

Edilizia e Territorio

Speciale Sblocca-cantieri/3. Dall'esercizio provvisorio ai concordati: anticipate le novità sulle crisi d'impresa

La legge di conversione conferma le disposizioni sulle imprese in crisi. Ridimensionata la possibilità delle imprese in stato di fallimento di continuare a operare nel settore dei contratti pubblici

a cura di Luca Leone e Paola Conio

20 giugno 2019 - La legge di conversione del decreto "Sblocca cantieri" conferma in toto – come del resto era prevedibile – l'anticipazione delle disposizioni di alcune delle norme della riforma organica delle procedure di gestione delle situazioni di crisi e d'insolvenza, adottata con D.Lgs. 14/2019 del 14 febbraio 2019.

Le modifiche apportate da quest'ultimo provvedimento al Codice dei Contratti pubblici, necessarie per chiarire le disposizioni dello stesso e coordinarle con la nuova Legge sulla crisi di impresa, sarebbero difatti entrate in vigore soltanto 18 mesi dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, quindi il 15 agosto 2020. La legge di conversione (L. 55/2019), inoltre, interviene in modo più incisivo di quanto non avesse fatto il D.L. 32/2019 sull'art. 186-bis della legge fallimentare per eliminare alcune incongruenze che erano state segnalate all'indomani dell'entrata in vigore dello sblocca-cantieri.

Quindi, intervenendo sull'art. 110 del Codice contratti e sull'art. 104 e 186-bis della Legge Fallimentare lo sblocca-cantieri, nella formulazione scaturente dalla legge di conversione, consente di applicare anticipatamente le disposizioni correttive della riforma organica della normativa sulla crisi di impresa e di risolvere le difficoltà interpretative e di coordinamento tra la legge fallimentare e il codice contratti. Le nuove norme introdotte dallo sblocca-cantieri, così come convertito dalla L. 55/2019, verranno, poi, automaticamente sostituite da quelle del Codice della crisi di impresa e d'insolvenza al momento dell'entrata in vigore di quest'ultimo provvedimento.

Le imprese fallite in regime di esercizio provvisorio

Con l'anticipazione delle disposizioni del D.Lgs 14/2019 viene fortemente ridimensionata la possibilità delle imprese in stato di fallimento, il cui curatore sia stato autorizzato all'esercizio provvisorio, di continuare ad operare nel settore dei contratti pubblici.

Difatti, se da un lato viene confermata la possibilità – ove evidentemente la stessa risulti funzionale a garantire gli obiettivi della procedura liquidatoria – che il curatore autorizzato all'esercizio provvisorio continui, con l'autorizzazione del giudice delegato, ad eseguire i contratti pubblici che l'impresa fallita aveva già stipulato prima del fallimento, viene cancellata la possibilità, fortemente criticata, di consentire al curatore anche la partecipazione a nuove procedure di gara. L'art. 104 della legge fallimentare, dedicato appunto all'esercizio provvisorio dell'impresa fallita, viene modificato dallo sblocca cantieri – con disposizione confermata in sede di conversione – inserendo al settimo comma, laddove si specifica che durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli, l'opportuna precisazione secondo cui resta comunque salvo quanto previsto al comma 3 dell'art. 110 del Codice Contratti, ovvero il fatto che, per la prosecuzione di contratti pubblici da parte del curatore autorizzato all'esercizio provvisorio, è comunque necessaria l'autorizzazione del giudice delegato.

Le imprese che hanno presentato domanda di concordato "in bianco"

Il comma 4 dell'art. 110, così come riformulato dallo "sbocca cantieri" prevede che l'art. 186-bis, ovvero la disposizione della legge fallimentare sul concordato con continuità aziendale che disciplina la possibilità di partecipazione alle gare successivamente al deposito del ricorso da parte dell'impresa, si applichi anche all'ipotesi di domanda di concordato "in bianco". La legge di conversione, pur lasciando la disposizione inalterata, ha opportunamente inserito espressamente quell'"anche" che nel decreto-legge era rimasto nella penna dell'estensore, aprendo potenzialmente la strada al dubbio che la previsione modificata fosse dedicata "solo" alle imprese che avessero presentato domanda di concordato in bianco.

Quindi, è ora espressamente chiarito dalla norma che l'operatore economico che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva possa partecipare alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici purché autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato, o in alternativa dal tribunale. In questo caso, tuttavia, sarà sempre necessario avvalersi dei requisiti di un altro soggetto. Anche se la disposizione su questo specifico punto non è esplicita, il riferimento dovrebbe essere all'ipotesi

dell'avvalimento c.d. "rinforzato" ai sensi del successivo comma 6 del medesimo art. 110, di cui si dirà in appresso e non al normale avvalimento di cui all'art. 89 del codice.

Si rammenta che, per quanto concerne l'ipotesi di partecipazione alla gara delle imprese che avessero presentato domanda di concordato "in bianco, in assenza di disposizioni coordinate, chiare e puntuali nel previgente quadro normativo, gli orientamenti giurisprudenziali in merito avevano fatto registrare posizioni non univoche.

Ad esempio, il Tribunale di Roma (Decr., 20/10/2017) aveva ritenuto che l'autorizzazione a partecipare a procedure di affidamento di appalti pubblici, ai sensi dell'art. 186 bis, comma 4, l. fall., non potesse essere concessa all'impresa che abbia proposto la sola domanda di concordato preventivo con ricorso cd. in bianco, trovando applicazione, l'anzidetta disposizione, nel caso di deposito di domanda di concordato corredata da proposta, piano e documentazione di rito e nel periodo intercorrente tra il deposito medesimo e la ammissione alla procedura della proponente. Di contro, il Tribunale di Bolzano (09/01/2018), aveva affermato che qualora il ricorso in bianco fosse accompagnato da un'adeguata disclosure sulle linee guida del piano sarebbe stata possibile la partecipazione a nuove procedure di affidamento, previa autorizzazione del Tribunale, acquisito il parere favorevole del Commissario giudiziale se nominato sulla convenienza per il ceto creditorio della partecipazione alla procedura pubblica. Il Tar Piemonte (sent. n. 260/2019 del 7 marzo 2019) aveva affermato che le ragioni del soggetto che ha solo formulato istanza di concordato in bianco vengono prese in considerazione dalla sola legge fallimentare nella unilaterale prospettiva della procedura concordataria, alle cui esigenze non deve necessariamente piegarsi la procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei contratti. Il Consiglio di Stato, dal canto suo, per ben due volte ha rimesso alla Corte di Giustizia Europea la questione della compatibilità con il diritto eurounitario dell'esclusione dalla procedura di gara pubblica dell'impresa che abbia presentato domanda di concordato in bianco considerando come "procedimento in corso" la mera istanza e quale causa di esclusione dalla procedura d'appalto pubblico la confessione del debitore di trovarsi in stato di insolvenza insita nella presentazione dell'istanza di concordato preventivo "in bianco" (CDS Ordinanza n. 686/2018 e 2737/2015). Le incertezze vengono risolte dalle nuove disposizioni.

Il concordato preventivo c.d. "liquidatorio"

Con l'anticipazione delle norme del D.Lgs. 14/2019 sembrerebbe assistersi allo scolorimento della differenza tra concordato liquidatorio e concordato con continuità aziendale ai fini delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti.

Prima dello sblocca cantieri, ai sensi del combinato disposto della legge fallimentare (in particolare l'art. 186-bis) e del Codice contratti, le disposizioni che consentivano la partecipazione alle gare di appalto in deroga alle previsioni dell'art. 80 comma 5 del D.Lgs. 50/2016 erano sempre specificamente riferite all'ipotesi del concordato con continuità aziendale, mentre in relazione al concordato con cessione dei beni o c.d.

liquidatorio era contemplata unicamente la possibilità delle imprese che vi erano state ammesse di proseguire nell'esecuzione dei contratti già stipulati, previa autorizzazione del giudice delegato.

Con le modifiche dello sblocca cantieri, confermate dalla legge di conversione, non sembrerebbe invece più sussistere alcuna differenza tra le due tipologie di concordato in relazione alle procedure di gara pubblica. Difatti, da un lato, con la modifica al comma 4 dell'art. 186-bis, viene previsto che la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici da parte di imprese che hanno depositato "la domanda di cui all'art. 161 L.F." ovvero la domanda di ammissione al concordato preventivo non necessariamente con continuità aziendale, deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato; dall'altro, il comma 5 dell'art. 110 del codice contratti viene modificato prevedendo che "l'impresa ammessa al concordato preventivo" tout-court [anziché "l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale"] non necessita dell'avvalimento di requisiti di altro soggetto. Infine, anche all'art. 80 comma 5 lett. b) (non modificata dalla legge di conversione se non per una mera precisazione lessicale) scompare il riferimento alla continuità aziendale e resta solo quello al concordato preventivo in generale.

In effetti, anche dalla riforma della materia fallimentare non viene più esclusa l'ipotesi di partecipazione a nuove gare delle imprese in concordato liquidatorio, atteso che le disposizioni riformate fanno riferimento all'impresa al "concordato" e non più alla finalità della continuità aziendale, benché quest'ultima costituisca l'ipotesi che il legislatore della riforma vorrebbe divenisse prevalente, rispetto a quella meramente liquidatoria, possibile con il nuovo D.Lgs. 14/2019 solo nel caso si garantisca l'apporto di nuova finanza.

Edilizia e Territorio

L'avvalimento "rinforzato"

L'avvalimento rinforzato si differenzia dall'istituto di derivazione comunitaria normato dall'art. 89 del Codice Contratti in quanto l'ausiliario deve in questo caso essere dotato di tutti i requisiti richiesti per la partecipazione alla procedura e deve obbligarsi a subentrare all'impresa ausiliata in caso di default di quest'ultima dopo la stipulazione del contratto o in corso di esecuzione delle prestazioni.

La disposizione del sesto comma dell'art. 110 del Codice (già comma 5), dedicata al c.d. "avvalimento rinforzato", viene modificata nel tentativo di superare le molte perplessità che erano state sollevate con riferimento al vecchio testo. Al di fuori dei casi di avvalimento rinforzato "obbligatorio" (partecipazione alla gara di impresa che ha presentato domanda di concordato in bianco nel periodo antecedente il deposito del decreto di ammissione, come previsto ai sensi del comma 4 del nuovo art. 110), continua ad essere demandata ad ANAC dal nuovo comma sesto dell'art. 110 la scelta di subordinare all'individuazione dell'ausiliario la possibilità di partecipazione alle gare per le imprese che già si trovino in regime di concordato e che, dunque, secondo la previsione del precedente comma 5 non necessiterebbero di norma dell'avvalimento. Tale necessità sarà, difatti, legata alla mancanza di requisiti aggiuntivi che l'Anac stessa dovrà individuare con proprie linee guida.

Scompaiono, dunque, i riferimenti alla consultazione, da parte dell'Anac, del giudice delegato e al caso dell'impresa non più in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali, certamente sganciando la valutazione dell'Anac dai casi concreti e collegandola a fattispecie astratte.

La legge di conversione dello sblocca-cantieri interviene, poi, opportunamente anche sul quinto comma dell'art. 186-bis della legge fallimentare, che il testo originario del decreto-legge aveva lasciato, invece, inalterata, con la conseguente necessità di operare un non facile coordinamento interpretativo con il novellato art. 110.

Difatti, prima della legge di conversione, l'avvalimento rinforzato continuava ad essere, previsto dalla lettera b del comma 5 dell'art. 186-bis, il quale statuiva che l'ammissione al concordato preventivo non avrebbe impedito la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, ove l'impresa avesse presentato in gara:

- a) 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;
- b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del 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 fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto.

Il mancato intervento sulla lettera b) del comma 5 dell'art. 186-bis comportava la necessità di coordinare interpretativamente la disposizione, da un lato, con la previsione del nuovo comma 5 dell'art. 110 del Codice che stabilisce che l'impresa ammessa al concordato preventivo non necessita dei requisiti di altro soggetto e, dall'altro, con la disposizione del riformulato comma 4 dell'art. 186-bis, che già lo sblocca cantieri aveva modificato prevedendo che successivamente al deposito della domanda di ammissione al concordato, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici dovesse essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato.

Si sarebbe dovuto concludere, pertanto, che l'ammissione alle procedure di gara dell'impresa già in concordato potesse, invece, avvenire a prescindere dall'autorizzazione ove fosse stata presentata la documentazione prevista dal sopra citato comma 5 dell'art. 186-bis e fornito l'avvalimento rinforzato.

Con la legge di conversione la necessità dello sforzo di coordinamento interpretativo viene meno in quanto la lettera b) del comma quinto è stata abrogata.

Posizione dell'impresa in concordato all'interno del raggruppamento

Come noto, un tema particolarmente dibattuto è stato finora quello della possibilità per l'impresa in

concordato preventivo con continuità aziendale di rivestire o meno all'interno del raggruppamento il ruolo di mandataria.

Il comma 6 dell'art. 186-bis della legge fallimentare lo esclude espressamente stabilendo che l'impresa in concordato possa concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria.

Tuttavia, essendo la previsione ora citata antecedente all'approvazione del Codice contratti e del relativo correttivo, i quali non solo non facevano minimamente riferimento alla posizione che tali imprese avrebbero potuto rivestire nei raggruppamenti ma, addirittura consentivano all'impresa fallita assoggettata al regime di esercizio provvisorio di partecipare alle gare senza limitazione alcuna e, quindi, anche come mandataria, taluni commentatori avevano ritenuto che la citata disposizione della legge fallimentare fosse stata implicitamente abrogata dalla norma speciale per le procedure di gara pubblica costituita appunto dall'art. 110 del codice.

Tale orientamento era sposato anche dall'Anac nella citata proposta di Linee guida, argomentando nell'Air che, da un lato, una diversa interpretazione avrebbe determinato una ingiustificabile ed illogica disparità di trattamento tra l'impresa fallita in regime di esercizio provvisorio e l'impresa ammessa al concordato e, dall'altro, che il silenzio del legislatore del codice contratti avrebbe dovuto essere interpretato alla stregua del criterio "ubi lex voluit dixit, ubi nolit tacuit" ovvero, se la norma non ha detto nulla a riguardo vuol dire che non intendeva precludere l'assunzione di tale ruolo. L'orientamento era anche seguito da parte della giurisprudenza (es. Tar Toscana Firenze, sent. n. 491/2019 del 3 aprile 2019).

Altri giudici, tuttavia, avevano mostrato di non condividere tale impostazione e avevano invece ribadito che l'assunzione del ruolo di mandataria del raggruppamento – anche ove vi fosse stata l'autorizzazione del giudice – era preclusa dalla normativa vigente (e segnatamente da non abrogato comma 6 dell'art. 186-bis L.F.) e pertanto il raggruppamento che concorresse con un'impresa in concordato in posizione di mandataria andava comunque escluso (cfr. ad es. TAR Piemonte sent. n. 260/2019 del 7 marzo 2019).

Con lo sblocca cantieri e la successiva legge di conversione vengono, invece, fugati i dubbi, sia perché è stata eliminata la possibilità per il curatore dell'impresa fallita in esercizio provvisorio di partecipare in qualsiasi forma alle gare, sia perché il comma 6 dell'art. 186-bis non è stato abrogato, come sarebbe stato logico attendersi se il legislatore avesse voluto rendere palese la teorizzata abrogazione implicita, sia perché l'art. 80 comma 5 lett. b) è stato modificato facendo salvo non solo quanto previsto dall'art. 110 del codice ma anche dall'art. 186-bis.

Quindi, la partecipazione dell'impresa in concordato in posizione di mandataria è esclusa. Peraltro anche l'art. 95 del D.Lgs. 14/2019 in materia di crisi di impresa conferma l'impossibilità di assumere tale posizione.

Unica pecca della legge di conversione è quella di non aver coerentemente modificato il comma sesto in questione nella parte in cui fa riferimento alla lettera b) del comma 5 del medesimo art. 186-bis (per intendersi, quella relativa all'avvalimento rinforzato di cui si è detto al precedente paragrafo) per precisare che, nel caso di raggruppamento, l'avvalimento rinforzato avrebbe potuto essere fornito anche da altra impresa appartenente allo stesso.

Data l'abrogazione della citata lettera b) del comma quinto, l'ultimo periodo del comma sesto dovrebbe intendersi anch'esso abrogato per implicito.