espletate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice (...).

Per quanto sopra, alle variazioni contrattuali disposte dalla stazione appaltante in relazione ad un contratto affidato in vigenza del d.lgs. 163/2006, trova applicazione la disciplina dettata da tale decreto legislativo e non dal d.lgs. 50/2016, come invece ipotizzato dalla società richiedente.

Occorre osservare al riguardo che il predetto d.lgs. 163/2006 contempla una disciplina differente rispetto al d.lgs. 50/2016, con riguardo al caso in cui intervenga, in corso di esecuzione del contratto d'appalto, il fallimento dell'esecutore (nel caso di specie, di impresa singola).

A tal riguardo, sembra opportuno premettere che ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 163/2006, la dichiarazione di fallimento e persino la pendenza della procedura per la dichiarazione di fallimento, sono ostative della partecipazione alle gare di appalto, dell'affidamento dei subappalti, della stipula dei relativi contratti, costituendo causa di esclusione obbligatoria dalle gare.

Quanto alla fase di esecuzione del contratto, e ai profili di interesse ai fini del parere, l'art. 132 (*varianti in corso d'opera*), nell'elencare i casi in cui è consentito adottare una variante contrattuale, non contempla la possibilità di procedere a variazioni soggettive dell'appaltatore, né prevede l'ipotesi di ristrutturazioni societarie conseguenti all'insolvenza dello stesso (come invece l'art. 106, comma 1, lett. d) n. 2 del d.lgs. 50/2016).

Un espresso riferimento alle ristrutturazioni societarie dell'esecutore è contenuto nell'art. 116 (*vicende soggettive dell'esecutore del contratto*) che consente allo stesso di procedere a ristrutturazioni societarie, le quali tuttavia devono essere sottoposte al vaglio della stazione appaltante, ai fini dei controlli espressamente previsti dalla norma.

Sembra utile sottolineare al riguardo che l'Autorità ha fornito un'interpretazione ampia dell'art. 116 citato, affermando che lo stesso ricomprende nel suo campo di applicazione anche la cessione del ramo d'azienda e l'affitto della stessa, ancorché non espressamente previsti dalla norma. Ciò in quanto «l'art. 116 del codice dei contratti non prevede espressamente la cessione di ramo di azienda ovvero dell'affitto della stessa, così come, invece, previsto dall'art. 51 del codice stesso per la fase anteriore alla stipulazione del contratto. Sul punto, si ritiene che, in base alla "ratio" sottesa ad entrambi gli istituti e per esigenza di sistematicità del quadro normativo di riferimento, l'art. 116 trovi applicazione anche in relazione a dette fattispecie negoziali, applicando la stessa disciplina della cessione d'azienda nel suo complesso» (parere AG 35/2008).

Fermo quanto sopra, occorre evidenziare che l'art. 116 del d.lgs. 163/2006, pur disciplinando le fattispecie relative alle variazioni soggettive dell'esecutore, *non fa riferimento al fallimento dell'appaltatore*. Un richiamo alle procedure concorsuali è contenuto, con carattere di eccezionalità, nel comma 4, ai sensi del quale «Le disposizioni di cui ai commi che precedono si applicano anche nei casi di trasferimento o di affitto di azienda da parte degli organi della procedura concorsuale, se compiuto a favore di cooperative costituite o da costituirsi secondo le disposizioni della legge 31 gennaio 1992, n. 59, e successive modificazioni, e con la partecipazione maggioritaria di almeno tre quarti di soci cooperatori, nei cui confronti risultino estinti, a seguito

della procedura stessa, rapporti di lavoro subordinato oppure che si trovino in regime di cassa integrazione guadagni o in lista di mobilità di cui all'articolo 6 della legge 23 luglio 1991, n. 223».

La norma consente la prosecuzione del contratto di appalto pubblico in caso di cessione o affitto di azienda, *"da parte degli organi della procedura concorsuale"*. In tale ipotesi il fallimento non impedisce la prosecuzione del rapporto contrattuale, ma richiede una peculiare qualità soggettiva del cessionario o affittuario, che deve essere una società cooperativa costituita o da costituirsi con la partecipazione maggioritaria di almeno tre quarti dei soci cooperatori, nei cui confronti risultino estinti, a seguito della procedura concorsuale, rapporti di lavoro subordinato, o che si trovino in cassa integrazione guadagni o in lista di mobilità.

Al fallimento è, invece, espressamente riferito l'art. 140 del d.lgs. 163/2006 (*"Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto"*), il quale stabilisce che in tal caso, la stazione appaltante può procedere ad interpello a partire dal secondo in graduatoria e l'affidamento in tal senso disposto, avviene alle condizioni di aggiudicazione del contratto.

Quanto al contratto d'appalto, come osservato dall'Autorità sulla base dell'avviso giurisprudenziale in materia (Commissione Speciale del Consiglio di Stato del 22 gennaio 2008, n. 4575/2007) *«...il fallimento dell'appaltatore scioglie (questa l'espressione dell'art. 81 della l. fallimentare) il contratto, senza che sia consentito alla stazione appaltante di proseguire la relazione con la curatela. Pacificamente giurisprudenza e dottrina riconoscono a tale fattispecie efficacia ex nunc sulla relazione contrattuale (Cass. Civ., Sez. I, sent. n. 3529 del 29 maggio 1980) ...»* (parere AG 30/2011). Nella stessa pronuncia, è stato anche sottolineato che sussiste un rapporto di specialità tra le disposizioni della legge fallimentare (r.d. 267/1942) e quelle del d.lgs. n. 163/2006, che impone di dare prevalenza a quest'ultimo.

Per quanto sopra, come chiarito dal giudice amministrativo in relazione alla disciplina dettata dal d.lgs. 163/2006 *«Il principio che si desume dal codice appalti, secondo cui le stazioni appaltanti pubbliche non possono intrattenere rapporti contrattuali con appaltatori falliti, prevale sulla disciplina generale dettata dall'art. 81, l. fall., sia in base al carattere speciale della disciplina dei pubblici appalti, sia in virtù del principio della successione delle leggi nel tempo. (...) 2.7. In conclusione, nei pubblici appalti, si deve escludere la possibilità che, a seguito di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale possa proseguire tra stazione appaltante pubblica e fallito, ancorché il giudice fallimentare abbia autorizzato l'esercizio provvisorio dell'impresa»*. Lo stesso giudice amministrativo prosegue sottolineando che occorre distinguere tra *«l'affitto di azienda effettuato dall'appaltatore in bonis (id est, non fallito), e l'affitto di azienda effettuato dalla curatela fallimentare dell'appaltatore fallito*. Nel primo caso trova applicazione l'art. 116, commi 1, 2 e 3, d.lgs. n. 163/2006, a tenore del quale la cessione di azienda da parte dell'appaltatore è opponibile, a determinate condizioni, alla stazione appaltante, la quale può opporsi solo per motivi tassativi (difetto dei requisiti di qualificazione e dei requisiti prescritti dalla normativa antimafia in capo al cessionario). *Nel caso, invece, di appaltatore fallito, trova applicazione la regola generale, già vista, secondo cui il rapporto contrattuale non può proseguire con il fallito, e pertanto neppure con l'affittuario della relativa azienda, atteso che l'affitto dell'azienda non fa venir meno la necessità di procedere alla sua liquidazione*. Vi è una unica eccezione, nel caso in cui l'affitto di azienda avvenga in favore di cooperative costituite o da costituirsi con la partecipazione maggioritaria di almeno tre quarti di soci cooperatori, nei cui confronti risultino estinti, a seguito della procedura concorsuale, rapporti di lavoro subordinato, o che si trovino in cassa integrazione o in lista di mobilità (art. 116, co. 4, d.lgs. n. 163/2006)» (Commissione Speciale del Consiglio di Stato del 22 gennaio 2008, n. 4575/2007 cit.).

Dunque, sulla base delle disposizioni richiamate e dei chiarimenti offerti dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, può affermarsi che nel sistema delineato dal d.lgs. 163/2006 il fallimento dell'appaltatore determina la risoluzione del contratto d'appalto, con possibilità per la stazione appaltante di interpellare il secondo in graduatoria ai sensi dell'art. 140 sopra citato e senza consentire modifiche soggettive dell'esecutore nel senso indicato.

Diversamente nel sistema normativo dettato dal d.lgs. 50/2016, con particolare riguardo all'art. 106, dettato in recepimento degli articoli 72 della direttiva 2014/24/UE, art. 89 della direttiva 2015/25/UE, è consentita la possibilità, nella fase di esecuzione del contratto, di procedere ad una *modifica soggettiva dell'esecutore*, nei casi indicati al comma 1, lett. d), n.1, 2, 3, tra i quali è inclusa *l'insolvenza dell'appaltatore*, in coerenza con le previsioni dell'art. 72 della direttiva 2014/24.

Come chiarito al riguardo dalla Corte di giustizia europea (sentenza del 3 febbraio 2022, C-461/20) tra le ipotesi che possono dar luogo alla modifica dell'appaltatore iniziale, ai sensi dell'art. 72 della direttiva 2014/24, sono incluse le ristrutturazioni societarie dell'aggiudicatario, *tra le quali l'insolvenza che comprende il fallimento sfociante nella liquidazione*. La sostituzione dell'appaltatore iniziale con altro operatore economico, può essere autorizzata dalla stazione appaltante solo in caso di successione in via universale o parziale dell'aggiudicatario iniziale, nel senso indicato dal giudice comunitario, e tale successione è subordinata alla condizione che il nuovo contraente soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente.

Nell'attuale sistema normativo delineato dal d.lgs. 50/2016, pertanto, l'art. 106 dettato in recepimento del citato art. 72 della direttiva appalti, consente la variazione soggettiva dell'appaltatore che versi in stato di insolvenza, fermo restando il rispetto del comma 1 della stessa disposizione, contemplante la necessità di far precedere siffatte modifiche contrattuali da apposita autorizzazione del RUP, secondo le modalità stabilite dall'ordinamento della singola stazione appaltante, previa verifica che l'operatore economico «*soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice*».

Per completezza, sembra utile aggiungere che anche il d.lgs. 50/2016, come il previgente Codice, prevede all'art. 110 del Codice la possibilità, per la stazione appaltante, di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto d'appalto (anche) in caso di liquidazione giudiziale, di liquidazione coatta e concordato preventivo. Il comma 3 aggiunge che in caso di fallimento dell'appaltatore, previa autorizzazione del giudice delegato, il curatore autorizzato all'esercizio provvisorio può proseguire i contratti d'appalto già stipulati. Nel caso in cui il giudice delegato non conceda la predetta autorizzazione, la stazione appaltante può ricorrere all'interpello ai sensi del comma 1 dello stesso art. 110 del Codice.

Dalle considerazioni svolte, deriva pertanto che mentre nel sistema delineato dal d.lgs. 163/2006 il fallimento dell'appaltatore intervenuto in fase di esecuzione, conduce alla risoluzione contrattuale e alla possibilità di interpellare il secondo in graduatoria ai sensi dell'art. 140 dello stesso decreto legislativo, con esclusione di modifiche soggettive dell'appaltatore fallito, nell'attuale sistema normativo dettato dal d.lgs. 50/2016, in caso di fallimento dell'esecutore, è consentito – oltre all'interpello ex art. 110, comma 1 e alla prosecuzione dell'esecuzione da parte del curatore della procedura di liquidazione giudiziale ex art. 110, comma 3 – anche la modifica soggettiva dell'esecutore stesso, secondo le disposizioni dell'art. 106, comma 1 lett. d) n. 2 del d.lgs. 50/2016 ed entro i limiti previsti dalla norma.

Per tutto quanto sopra, si osserva conclusivamente che l'appalto aggiudicato ai sensi del d.lgs. n. 163/2006, resta disciplinato, anche con riguardo alla fase esecutiva, dalle previsioni dettate dal predetto Codice dei contratti pubblici, senza possibilità, quindi, di ricorrere alle disposizioni dell'art. 106, comma 1, lett. d) n. 2, del d.lgs. 50/2016.

Secondo le previsioni del d.lgs. 163/2006, il fallimento dell'appaltatore determina la risoluzione del contratto d'appalto e la stazione appaltante può valutare l'opportunità di procedere ai sensi dell'art. 140 del d.lgs. 163/2006, mediante interpello degli operatori economici in graduatoria, secondo la procedura disciplinata dalla norma.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente