



ANAC

AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE

ATTO DI SEGNALAZIONE N. 10 DEL 2 /12/2020

Concernente la disciplina dei requisiti aggiuntivi per la partecipazione a nove gare, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti da parte delle imprese in concordato

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1074
del 2 dicembre 2020

ATTO DI SEGNALAZIONE N. DEL 2 DICEMBRE 2020

Concernente la disciplina dei requisiti aggiuntivi per la partecipazione a nove gare, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti da parte delle imprese in concordato

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. del 2 dicembre 2020

1. Premessa

Nell'esercizio del potere di segnalazione di cui all'articolo 213, comma 3, lettere c) e d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito, "Codice") l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) intende formulare alcune osservazioni in merito alla disciplina dei requisiti aggiuntivi per la partecipazione a nuove gare, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti da parte delle imprese in concordato di cui all'articolo 110, comma 6, del Codice.

2. Quadro normativo di riferimento

Il decreto legge n. 32/2019, convertito in legge n. 55/2019 decreto legge 32/2019 ha in più punti modificato il Codice e, più precisamente, per quello che qui rileva, gli articoli 80, comma 5, lettera b), e 110 nonché gli articoli 104 e 186-bis della legge n. 267/1942 (di seguito, "Legge Fallimentare"), al fine di realizzare un coordinamento tra le due discipline nell'ottica di favorire, da un lato, la continuazione dell'esercizio dell'impresa nell'interesse dei creditori di quest'ultima e, dall'altro, la regolare esecuzione dei contratti pubblici nell'interesse della stazione appaltante e di tutta la filiera produttiva.

Più precisamente il novellato articolo 80, comma 5, lettera b) del Codice (*Motivi di esclusione*) nel prevedere l'esclusione dall'operatore economico che sia sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fa salvo quanto previsto dai citati articoli 110 del Codice e 186-bis della Legge Fallimentare.

L'articolo 110 del Codice (*Procedure di affidamento in caso di liquidazione giudiziale dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*), detta una complessa disciplina con riferimento sia alla prosecuzione dei contratti pendenti tra stazione appaltante e impresa esecutrice sottoposta a procedura concorsuale sia alla partecipazione a nuove gare delle imprese in concordato. In particolare la norma in esame:

- prevede che, fatto salvo quanto disposto ai commi 3 e seguenti, le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 del e Codice ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture e, se del caso, procedono al nuovo affidamento alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta (commi 1 e 2).
- consente al curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, di proseguire i contratti in essere (comma 3);
- chiarisce che per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di concordato ed il momento del deposito del decreto di ammissione al concordato è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto (comma 4);
- prevede, in deroga a quanto disposto dall'articolo 80, comma 5, lettera b), che l'impresa ammessa al concordato possa partecipare alle gare senza l'avvalimento dei requisiti di altro soggetto (comma 5);
- attribuisce all'ANAC un peculiare ruolo, dai tratti inediti, richiedendo a quest'ultima di determinare con apposite linee guida "requisiti aggiuntivi", che le imprese in concordato devono avere per evitare il cosiddetto "avvalimento rinforzato" previsto dalla disposizione in esame (comma 6).

La disciplina appena descritta, come sopra ricordato, deve essere integrata con quella dettata dalla Legge Fallimentare) e, in particolare, con quella dall'articolo 186-bis, parimenti modificato dal decreto legge n. 32/2019, in virtù del quale successivamente al deposito della domanda di ammissione al concordato, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal Tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato (comma 4). L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a nuove procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma,

lettera d) che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto (comma 5).

Novellando in tal modo il Codice e la Legge Fallimentare, il decreto legge n. 32/2019 ha di fatto anticipato con riferimento alle disposizioni dei predetti articoli 110 e 186-bis l'entrata in vigore delle corrispondenti disposizioni (articoli 372 e 95) del decreto legislativo n. 14/2019, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. L'entrata in vigore di quest'ultimo, originariamente fissata al 15 agosto 2020, è stata differita al 1 settembre 2021 dal decreto legge, n. 23/2020, convertito in legge n. 40/2020, recante "Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali".

Rispetto alla previgente disposizione dell'articolo 110 del Codice, la nuova formulazione della norma: a) non prevede più che le imprese in fallimento, ammesse all'esercizio provvisorio, possano partecipare a nuove gare (comma 3); detta una disciplina specifica per la partecipazione alle procedure di affidamento per le imprese che hanno presentato la domanda di concordato di cui all'articolo 161, sesto comma, della Legge fallimentare tra il momento del deposito di tale domanda e il momento del deposito del decreto di cui all'articolo 163 della medesima Legge; c) circoscrive, sotto il profilo soggettivo, la facoltà dell'ANAC di richiedere il cosiddetto avvalimento rinforzato alle sole imprese in concordato sprovviste dei requisiti aggiuntivi indicati nelle linee guida elaborate dalla stessa Autorità ed elimina l'ipotesi originariamente prevista di richiedere tale avvalimento anche in caso di irregolarità nel versamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assistenziali (comma 6); non prevede più il raccordo tra l'Autorità e il giudice delegato (comma 6).

3. Osservazioni

La disciplina dell'articolo 110 del Codice si colloca a cavallo di due diverse discipline complesse tendenzialmente indipendenti, quella della contrattualistica pubblica e quella delle procedure concorsuali. La norma in esame e la sua attuazione pongono, infatti, un delicato problema di bilanciamento di interessi: quello dell'operatore economico in concordato di risanare l'impresa anche tramite la partecipazione a nuove gare; quello dei creditori dell'impresa in concordato di vedere soddisfatte le proprie richieste e di non vedere diminuito il patrimonio del loro debitore; quello della stazione appaltante di contrarre con un soggetto affidabile che porti a termine l'affidamento; quello degli operatori economici che entrano in rapporto con l'impresa in concordato, in quanto fornitori, sub-fornitori o sub-appaltatori, di vedere remunerata l'attività svolta. La necessità di realizzare un

equo bilanciamento degli stessi ha indotto il legislatore ad apportare le modifiche sopra illustrate all'articolo 110 del Codice. Queste ultime, tuttavia, non appaiono in grado di superare le criticità della disciplina in esame già evidenziate dagli stakeholders in sede di consultazione svolta dall'ANAC per dare attuazione alla previgente disciplina ed anzi suscitano nuovi interrogativi (consultazione svoltasi nel periodo 27 febbraio 2018 - 29 marzo 2018).

Al riguardo, giova ricordare che nel corso della predetta consultazione l'Associazione Nazionale dei Costruttori Edili (ANCE) aveva sottolineato come la diffusione nel sistema economico nazionale delle situazioni di crisi aziendali e del conseguente ricorso alle procedure concorsuali di cui alla legge Fallimentare è tale da determinare un effetto domino: l'impresa in difficoltà può trascinare «nel baratro tutta la filiera dei soggetti "a valle" (subappaltatori, fornitori ecc.) coinvolti. La partecipazione alle gare di imprese in concordato costituisce un fenomeno distorsivo del mercato che penalizza le imprese sane. Queste ultime, infatti, non possono disporre di forme di protezione dai creditori analoghe a quelle che accompagnano le procedure liquidatorie». Di qui la richiesta dell'ANCE di eliminare la possibilità di far partecipare le imprese in concordato in continuità – con l'eccezione dell'ipotesi in cui sia stato presentato, ai fini dell'ammissione alla continuità, un piano di rientro che preveda la soddisfazione di ciascun credito chirografario nella misura minima del 50%, nonché l'ottemperanza al divieto di cessione del ramo d'azienda relativo al contratto d'appalto - o anche in amministrazione straordinaria, la cui presenza altera una sana concorrenza nel mercato.

Per la redazione delle linee guida di cui all'articolo 110, comma 6, del Codice, l'Autorità al fine di meglio ponderare i diversi interessi rappresentati, di conoscere le best practices in materia di crisi aziendale e acquisire dati ed informazioni utili per l'emanazione delle stesse, ha ritenuto opportuno istituire un apposito tavolo tecnico con soggetti istituzionali e associazioni di categoria. Ai lavori del tavolo hanno partecipato l'ANCE, l'Associazione fra le società italiane per azioni (Assonime), la Banca d'Italia, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, il Ministero dello Sviluppo Economico, il Ministero della Giustizia, il Tribunale civile di Roma. L'esame congiunto delle due discipline sopra richiamate ha evidenziato in vero una serie di problemi sistematici ed interpretativi, legati alla formulazione dell'articolo 110, comma 6, del Codice che richiederebbero un intervento riformatore del legislatore.

Criticità dell'articolo 110, comma 6, del Codice: nuovi oneri per le imprese in concordato e disallineamento con i recenti atti normativi

L'articolo 110, comma 6, del Codice dispone: «L'ANAC può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che l'impresa in concordato si avvalga di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che

si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione quando l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida» (comma 6).

Tale disposizione determina un aggravamento per le imprese in concordato, che intendono partecipare a nuove gare o ricevere subappalti in quanto impone a queste ultime o il possesso "dei requisiti aggiuntivi" determinati dall'ANAC o l'avvalimento cosiddetto rinforzato, ossia la stipulazione di un contratto a titolo oneroso, pena l'esclusione dalla gara. Disponendo in tale modo la previsione in esame non risulta allo stato più allineata con lo spirito delle diverse misure intraprese dal legislatore e richieste dal mercato per far fronte alle conseguenze della crisi economica causata dalla pandemia Covid-19. Difatti, per sostenere la ripresa economica, il Governo ha disposto diverse misure a sostegno delle imprese e dell'economia, tra cui il decreto legge n. 34/2020 (cosiddetto decreto rilancio) e il decreto legge n. 76/2020 (cosiddetto decreto semplificazioni) con l'intento, da un lato, di velocizzare e semplificare le procedure di acquisto e l'esecuzione dei contratti pubblici e, dall'altro, di ridurre gli oneri amministrativi a carico delle imprese.

Come già indicate dall'Autorità in occasione dell'audizione del Presidente f.f. dell'ANAC presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica sul testo del I decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», il mutato scenario normativo ed economico dovuto alla crisi generata dal Covid-19 suggerisce di riconsiderare a monte, in tale delicata fase di ripresa dell'economia, l'intervento di Anac come previsto dall'attuale formulazione dell'articolo 110, comma 6, del Codice. Occorre tenere presente che la disciplina recata dalla citata disposizione è stata pensata per sostenere le imprese in concordato in un contesto ordinario di mercato, di oscillazione della domanda e dell'offerta, e non per fare fronte ad una situazione di crisi economica diffusa e dagli esiti non ancora del tutto prevedibili, com'è quella generata dalla pandemia da Covid-19. Quest'ultima ha in generale imposto un ripensamento dei procedimenti amministrativi, secondo un'ottica di profonda semplificazione, razionalizzazione e celerità, che mal si concilia con gli oneri amministrativi e procedurali derivanti necessariamente dall'adozione delle predette linee guida.

Occorre, inoltre, tenere presente le ragioni che hanno indotto il legislatore a differire al 1 settembre 2021 l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Nella Relazione illustrativa che accompagna il decreto legge n. 23/2020 si legge che la misura in esame è opportuna in considerazione del nuovo quadro macroeconomico del Paese per permettere, da un lato, a tutti i soggetti coinvolti di continuare ad operare secondo prassi già consolidate senza dubbi interpretativi

e procedurali, e, dall'altro, per consentire alla fase più acuta dell'epidemia di dileguarsi, facendo tornare pian piano alla normalità l'intero sistema economico. Il decreto legislativo n. 14/2019 è stato pensato, infatti, per risolvere e gestire situazioni "ordinarie" di crisi e non situazioni "eccezionali e diffuse" come quelle che si stanno verificando.

Al riguardo si rileva che il Consiglio di Stato con parere n. 811 del 24 aprile 2020, reso proprio sullo Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155", ha preso favorevolmente atto del rinvio dell'entrata in vigore del citato codice, ritenendo che si tratta "di scelta opportuna per evitare che il codice entri in vigore in un momento prossimo all'attuale emergenza sanitaria che, inevitabilmente, sta già causando pesanti ripercussioni sull'economia. In questo periodo potranno anche individuarsi differenti regole per la gestione delle crisi d'impresa derivanti dall'emergenza sanitaria, differenziando semmai il trattamento delle crisi economiche in cui le imprese si trovavano già prima dell'emergenza sanitaria da quelle derivanti dalla predetta emergenza".

Ebbene, tale apprezzabile e condivisibile finalità dovrebbe essere perseguita anche con riferimento alla disposizione dell'articolo 110, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, dal momento che la stessa richiede per la sua piena attuazione l'adozione di una disciplina di dettaglio completamente nuova per il mercato, che come tale andrà inevitabilmente a stravolgere quella prassi applicativa dell'articolo 186-bis della legge Fallimentare, che il decreto legge n. 23/2000 ha, invece, inteso consolidare, disponendo il rinvio dell'entrata in vigore del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Si segnala, quindi, l'opportunità di allineare l'entrata in vigore dell'articolo 110, comma 6, del Codice come modificato dall'articolo 2, commi 2 e 3, del decreto legge n. 32/2019, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 14/2019 e segnatamente al suo articolo 372.

Criticità dell'articolo 110, comma 6, del Codice: ruolo dell'ANAC e disciplina di dettaglio

L'articolo 110, comma 6, del Codice sembra delineare per l'Autorità funzioni sostanzialmente estranee al mandato regolatorio e di vigilanza previsto dal decreto legislativo n. 50/2016, conferendole un potere che tende all'amministrazione attiva e che, da un lato, influisce direttamente sulla libertà di iniziativa economica dell'operatore economico, obbligandolo a ricorrere all'avvalimento rinforzato, pena l'esclusione dalla gara, e, dall'altro, rischia di porsi "in concorrenza" con il giudice delegato, dominus della procedura concorsuale. Quest'ultimo aspetto è stato, in particolare,

sottolineato dall'Assonime sia nella circolare n. 22 dell'11 novembre 2019 "La nuova disciplina delle procedure di affidamento dei contratti pubblici in caso di crisi d'impresa e di insolvenza" sia nel corso dei lavori del predetto tavolo tecnico. Secondo l'Associazione, infatti, la previsione di "requisiti aggiuntivi" sarebbe «una superfetazione rispetto all'attuale quadro giuridico della procedura di concordato preventivo, basato su un ruolo di controllo forte dell'autorità giudiziaria sugli aspetti giuridici ed economici del piano, e su un complesso di valutazioni tecniche di professionisti indipendenti su ciascuna operazione prevista dal piano stesso, sottoposte ad un severo regime di responsabilità. L'intervento dell'ANAC nell'ambito di una procedura di concordato preventivo in cui il giudice, oltre ad aver ammesso il concordato ha anche autorizzato la specifica partecipazione dell'impresa alla gara, potrebbe sollevare un conflitto tra poteri e rappresentare un serio rischio ai fini della valutazione del concordato da parte dei creditori. Seppur, infatti, la valutazione dell'ANAC sia finalizzata alla sola richiesta dell'avvalimento rinforzato, questo elemento di incertezza potrebbe incidere sulla solidità del piano di concordato e sulle capacità dell'impresa di garantire, non solo l'esecuzione del contratto pubblico eventualmente aggiudicato, ma anche l'attuazione del concordato stesso».

Si rileva, inoltre, che la formulazione della norma in esame appare laconica sotto diversi profili.

In primo luogo difetta un coordinamento tra l'intervento dell'ANAC e la procedura di concordato: la norma in esame, infatti, da un lato ha eliminato l'inciso "sentito il giudice delegato", dall'altro, ha limitato il potere di intervento dell'Autorità alle "imprese in concordato", senza chiarire in quale fase della procedura di concordato l'ANAC debba intervenire, se nella fase di pre-ammissione, che va dal deposito dell'istanza di concordato al decreto di ammissione al concordato, nella fase di ammissione al concordato, che va dal decreto di ammissione al concordato e il provvedimento di omologazione, e/o nella fase di esecuzione del concordato omologato, che si apre con il decreto di omologazione e si conclude con l'esatta esecuzione del concordato.

In secondo luogo la norma in esame rimanda la definizione dei "requisiti aggiuntivi", che dovrebbero garantire la capacità esecutiva dell'impresa in concordato alle linee guida dell'ANAC, senza fissare criteri direttivi, che chiariscano se i citati requisiti debbano essere intesi come requisiti di natura economico finanziaria o tecnica ulteriori rispetto a quelli previsti dall'articolo 83 del Codice ovvero se debbano essere interpretati in un'ottica concorrenziale quali condizioni che dimostrino la capacità dell'impresa di essere in grado di adempiere agli impegni scaturenti dalla sottoscrizione del nuovo contratto.

In terzo luogo la disposizione non chiarisce quale sia la modalità di intervento dell'ANAC ossia se l'Autorità si pronunci su ogni specifica richiesta dell'impresa in concordato che intenda partecipare ad una nuova gara o sottoscrivere un nuovo contratto di subappalto ovvero se si pronunci in via generale

mediante la sola adozione delle linee guida, rimettendo la valutazione del rispetto delle stesse alle stazioni appaltanti. È evidente che la prima soluzione determinerebbe un considerevole aggravio per l'Autorità, che dovrebbe svolgere le singole istruttorie in termini molto brevi, per consentire alle imprese in concordato di presentare la propria offerta nel rispetto dei termini fissati dai documenti di gara, in conformità a quanto disposto dal Codice. Tuttavia, questi ultimi, soprattutto se si considerano le novità introdotte dal decreto legge n. 76/2020, appaiono difficilmente compatibili con la procedura necessaria per permettere, in sequenza:

- all'impresa concorrente di esaminare il bando e la *lex specialis* e inoltrare la richiesta di autorizzazione al giudice delegato e la relazione al professionista (articolo 186-bis della legge Fallimentare);
- al professionista di attestare la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;
- al giudice delegato di autorizzare la partecipazione alla gara;
- all'ANAC di avviare l'istruttoria protesa a valutare l'eventuale necessità dell'avvalimento rinforzato e concluderla con l'adozione del relativo provvedimento;
- all'impresa concorrente di individuare, se obbligata dall'ANAC, un'impresa ausiliaria, e di presentare un'offerta consapevole e ponderata, che tenga conto anche dei costi dell'avvalimento rinforzato.

La seconda, soluzione, invece, rimettendo la valutazione alle stazioni appaltanti, oltre a caricarle di un nuovo onere, rischierebbe di generare una difformità applicativa del Codice e delle predette linee guida.

L'articolo 110, comma 6, del Codice, non prevede, infine, come si attivi l'ANAC: se d'ufficio o su istanza di altro specifico soggetto (giudice delegato, impresa concorrente o stazione appaltante). Nel documento di consultazione relativo alla previgente disciplina si suggeriva come preferibile l'ipotesi che fosse il giudice delegato ad attivare l'Autorità, ma nella nuova formulazione dell'articolo 110 è venuto meno l'inciso "sentito il giudice delegato".

Alla luce delle criticità sopra evidenziate si rimette al legislatore ogni opportuna valutazione in ordine alla riformulazione dell'articolo 110, comma 6, del Codice, finalizzata ad eliminare le criticità qui evidenziate e a realizzare un equo bilanciamento degli interessi su citati. A tal fine potrebbe essere opportuno riservare all'Autorità un ruolo di supporto al giudice delegato. Questi potrebbe avere facoltà di chiedere un parere ad ANAC nel caso in cui la documentazione presentata dall'impresa in concordato per essere autorizzata a partecipare ad una nuova gara o a stipulare un contratto di subappalto non garantisca la capacità della stessa di portare a termine regolarmente l'affidamento. In questo senso potrebbe essere riformulata la previsione dell'articolo 110, comma 6, del Codice e

contemporaneamente potrebbero essere modificati nel senso sopra indicato gli articoli 186-bis della Legge Fallimentare e 95 del Codice della crisi di impresa.

l'Autorità segnala

- l'opportunità di sospendere la vigenza dell'articolo 110, comma 6, del decreto legislativo n. 50/2016 e, per l'effetto, di allineare la sua entrata in vigore con quella dell'articolo 372, comma 1, del decreto legislativo n. 14/2019;
- l'opportunità di riformulare la disposizione dell'articolo 110, comma 6, del decreto legislativo n. 50/2016, coordinandola con l'articolo 186-bis della legge n. 267/1942 e con l'articolo 95 del decreto legislativo n. 14/2019, nel senso di riconoscere al giudice delegato, che autorizza l'impresa in concordato a partecipare a nuove gare o a stipulare un contratto di subappalto, la facoltà di chiedere un parere ad ANAC nel caso in cui la documentazione presentata dall'impresa non garantisca la capacità della stessa di portare a termine regolarmente l'affidamento.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 2 dicembre 2020

Il Presidente

Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 14 dicembre 2020

Per il Segretario, Maria Esposito

Rosetta Greco