amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

I contratti pubblici nei nuovi codici della crisi e degli appalti.

di Francesco Fimmanò

(Professore ordinario di Diritto Commerciale presso l'Università del Molise)

Sommario

1. Il regime dei contratti di appalto pendenti nella liquidazione giudiziale; - 2. La sorte dei contratti pubblici nel concordato preventivo; - 3. Il completamento dei lavori in caso di crisi; - 4. La partecipazione di imprese in concordato ad appalti pubblici e l'assegnazione dei lavori e delle forniture; - 5. Il caso dei raggruppamenti e delle associazioni temporanee di imprese nel concordato preventivo; - 6. Il concordato in bianco; - 7. Il pagamento di crediti concorsuali ed il certificato unico di regolarità contributiva; - 8. Concordato in continuità ed affitto di azienda in cui vi siano contratti stipulati con la pubblica amministrazione.

Abstract

The execution of public contracts, in light of recent reforms, continues to present significant critical issues in the event of a crisis, despite the long gestation of the new rules which occurred in the context of application problems that have been known for years in both doctrine and jurisprudence.

On the other hand, it is a problem that often occurs in the dialectic between public law and commercial law due to the overlap of interests that are not always convergent and interdisciplinary visions that are often distorted by the different approach. For this purpose, it is enough to think of publicly held companies where the nature of the subject and the nature of the economic activity carried out constitute the theoretical basis for the scrutiny of a multitude of interpretative questions and which for years have produced, especially on the public sector side, significant antinomies.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo"*

ISSN 2036-7821

1. Il regime dei contratti di appalto pendenti nella liquidazione giudiziale.

L'esecuzione dei contratti pubblici, alla luce delle recenti riforme, continua a presentare profili di criticità rilevanti in caso di crisi, nonostante la lunga gestazione delle nuove norme avvenuta nel quadro di problemi applicativi ormai noti da anni sia in dottrina che in giurisprudenza.

D'altra parte si tratta di un problema che spesso si verifica nella dialettica tra diritto pubblico e diritto commerciale per la sovrapposizione di interessi non sempre convergenti e visioni interdisciplinari spesso deformate dal diverso approccio. Basti pensare all'uopo alle società a partecipazione pubblica dove natura del soggetto e natura dell'attività economica esercitata costituiscono la base teorica per lo scrutinio di una moltitudine di questioni interpretative e che per anni hanno prodotto, specie sul versante pubblicistico, rilevanti antinomie. [1]

L'art. 186 del codice della crisi sancisce innanzitutto che il contratto di appalto in genere, privato o pubblico che sia, si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di voler subentrare nel rapporto, dandone comunicazione all'altra parte nel termine di sessanta giorni dall'apertura della procedura ed offrendo idonee garanzie.[2]

Il legislatore precisa poi però che nel caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva dello stesso sia stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto. Le qualità soggettive rilevano in relazione alla continuazione del contratto in corso di esecuzione e lo scioglimento dello stesso non consegue automaticamente alla dichiarazione di insolvenza dell'appaltatore, salvo l'ipotesi in cui l'essenzialità delle dette "qualità soggettive" sia stata espressamente indicata nelle clausole contrattuali.

Dunque la disciplina della liquidazione giudiziale consente, come quella del concordato preventivo, la prosecuzione del contratto, preclusa solo laddove venga rilevata la qualità soggettiva dell'appaltatore, intesa come elemento determinante del rapporto negoziale e salve le norme in tema di appalto di opere pubbliche e

[1] In tema mi permetto di rinviare a: F. FIMMANÒ, L'abuso della personalita giuridica della societò pubblica, in Le società pubbliche - Fenomenologia di una fattispecie, a cura di F. FIMMANÒ - R. CANTONE - A. CATRICALÀ, Napoli, 2020, 33 s. In tema cfr. anche C. IBBA, L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico, in An. giur. ec., 2015, II, 409; F.A. RE, La crisi delle società in house tra regole concorsuali e disciplina dei contratti pubblici, in Dir. fall., 2019, 650 s.

2 Per uno dei primi acuti commenti sul nuovo art.186 CCII, anche rispetto alle relative ricadute sui contratti d'appalto pubblici (ancora vigente il D. lgs. N.50/2016), si rinvia a A. PEZZANO - M. RATTI, Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti pendenti: l'appalto, in DirittodellCrisi.it, 2023.

ISSN 2036-7821

quindi del nuovo codice dei contratti pubblici[3], in quanto rilevano in questo caso non solo gli interessi delle parti ma quello della collettività alla corretta esecuzione dell'opera o del servizio. Rispetto alla pendenza del rapporto negoziale va precisato che per quanto riguardo l'appalto tra privati, questo può dirsi concluso quando una volta eseguiti i lavori nelle tempistiche previste, ai sensi dell'articolo 1665 c.c., l'opera viene consegnata al committente che deve accettarla: l'adempimento dell'appaltatore è subordinato all'accettazione (anche tacita o presunta) dell'opera. Per gli appalti pubblici invece, solo l'approvazione del collaudo da parte della Pubblica Amministrazione completa l'esecuzione del rapporto.

E' quasi superfluo ricordare che l'accesso alla "composizione negoziata", che non è una procedura concorsuale, non determina invece alcun limite per l'imprenditore di prosecuzione dei contratti pubblici o di partecipazione alle gare di appalto (non rientrando in alcuno dei casi di esclusione contemplati dall'art. 94, co.5, lett d) del nuovo codice dei contratti pubblici), purché evidentemente ne abbia i requisiti (ivi compresi i c.d. Durc che non beneficiano degli effetti concorsuali) e nei limiti di capacità, congruità, fattibilità e straordinarietà delle scelte adottate nel conformarsi alle disposizioni di cui agli artt. 21 e 24 CCII ed alle valutazioni dell'esperto. Analogamente va rammentato che, a norma dell'art. 124 comma 6, c.c.p., restano, rispetto alla situazione di crisi, salve tutte le disposizioni previste dalla legge, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.

In ogni caso l'art. 211 CCII sancisce che «*l'apertura della liquidazione giudiziale non determina la cessazione dell'attività d'impresa quando ricorrono le condizioni previste dalla norma*». Il tribunale autorizza il curatore a proseguire l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori.

L'apertura della liquidazione determina lo spossessamento del debitore, ma non per questo la cessazione dell'attività, che continua e si mantiene nella sua dimensione oggettiva e dinamica, svincolata e proiettata al di là della soggettività dell'imprenditore, fino a quando l'impresa mantenga una capacità produttiva e reddituale e la sua continuazione non pregiudichi la massa. Si tratta di uno degli aspetti più innovativi del codice della crisi, da cui discende una

[3] Si tratta del D.lgs. n. 36/2023, pubblicato il 31 marzo 2023 nel supplemento ordinario n. 12/l alla Gazzetta ufficiale, entrato in vigore il primo aprile 2023 ma con efficacia dal primo luglio ex art.229 e anche per quanto concerne l'art. 124 , co.4 e 5 (l'omologo dell'art.110 D. lgs 50/2016) e l'art. 224, comma 6. Cfr. al riguardo tra i primi commentatori: A. PEZZANO, Nuovo codice degli appalti pubblici e diritto della crisi: primissimi accenni, in DirittodellaCrisi.it,, 2023; D. LATELLA, Concordato in continuità e contratti pubblici: note a margine del CCII, in vista del nuovo Codice degli appalti, in Fallimento, 2023, 3; Id., Il nuovo Codice degli Appalti (D.lgs. n. 36/2023): le norme in materia di concordato preventivo e contratti pubblici stipulati dall'impresa in crisi, in Gazz.for., 2023, n. 3.

ISSN 2036-7821

sostanziale *normalità* della continuazione dell'attività in sede concorsuale salvo che non ci sia stata disgregazione dell'azienda a seguito della sua decozione.
L'esercizio dell'impresa che diviene, almeno nelle intenzioni astratte del legislatore, una ipotesi strutturale (scomparendo ovunque nella norma di cui all'art. 211 l'aggettivazione di "provvisorio")[4] anche se nella pratica rimane eccezionale, pur se inserito in un capo unitario con la liquidazione dell'attivo riguarda comunque la fase di amministrazione dei beni del debitore insolvente, risolvendo i problemi della organizzazione e della custodia. L'istituto può essere disposto in momenti diversi della procedura e per assolvere a funzioni differenti: con la sentenza dichiarativa oppure *successivamente* (e non più dopo che sia stato reso esecutivo, con decreto, lo stato passivo), in una complessiva strategia destinata comunque ad essere assorbita dal *programma di liquidazione*. [5]
Nel caso in cui la sentenza dichiarativa disponga l'esercizio dell'impresa ad opera del curatore, il provvedimento non deve più fondarsi sull'analisi combinata di due fattori ma solo sulla prognosi effettuale sui creditori, i quali "non devono essere pregiudicati", anche se ad esempio si incide su interessi diffusi (si pensi alla cessazione di un servizio pubblico essenziale). Per creditori, inoltre, non si intende solo il ceto in senso lato, ma anche una categoria (es. i lavoratori o nel nostro caso la P.A.) o, in taluni casi, persino un singolo. Il concorrente presupposto, insito nell'esigenza di evitare un *grave danno* connesso all'interruzione dell'attività, presente nella formulazione originaria dell'art. 211 CCII, è stato eliminato dall'ultimo intervento correttivo. [6]

---

[4] S. LEUZZI, L'esercizio (non più provvisorio) dell'impresa del debitore nel quadro del Codice della Crisi e dell'Insolvenza, in Dir. fall., 2019, I, 854 s.

[5] Sulla disciplina dell'istituto nell'evoluzione normativa: C.M. Rivolta, L'esercizio dell'impresa nel fallimento, Milano, 1969; I. Andolina, "Liquidazione dell'attivo" ed "esercizio provvisorio dell'impresa" nel fallimento, in Dir. fall., 1978, I, 181 s.; A. Cavalaglio, L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (profili funzionali), in Giur. comm., 1986, I, 238 s.; B. Meoli, La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, in Fallimento, 2005, 1042 s.; L. Abete, Il novello "esercizio provvisorio": brevi notazioni, in Dir. fall. 2006, I, 659; M. Ferro, La liquidazione dell'attivo: fase preliminare di osservazione dell'impresa in esercizio, fase di progettazione e fase di attuazione nelle nuove vendite, in Dir. fall., 2006, I, 805 s.; E. Sorci, sub art. 104 l.f., in La nuova legge fallimentare annotata, a cura di G. Terranova, Napoli, 2006, 193 ss.; G. Trisorio Liuzzi, L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo, in Foro it., 2006, V, 197; E. Stasi, L'esercizio provvisorio, in Fallimento, 2007, 853 s.; E. Bertacchini, L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo, in Manuale di diritto fallimentare, a cura di E. Bertacchini - S. Gualandi - S. Pacchi - G. Pacchi - G. Scarselli, Milano, 2007, 325 s.; S. Ambrosini, L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda, in Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, vol. XI, Padova, 2008; L. Mandrioli, La liquidazione dell'attivo e l'esercizio provvisorio dell'impresa, in La riforma organica delle procedure concorsuali, a cura di S. Bonfatti - L. Panzani, Milano, 2008, 421 s.; A. Dimundo, sub art. 104 l.f., in Codice comm. fall., diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 925 s.; P. Fabbio, L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento, Napoli, 2011; A. Rossi, Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa, Milano, 2013. Per una peculiare valorizzazione dello strumento, cfr. per tutti A.PEZZANO, Esercizio provvisorio e concordato fallimentare: un propizio connubio per il futuro concorsuale, in ilCaso.it, 2016.

[6] È bene evidenziare che il legislatore non richiede che la continuazione procuri un vantaggio, ma semplicemente che sia indifferente per i creditori (non li pregiudichi). Il confronto, poi, involge riferimenti non

ISSN 2036-7821

I contratti pendenti in genere proseguono durante l'esercizio provvisorio, salva la facoltà del curatore di chiederne lo scioglimento secondo le norme dettate in materia di cui agli art. 172 ss. CCII. Il curatore non potrà invocare la sospensione o lo scioglimento ove di fatto il contratto abbia avuto esecuzione concreta per effetto dell'esercizio (e non quando sia stato meramente autorizzato)[7]. La valutazione da parte della curatela oltre che basarsi sul criterio di *economicità* dovrà infatti tener conto della utilità dei contratti in funzione della proficua conservazione dei beni ai fini della liquidazione. Chiaramente, ove il curatore decida di esercitare la facoltà di sospenderne l'esecuzione, il terzo contraente avrà la possibilità di chiedere al giudice delegato la fissazione del termine di sessanta giorni, ai sensi dell'art. 172, comma 2, CCII, decorso il quale il contratto s'intenderà sciolto. È chiaro perciò che una prosecuzione non avvenuta dall'inizio della procedura ma solo in fase avanzata presenterà maggiori problemi attuativi quanto meno perché nelle more si sarà prodotto in qualche modo lo scioglimento della maggior parte contratti "aziendali" in corso (se non di tutti) ed il curatore potrà sfruttare solo quelli rimasti sospesi al momento della ripresa. Le norme in materia di effetti trovano peraltro impregiudicata applicazione anche *al momento della cessazione* dell'esercizio dell'impresa per quei contratti ancora pendenti alla medesima data. Non assume rilievo, in sostanza, il profilo soggettivo della sostituzione del curatore al debitore nella titolarità e disponibilità dei rapporti giuridici, quanto, piuttosto, il profilo *oggettivo* della sorte del rapporto obbligatorio non ancora adempiuto. [8]

Anche se la liquidazione giudiziale non determina di per sé la cessazione dell'attività economica, la continuazione diretta dei contratti pubblici è possibile dunque solo nel caso in cui venga disposto l'esercizio dell'impresa ad opera del curatore, visto che nel

---

eminentemente quantitativi visto che l'interesse dei creditori ha diversi modi di manifestarsi potendo contenere anche una componente sensibile alla continuazione del rapporto con l'impresa come ad esempio accade proprio per i contratti pubblici.

[7] Non si registrano modifiche rilevanti nella disciplina del codice della crisi rispetto alla precedente (in tema cfr. C. Fiengo, Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti, Napoli, 2009; F. Fimmanò, Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato, in Giur. comm., 2007, I, 756 s.; Id., sub art. 104 l.f., in Il nuovo diritto fallimentare, diretto da A. Jorio, vol. II, Bologna, 2007, 1576 s.; M. Sandulli, Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti, in Giur. comm., 1995, I, 196 s.; Id., sub art. 104 l.f., in La riforma della legge fallimentare, a cura di A. Nigro - M. Sandulli, vol. II, Torino, 2006, 603 s.).

[8] I crediti sorti nel corso dell'esercizio ad opera del curatore sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'art. 221, comma 1, lettera a), CCII, con il rilievo operativo che ha la circostanza per cui se i terzi in bonis fossero pagati con moneta concorsuale si guarderebbero bene dall'intrattenere rapporti contrattuali con la curatela o comunque di darle credito, impedendo di fatto la prosecuzione dell'attività economica. Tuttavia, ai fini della questione in esame, è opportuno evidenziare che, oltre ai debiti sorti in pendenza di esercizio, sono da ritenersi prededucibili anche quelli già scaduti al momento della dichiarazione di insolvenza ma riferiti a contratti in corso di esecuzione in cui il curatore sia subentrato. Il pagamento del debito derivante da una prestazione anteriore all'ammissione alla procedura deve essere quindi valutato nel contesto dell'operatività del contratto cui si riferisce e non determina il cristallizzarsi di una situazione debitoria in funzione della progressiva esecuzione bilaterale del rapporto che prosegue.

ISSN 2036-7821

caso di affitto o vendita dell'azienda non si tratterà di una prosecuzione ma di un subentro nei contratti a norma dell'art. 2558, c.c., da parte dell'imprenditore cessionario.

Il comma 10 dell'art. 211, CCII, a differenza del passato, sancisce che il curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa può proseguire i contratti in corso ma "*non può partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto*". Il nuovo art.124, comma 4, c.c.p., tuttavia, con l'autorizzazione del giudice delegato, opportunamente consente, oltre la prosecuzione dei rapporti in corso (come in passato), anche di stipulare il relativo contratto pubblico, laddove l'aggiudicazione sia intervenuta prima della dichiarazione di insolvenza,[9] nonché ad gli accordi quadro già stipulati dall'impresa poi divenuta insolvente.[10] Resta ferma l'impossibilità di partecipare a nuove gare. L'autorizzazione giudiziale deve comunque intervenire entro il termine di sessanta giorni decorrenti dall'avvenuta efficacia dell'aggiudicazione (e non dall'apertura alla procedura *ex* art.18, comma 2 c.c.p.)[11] ed in mancanza il curatore è da intendersi sciolto da ogni vincolo e la stazione appaltante può procedere ad interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, se tecnicamente ed economicamente possibile. In tal caso l'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. Le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che il nuovo affidamento avvenga alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato (art. 124, commi 2 e 3, c.c.p).

Salvo non si ritenga che l'art.97, comma 2, c.p.p.[12] si applichi, oltre che all'ipotesi di partecipazione alle gare pubbliche, anche ai casi di contratti in corso, come in via

[9] Difatti, "si tratta di una situazione in cui la partecipazione e l'aggiudicazione sono avvenute quando l'imprenditore era ancora in bonis, del tutto legittimamente, e manca soltanto l'aspetto formale della stipulazione. Merita tutela l'aspettativa della curatela alla stipula, in vista della tutela della consistenza del patrimonio dell'imprenditore in liquidazione giudiziale e delle ragioni dei creditori, sotto sorveglianza del curatore e del giudice delegato per verificare la sostenibilità da parte della società fallita dell'esecuzione del contratto" (Relazione illustrativa sub art.124 c.c.p.).

[10] Al fine così di rispondere - precisa sempre la relazione illustrativa della disposizione - "al dubbio se il curatore potesse stipulare contratti applicativi dell'accordo quadro, oppure se l'accordo quadro stipulato rimanesse comunque valido, ma "sospeso" fino al subentro di un nuovo soggetto acquirente dell'azienda o cessionario del contratto."

[11] Che dunque è opportuno, recte doveroso (visto anche l' art. 323, comma 1, lett. d), CCII) che sia lo stesso debitore insolvente ad affrettarsi a farla dichiarare ,ove via sia il rischio di perdere una 'si' tale posta attiva.

[12] Art.97, comma 2, c.c.p.:. "Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante

ISSN 2036-7821

estensiva potrebbe ritenersi (a stare anche alle intenzioni del legislatore),[13]non ci pare, invece, che il curatore autorizzato all'esercizio possa giovarsi di tale opzione ove si tratti di un debitore insolvente mandante in un'associazione od un raggruppamento temporaneo di imprese, visto che, come noto, il contratto di mandato in tal caso potrebbe proseguire anche con la liquidazione giudiziaria *ex* art.183, comma 3, CCII , a differenza che in ipotesi di liquidazione del mandatario, come vedremo meglio più avanti. Ciò in quanto nulla prevede al riguardo l'art.124, c.c.p., mentre l'art. 94, comma 5, lett.d), c.c.p., in virtù del rinvio operato dall'art.68, comma 13, c.c.p., sancisce in ogni caso l'automatica esclusione in caso di liquidazione giudiziaria, impedita soltanto in caso di concordato preventivo e solo "*se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 95, commi 3 e 4,* CCII". Esclusione che non consente neppure la salvaguardia del contratto, inteso come valore attivo della massa, in virtù di una sostituzione c.d interna, permessa, invece, dai vecchi commi 17 e 18 (e 19 *bis* e *ter*) dell'art.48 del previgente codice degli appalti (oggi sostituito dal citato art. 68, che nulla contempla al riguardo). In questo modo diventa critica anche l'ipotesi di "cessione del contratto" in virtù di una c.d. *sostituzione esterna* (da realizzarsi a mezzo procedura competitiva) in quanto l'art. 120, comma 1, lett.d), n.2 c.c.p., fa salvo quanto previsto dall'art. 124 c.c.p. [14] Anche se nella dinamica degli interessi in gioco non è possibile immaginare un depauperamento dei valori attivi in pregiudizio alla massa, visto che si tratta di interessi officiosi che non rispondono a logiche meramente privatistiche ma di diritto pubblico dell'economia, e quindi l'interpretazione dovrà essere orientata necessariamente nella direzione della cedibilità della posizione contrattuale ad opera della procedura.

Quanto alla cessazione dell'esercizio concorsuale dell'impresa va detto che l'istituto esige non solo la sussistenza ma anche la *permanenza* delle condizioni che assicurino ai creditori prospettive di soddisfazione ed assenza di pregiudizio. Perciò, il

---

ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata." E' comunque evidente che, rispetto alle analoghe previsioni dei commi 17 e 18 dell'art. 48 D.lgs.50/2016 (tra l'altro, queste si' riguardanti anche lo scenario dei rapporti in corso di esecuzione), nel trascritto art.97 il raggio di sindacabilità da parte della P.A. appare decisamente più ampio.

[13] Così, infatti, sembra esprimersi la relazione illustrativa all'art.97 c.c.p.: "Posto che, sotto il profilo sostanziale, le disposizioni ivi contenute "corrispondono" e "superano" quanto previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, tenuto conto delle incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sulle antevigenti disposizioni, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. "sostituzione" od "estromissione" del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive."

[14] Ciò a differenza di quanto accadeva con l'omologo art.106, comma 1, lett.d), n.2 del previgente codice degli appalti. Negli stessi termini già: A.PEZZANO, Nuovo codice degli appalti pubblici e diritto della crisi: primissimi accenni, cit.

ISSN 2036-7821

legislatore - in uno ai meccanismi di verifica - ha predisposto anche le modalità alternative attraverso cui si può addivenire a tale cessazione particolarmente rilevanti nel caso di appalti pubblici per le relative implicazioni. [15]

Il nuovo codice dei contratti, all'art. 158 comma 2, prevede peraltro una eccezione di acquisibilità, a mezzo di una procedura negoziata senza indizione di gara, "*di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose presso un fornitore che cessi definitivamente l'attività commerciale o presso il liquidatore in caso di procedura di insolvenza, di un accordo con i creditori o di procedure analoghe*".[16]

Il caso infine dell'affitto (o della vendita) dell'azienda in cui siano compresi contratti pubblici di appalto o forniture di servizi non pone particolari problemi e d'altra parte le norme del codice della crisi sono rimaste sostanzialmente inalterate.

L'affitto endoconcorsuale riguarda comunque la fase di amministrazione dei beni del debitore, risolvendo sostanzialmente i problemi della organizzazione e della custodia

[15] Innanzitutto la scelta è rimessa alla valutazione e quindi alla iniziativa del comitato dei creditori, in occasione dell'attività informativa concepita dal legislatore. L'art. 211, comma 5 CCII, dispone testualmente "se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio il giudice delegato ne ordina la cessazione". Si deve ritenere che la valutazione in questo caso sia di esclusivo appannaggio del comitato ed il giudice delegato non possa che prenderne atto. A ciò deve aggiungersi come la continuazione dell'attività di impresa implichi scelte previsionali e di merito tali da incidere in maniera sensibile sulla tutela degli interessi dei creditori ai quali come contrappeso viene riconosciuta la possibilità di valutare l'opportunità di una tale vicenda. Il sistema è dotato anche di una regola di chiusura che assicura la possibilità di interruzione della procedura anche al Tribunale, quale organo di suprema vigilanza legittimato ad intervenire anche quando il comitato dei creditori non si esprima in termini negativi sulla continuazione. Difatti, a norma del comma 7, dell'art. 211 CCII, "in qualsiasi momento" il Tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio, "con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo sentiti il curatore ed il comitato dei creditori", quindi anche contro il loro parere. Non può escludersi infatti che il comitato dei creditori, quale organo esponenziale del relativo ceto, rappresenti un interesse parziale della vicenda che all'esame complessivo del Tribunale appaia meritevole invece di una valutazione diversa nel senso della non prosecuzione dell'impresa. Peraltro non è escluso che, ricorrendone presupposti e condizioni, il giudice delegato su proposta del curatore e con l'assenso del comitato, possa riavviare l'esercizio dopo la cessazione decretata dal tribunale. Una ulteriore ipotesi di cessazione, questa volta dotata di un carattere fisiologico, è data dalla circolazione concorsuale dell'azienda o dallo spirare del termine previsto. Anche in questo caso si è dinanzi ad una ipotesi di cessazione dell'esercizio ed anche in questa ipotesi la vicenda deve essere corroborata da una informazione contabile appropriata ,come richiede l'art. 211 comma 6, CCII, secondo il quale "ogni semestre o comunque alla conclusione del periodo di esercizio il curatore deve presentare un rendiconto della attività". Il riferimento al periodo dipende dal fatto che possono esserci diversi periodi di gestione anche staccati tra loro.

[16] L'art. 158 c.c.p. (Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando) prevede che "1. Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dal comma 2, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. A tali fini si tiene conto degli esiti delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite, rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure , se del caso, extraeuropei. 2. Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono ricorrere a una procedura negoziata senza indizione di gara nei seguenti casi… i) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose presso un fornitore che cessi definitivamente l'attività commerciale o presso il liquidatore in caso di procedura di insolvenza, di un accordo con i creditori o di procedure analoghe".

ISSN 2036-7821

quando *appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa*, in funzione quindi della sua conservazione in funzione del *miglior soddisfacimento dei creditori*, che resta l'obiettivo prioritario[17]. Il contratto può essere proposto solo dal curatore e può essere autorizzato anche limitatamente a specifici rami. Per ramo si intende una frazione del complesso aziendale destinata originariamente all'esercizio di un settore della sua attività, che, integrando autonomamente un idoneo, autonomo e compiuto strumento d'impresa dotato di attitudine alla destinazione imprenditoriale, va trattato, nella dinamica giuridica della circolazione, sostanzialmente come un'azienda [18].

L'istituto, tuttavia al di là del procedimento autorizzatorio e di selezione, esige, al fine di evitare che una gestione sciagurata, possa far perdere all'azienda ogni valore di avviamento e deteriorarla nella sua struttura e nella sua funzionalità, che il contratto venga stipulato adottando una serie di altre *misure di sicurezza*, sia nella scelta dell'affittuario sia nella previsione di un contenuto contrattuale minimo obbligatorio ovvero clausole e condizioni finalizzate ad una corretta e proficua utilizzazione dell'istituto. Alcune di queste sono direttamente previste dall'art. 212 ,CCII, a guisa di clausole legali [19]. La scelta dell'affittuario deve tenere conto della *attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali* [20]. L'affitto impone la continuazione della stessa impresa esercitata dal debitore, tenuto conto che il trasferimento non è definitivo e che alla scadenza del contratto l'affittuario dovrà restituire il complesso. Inoltre, a norma dell'art. 2562, c.c., (che rinvia al 1561,c.c.,) l'affittuario dell'azienda deve esercitarla sotto la ditta che la contraddistingue e senza modificarne la destinazione[21].

---

[17] M. PARRINELLO, L'affitto di azienda e codice della crisi: gli interessi protetti ed il procedimento di formazione del contratto, in Riv .dir. comm., 2019, 512 s., che ricorda come l'obiettivo si ponga all'apice della scala degli interessi tutelati e che gli altri bisogni devono trovare un adattamento.

[18] Sul concetto di ramo mi permetto di rinviare a F. FIMMANÒ, Centri Commerciali e "rami d'azienda",in Giur. comm., 2021, I, 1056 s. In tema cfr. pure Cass. 17 febbraio 2020, n. 3888, in Giur. comm., 2022, II, 496 s. con nota di F. GALLUZZO, Sul discrimen tra affitto di ramo di azienda e locazione di immobile con perdinenze: il caso dei centri commerciali; e in dottrina F. MARTORANO, L'azienda, in Tratt. dir. comm. BUONOCORE, diretto da R. COSTI, sez. I. t.3, Torino, 2010, 286, s Viceversa il contratto con il quale vengono trasferiti tutti i beni e le attività di un'azienda, che sostanzialmente coincidono con quelli al servizio dell'unica attività fino a quel momento esercitata dalla società cedente, la quale, intervenuta la cessione, non svolge altra attività d'impresa e si pone in liquidazione, non ha ad oggetto un ramo d'azienda bensì l'intera azienda (Trib. Roma, Sez. Imp., 20 aprile 2020, in Foro it., 2020, 6, I, 2162). Discorso diverso va fatto per le norme di cui all'art. 2112 c.c., specie in tema di ramo, in quanto fortemente condizionate dal legislatore comunitario in senso estensivoi.

[19] A. GALLONE – M. RAVINALE, L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare, Milano, 2008, 13 s. .

[20] C.P. FRANZI – S.G. FOLESANI, L'affitto d'azienda nel fallimento, in Sanzo (a cura di), Procedure concorsuali e rapporti pendenti, Bologna, 2009, 237 s.

[21] La norma è dettata per l'usufrutto d'azienda, ma viene estesa anche all'affitto argomentando dall'art. 2652 c.c., e soprattutto dalla specificità del contratto rispetto alla locazione di bene anche produttivo. Fra le voci del conguaglio può avere particolare rilievo l'incremento dell'avviamento, il cui metodo di calcolo è controverso (G.E. Colombo, L'azienda e il mercato, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, vol. III, Padova, 1979, 283).

ISSN 2036-7821

Riguardo ai rapporti giuridici *pendenti*, in virtù dell'art. 2558, comma 3, c.c., l'affittuario, come più in generale il cessionario, *di regola* succede nella posizione di parte dei rapporti contrattuali stipulati per l'esercizio dell'attività, purchè si tratti di contratti non personali, a prestazioni corrispettive e non completamente eseguiti da entrambe le parti (nell'accezione per l'appalto vista sopra) [22]. Tale successione deve essere considerata un effetto naturale ed avviene indipendentemente dalla conoscenza effettiva o potenziale che l'affittuario abbia della esistenza e del contenuto di tali contratti, a meno che non sia stata esclusa convenzionalmente od il rapporto si sia risolto prima della stipula dell'affitto. Comunque nel nostro caso l'art. 2558, c.c. va coordinato con la disciplina dei rapporti in corso di esecuzione e con le norme del codice civile in tema di affitto (artt. 1615 ss.). Tale sistema normativo può incidere su quanto previsto dal primo comma dell'art. 2558, c.c., per i contratti che non abbiamo carattere personale, tenuto conto che il contratto viene stipulato in un momento in cui si sono già verificati gli effetti della sentenza dichiarativa di insolvenza sui contratti preesistenti[23]. Per i contratti che sopravvivono a carico della massa, resta dubbio se sia applicabile il secondo comma dell'art. 2558, che prevede l'esercizio del diritto di recesso per giusta causa da parte del contraente ceduto (senza peraltro che sorga un diritto al risarcimento del danno) ed in ogni caso la sussistenza effettiva della giusta causa è soggetta al sindacato dell'autorità giudiziaria.[24]

2. La sorte dei contratti pubblici nel concordato preventivo.

Nel contesto dei contratti pubblici è soprattutto la procedura di concordato preventivo con continuità aziendale che intercetta la fenomenologia più caratterizzante, in quanto l'impresa, sia pure in stato di crisi, può assicurare il

[22] F. FIMMANÒ, Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante, 2000, Milano, 71 s. ove ampi riferimenti, e P.F. CENSONI, La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda, in Giur. Comm., I, 2003, 333 s.

[23] Si è sottolineato che le norme sugli effetti della circolazione sono un vero e proprio microsistema «che deve essere riguardato unitariamente e come unità disciplinare ricostruito senza riserve» (M. CIAN, La circolazione dell'azienda e la continuità dei rapporti d'impresa: complessità del patrimonio e articolazione delle risposte normative, in Nuove leggi civ. comm., 2017, 954).

[24] Se la giusta causa di cui parla la norma viene ricondotta alle capacità patrimoniali o alle qualità dell'acquirente, e se la responsabilità dell'affittante viene fondata su una culpa in eligendo, allora si può affermare che la disposizione non sarebbe applicabile in sede concorsuale, sia per il fatto che la stipula del contratto presuppone l'intervento del giudice delegato, sia per la esistenza di un complesso sistema di controllo e di impugnazione dei provvedimenti del giudice delegato e del curatore (P.F. Censoni, op. cit., 340). In ogni caso, va evidenziato che l'attribuzione in sede concorsuale al contraente ceduto del potere di recesso di cui all'art. 2558, secondo comma, c.c. avrebbe come conseguenza la nascita di una obbligazione risarcitoria in capo alla curatela, da soddisfare in prededuzione. Ne deriva che, in pendenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso, la curatela non potrebbe procedere alla esecuzione di riparti parziali, senza avere prima preventivamente proceduto alla predisposizione degli opportuni accantonamenti.

ISSN 2036-7821

mantenimento di una operatività funzionale al superamento dello stato di difficoltà, offrendo ai propri creditori una proposta, ora disciplinata dalla norma di cui all'art. 95 CCII che attribuisce alla fattispecie una peculiare autonomia.

Il legislatore - come noto - introdusse già nel 2012 una specifica disciplina per i contratti pubblici attivi, passivi [25] associativi [26] nel concordato. Qualche anno dopo fu novellato il codice degli appalti [27] che pure essendo *un corpus* normativo sopravvenuto alla novella fallimentare non conteneva alcuna regolamentazione transitoria [28] e soprattutto non contemplava un adeguato coordinamento con le norme della legge fallimentare [29].

Il codice della crisi - a sua volta - è intervenuto in materia, anche sulla base degli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati nelle more, con una serie di novità da leggere ora anche in relazione alla (successiva [30]) recente introduzione del Codice

[25] F. FIMMANÒ, I rapporti contrattuali "pendenti" nel concordato preventivo, in La nuova miniriforma della legge fallimentare, a cura di SANDULLI – D'ATTORRE, Torino, 2016; Id., I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo, Napoli, 2016, 119 s.; P. PIZZA, Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione, in ilfallimentarista.it, 2012, 3. La distinzione tra contratti attivi e contratti passivi trae fondamento dall'art. 3 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440: è passivo il contratto che comporta un esborso da parte della P.A. ed invece è attivo il contratto dal quale deriva un introito per la P.A. Associativi sono i rapporti di questa natura tendenzialmente plurilaterali e non di scambio come i Raggruppamenti e le Associazioni temporanee di imprese, i gruppi europei di interesse economico, i consorzi, le società di scopo e le società consortili.

[26] Tra i contratti pendenti di cui può essere autorizzato lo scioglimento per la giurisprudenza di merito rientra anche – con riferimento al singolo rapporto sociale – il contratto di consorzio costituito in forma societaria (Trib. Modena 18 gennaio 2016, in Fallimento, 2016, 374).

[27] Il codice degli appalti introdotto dal D. lgs. n. 50/2016 che sostituiva a tutti gli effetti l'abrogato D.lgs. n. 163/2006 (come modificato dall'art. 4, comma 6, della legge n. 214 del 2011) fu emanato in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, con l'obiettivo tra l'altro di estendere il principio di massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, anche alle imprese che, benché caratterizzate da una situazione di crisi, sia essa reversibile o meno, utilizzassero gli strumenti previsti dagli ordinamenti nazionali, diretti alla conservazione in tutto o in parte dell'attività aziendali (cfr. al riguardo: A. PEZZANO – M. RATTI, Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni, in Fallimento, 2016, 757 s.; L. IMPARATO, La crisi di impresa nel nuovo codice degli appalti pubblici, in ilcaso.it, 23 gennaio 2017; M. PALLADINO, I contratti pubblici nel concordato preventivo alla luce del nuovo codice degli appalti, in Dir. Fall., 2017, 481 s.) e per l'ovvia esigenza di garantire l'affidabilità economica dell'esecutore contrattuale dell'Amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2013, n. 2661 in Foro amm. CDS, 2013, 5, 1399, conferma Tar Puglia, Bari,, n. 546, del 5 aprile 2011, in Foro amm. TAR, 2011, 4, 1373). Si è evidenziato come le due discipline sono state, di fatto, destinate a convivere per un certo periodo (M. ATTANASIO, Procedure concorsuali e appalti pubblici, in fallimentiesocietà.it, 2016).

[28] Le regole dettate dagli artt. 48, commi 17 e 18, e 80, comma 5, lett. b), riproducevano sostanzialmente le disposizioni del precedente codice di cui gli artt. 37, comma 18 e 19, e 38, comma 1, lett. a).

[29] Cfr. in tema A. M. PERRINO, Codice dei contratti e degli appalti pubblici e concordato preventivo con continuità aziendale: tra distonie, incongruenze e rischio di cortocircuito, in Foro it., 2016, VI, che ricordava come: le procedure concorsuali venissero menzionate in modo diverso nelle varie norme; l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese non fosse neppure richiamata, facendola rientrare nel più ampio alveo delle "procedura di insolvenza concorsuale"; e ci fosse persino il riferimento ad una non meglio precisata amministrazione controllata.

[30] In tema da ultimi cfr.: D. LATELLA, Concordato in continuità cit., 4 s.; Id., Il nuovo Codice degli Appalti cit. ult.loc.; A. PEZZANO, Nuovo codice degli appalti pubblici e diritto della crisi: primissimi accenni, cit.; G. VIOTTI, La prosecuzione dei contratti di appalto pubblico da parte dell'impresa in concordato preventivo, in Fallimento,

ISSN 2036-7821

dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n.36/2023, che è andato a soppiantare anche tutte le disposizioni dell'art. 372 CCII e segnatamente gli ivi rimodulati artt. 48, 80 e 110 D.lgs. n.50/2016, sostituiti , rispettivamente, dagli artt. 68 e 97 (quanto all'art.48, sebbene, come visto, non in modo del tutto convincente), 94 e 124 c.c.p.

Anche nel nuovo contesto la norma centrale permane l'art. 95 CCII [31], che nel riaffermare la regola generale della continuazione dei contratti in corso di esecuzione "*stipulati con pubbliche amministrazioni*" nel concordato in continuità, sancisce che non «*si risolvono per effetto dell'apertura della procedura* e che sono inefficaci patti contrari [32].

Il fatto che già nella vecchia legge fosse stata dettata una apposita norma voleva dire, *a contrario*, che nel concordato *senza continuità* questo tipo di rapporti non proseguivano (al fine di evitare problemi alla P.A. ed ai relativi interessi collettivi sottesi) e che invece nel concordato con continuità proseguivano *sempre*, senza che fosse possibile l'operatività di clausole risolutive (tipiche di questi contratti o almeno di quelli del passato) e che solo il debitore poteva chiedere di essere autorizzato a sciogliere [33]. Analogamente nei concordati c.d. *liquidatori* mantenevano efficacia le

---

2019, 5 s. Sul regime successivo alla precedente novella al codice degli appalti: F. FIMMANÒ, Concordato preventivo in continuità e contratti «stipulati o da stipulare» con la pubblica amministrazione, in Riv. not., 2018, 451 s.; G. FAUCEGLIA, Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo codice degli appalti pubblici, in Dir. fall., 2017, I, 473 s.; M. PALLADINO, op.cit, 500 s.; L. D'ORAZIO, Il concordato preventivo con continuità aziendale e le gare pubbliche, in Procedure concorsuali e diritto pubblico. Insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori, a cura di D'Orazio e Monferrante, Milano, 2017, 386 s.; E. BORGHI - G. CARLINI, Crisi d'impresa e contratti pubblici. Il favor normativo per la continuità aziendale, in Riv. trim. appalti, 2016, 193 s.; V. DE SENSI, Appalto pubblico e crisi d'impresa, in Dir. fall., 2015, I, 623 s.; G.P. MACAGNO, continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi, in fallimento, 2014, 670 s.; R. CIPPITANI, concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici, in urb. e appalti, 2014, 422 s.

[31] Norma che riproduce, con una sua autonomia, il terzo comma, primo periodo, dell'art. 186 bis l. fall.

[32] Si è rilevato all'indomani della precedente riforma che il comma 3 dell'art. 186 bis, l. fall., ampliava opportunamente la disciplina sui contratti pendenti contenuta nell'art. 169 bis, proprio allo scopo di favorire la prosecuzione dell'attività nell'interesse preminente della debitrice (anche in contrasto con l'interesse dei creditori). Ed infatti, da un lato l'imprenditore in concordato con continuità poteva sciogliersi dai contratti e poteva sospenderne gli effetti (art. 169 bis, comma 1) e, dall'altro, il terzo contraente era obbligato ad attendere le decisioni del debitore non potendosi sciogliere dal contratto in quanto non solo la procedura non è causa di risoluzione del contratto, ma sono inefficaci eventuali clausole contrattuali contrarie (M. ARATO, Il concordato con continuità aziendale, in ilfallimentarista.it, 8).

[33] L'art. 186-bis l.fall. prevedeva che se, al deposito del ricorso, ferma l'applicazione dell'art. 169-bis l.fall. prev., fossero pendenti contratti pubblici già stipulati, allora questi non si risolvevano per effetto dell'apertura della procedura e che in caso di ammissione al concordato preventivo, non era impedita la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'art. 67 avesse attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento; peraltro, la medesima disposizione si applicava anche al caso in cui l'impresa fosse stata ammessa a concordato senza continuità aziendale, là dove il professionista attestasse che la continuazione era necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio; e ancora che, in seguito al deposito della domanda di concordato preventivo, invece, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici doveva essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato (comma così sostituito dall'art. 2, comma 4, lett. b), n. 2, D.L. 18 aprile 2019, n. 32, conv., con modif., dalla L. 14 giugno 2019, n. 55); con specifico riguardo, poi, all'ipotesi in cui l'impresa fosse stata ammessa al concordato preventivo e non avesse ancora contrattato con la pubblica amministrazione, la norma non impediva la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti

ISSN 2036-7821

clausole risolutive. E la giurisprudenza amministrativa aveva avuto modo, a sua volta, di affermare che le norme in esame fossero da considerarsi di stretta interpretazione [34].

Principi che adesso si sono consolidati nel coordinamento tra la disciplina della crisi e quella dei contratti pubblici [35] che, come già accennato, contiene, tra le altre, anche le norme abrogatrici del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Il codice della crisi sancisce in ogni caso che l'ammissione al concordato preventivo "non impedisce" la continuazione dei "contratti pubblici" laddove un professionista indipendente ne attesti la conformità al piano e la *ragionevole capacità di adempimento*, proprio al fine di garantire, innanzitutto nell'interesse pubblico, l'affidabilità del soggetto.[36]

L'attestazione riguarda dunque sia l'essenzialità del contratto pubblico *de quo* per la realizzazione del piano (sulla base dell'interesse di tutti i creditori del soggetto proponente), sia l'affidabilità ovvero la ragionevole capacità di adempimento del

---

pubblici, quando l'impresa presentasse in gara una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto" (art. 186-bis, comma 5). Una ulteriore disposizione (abrogata dall'art. 2, comma 4, lett. b), n. 2-bis, D.L. 18 aprile 2019, n. 32, conv., con modif., dalla L. 14 giugno 2019, n. 55) prevedeva che l'impresa dovesse produrre anche 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 fosse 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 fallisse nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non fosse per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto.

[34] T.A.R. Aosta Valle d'Aosta sez. I, 18 aprile 2013, n. 23, in Foro amm. TAR, 2013, 4, 1097.

[35] Ciò a cominciare, come vedremo, dall'art. 94, comma 5, lett. d), del codice dei contratti pubblici, rispetto alle cause di esclusione automatica del contraente che riafferma il principio generale secondo cui «... l'operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni ...» è escluso per legge dalla procedura di appalto, in qualsiasi momento si accerti la sussistenza delle relative condizioni, fatte salve le norme in materia di concordato con continuità aziendale (commi da 1 a 5 dell'art. 95, CCII) e con la specificazione che «l'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 186 bis, comma 4, del regio decreto n. 267 del 1942 e dell'articolo 95, commi 3 e 4» del CCII, ossia le autorizzazioni giudiziali citate.

[36] Si tratta del comma 2 dell'art. 95 CCII; norma che riproduce il terzo periodo del terzo comma de vecchio l'art. 186 bis, l. fall. Si è rilevato in giurisprudenza che tutta la disciplina dell'evidenza pubblica è funzionale a selezionare un contraente che dimostri di possedere idonei requisiti morali, di affidabilità economica e di capacità tecnica. Gli imprenditori chiamati ad eseguire contratti nell'interesse della P.A. sono sottoposti ad un severo scrutinio in ordine alla sussistenza delle condizioni personali, tecniche e finanziarie al fine di garantire un esatto adempimento delle prestazioni dedotte nel contratto. L'importanza dell'interesse pubblico da perseguire mediante l'esecuzione del contratto giustifica l'introduzione di condizioni di ammissione alle procedure di gara ben più pregnanti rispetto a quelle necessarie per svolgere la medesima attività sul libero mercato. In tale prospettiva, il codice dei contratti pubblici conferisce valore preminente all'affidabilità economica dell'impresa aggiudicataria di commesse pubbliche, rispetto al diverso e contrastante obiettivo di promozione del risanamento delle imprese in stato di crisi e di insolvenza, includendo non solo il periodo occorrente per la chiusura del procedimento di concordato preventivo (che culmina con l'omologa), ma anche il periodo di esecuzione dello stesso (così T.A.R. Napoli Campania sez. I, 8 febbraio 2012, n. 651, in Foro amm. TAR, 2012, 2, 523).

ISSN 2036-7821

debitore prendendo espressamente in esame gli strumenti e le risorse in grado di adoperare specificamente per l'esecuzione delle prestazioni concretamente previste dal contratto (sulla base dell'interesse della pubblica amministrazione al corretto adempimento del rapporto). [37]

L'attestazione di conformità si risolve in un *giudizio di coerenza* della prosecuzione del contratto rispetto al piano di concordato, con particolare riguardo all'esistenza di una correlazione tra tale prosecuzione ed i flussi dalla stessa generati[38]. Con riferimento invece all'attestazione sulla "ragionevole capacità di adempimento", questa dovrebbe comprendere l'insussistenza di ragioni ostative, anche prospettiche, alla "capacità del debitore di far fronte agli impegni già assunti nei confronti della stazione appaltante, tenuto anche conto dei presupposti e delle condizioni la cui ricorrenza renderebbe legittima la risoluzione in danno di cui all'art. 108 del codice degli appalti"[39]. Le attestazioni non erano menzionate dal previgente codice degli appalti né lo sono da quello novellato, non perché siano state abrogate ma in quanto si tratta di attività endoconcorsuale (cioè interna agli organi della procedura) e vanno presentate al giudice delegato che deve autorizzare la continuazione dei contratti.

L'*incipit* dell'art. 95 CCII con il riferimento a «*quanto previsto dall'art. 97*», comporta che resta in ogni caso ferma, anche nel caso dei «contratti pubblici», la possibilità per il debitore di chiedere al tribunale (o, dopo l'ammissione al concordato, al giudice delegato) l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, ovvero, in alternativa, la loro sospensione per non oltre sessanta giorni, prorogabili per una sola volta, non rilevando la natura pubblicistica della controparte contrattuale. Il tutto, fermo restando la necessità di liquidare in favore della stazione appaltante un «indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento[40], che configura una sorta di recesso senza giusta causa[41]. La

[37] Nel caso di concordato con continuità aziendale qualora nella relazione venisse attestato che il subappalto dei contratti in essere (anche con la p.a.) fosse conforme al piano e funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori a norma del vecchio art. 186 bis, co. 2, lett. b), l. fall., ma non venisse altresì attestato che l'impresa subappaltatrice fosse in possesso della ragionevole capacità di adempimento degli stessi, come richiesto dalla suddetta norma al comma 3 per l'impresa in concordato, dovevano ritenersi sussistenti le condizioni volute dalla legge solo per i contratti privati, per i quali è chiesta l'autorizzazione al subappalto. Nella fattispecie, il Tribunale aveva autorizzato la società a subappaltare i contratti privati, invitando la ricorrente ad integrare la documentazione mancante in relazione al contratto pubblico, unendo il parere della p.a. sulla proposta di subappalto, ove richiesto dal bando di gara, o la prova del silenzio-assenso al subentro (Trib. Vicenza, 7 febbraio 2013, inedito).

[38] L. QUATTROCCHIO - R. RANALLI, Concordato in continuita` e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice, in Ilfallimentarista.it, 2012, 11.

[39] Trib. Bolzano 9 gennaio 2018, in Fallimento, 2018, 611 con nota di F. FIMMANÒ I contratti pubblici nel concordato preventivo; L. SADILE, Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici, in ilcaso.it, 2014, 5.

[40] La necessaria determinazione dell'indennizzo, da soddisfarsi come credito anteriore al concordato, va effettuata dal debitore (sul piano dell'equilibrio delle prestazioni con riferimento al margine di guadagno) fin dal momento della presentazione del ricorso. Si è rilevata l'incoerenza del lessico adottato dal legislatore nella misura in cui opera una equivalenza tra due elementi giuridici tra loro divergenti. Il termine ''indennizzo'' vale

ISSN 2036-7821

ratio della diversità rispetto all'art. 97, è da individuare nel fatto che nel contratto con la P.A. l'interesse del contraente *in bonis* coincide con quello pubblico alla regolare esecuzione del contratto. [42]

Allo stesso modo la locuzione «…*non impedisce la continuazione di contratti pubblici*» evidenzia che rimangono comunque intatti tutti *gli altri rimedi giuridici* che l'ordinamento mette a disposizione della parte pubblica del contratto, per cui la P.A. può comunque impedire la continuazione del rapporto, laddove sussistano i presupposti per l'esercizio dei poteri previsti dalla legge. La stazione appaltante ha la possibilità di esercitare il diritto di "recesso" dal contratto e quella di "risoluzione" per "grave inadempimento" alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni a norma del codice dei contratti pubblici. [43]

Il giudice prima di autorizzare lo scioglimento deve sentire la pubblica amministrazione contraente[44], tenuto conto che la cessazione improvvisa di alcuni

---

ad indicare un valore monetario che prescinde da un eventuale danno subìto e quindi non sarebbe un pagamento dovuto a titolo di risarcimento (V. PETTIROSSI, Sorte dei «contratti pendenti» nella disciplina del concordato preventivo, in Dir. Fall., 2016,I, 127). La decisione sul quantum dell'indennizzo appare strettamente collegata all'an dell'autorizzazione concessa dal tribunale (o dal giudice delegato), il quale è comunque chiamato a vagliare le richieste del debitore contemperando i vantaggi che deriverebbero per la massa e, specularmente, il pregiudizio che subirebbe il contraente per effetto dello scioglimento dei contratti in corso di esecuzione (in tal senso App. Milano, 4 febbraio 2015, in Giur. it., 2015, 1147, ed il relativo commento di M. PALLADINO, I contratti in corso di esecuzione nel Concordato Preventivo: il perimetro operativo della disciplina e l'elaborazione di un modello procedimentale unitario).

[41] E' stato evidenziato in dottrina che non può parlarsi nella fattispecie di vero e proprio ''inadempimento'', stante la sussistenza di espressa autorizzazione da parte del tribunale, pertanto l'equivalenza tra indennizzo e risarcimento del danno sarebbe un'equivalenza ''priva di senso'' (F. P. CENSONI, La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo, in ilcaso.it, 2013, 20). In realtà dal nostro punto di vista, come detto, si tratta di un inadempimento a tutti gli effetti, l'autorizzazione giudiziale riguarda il profilo concordatario, ma non i rapporti col terzo contraente che vede interrotto il rapporto senza giusta causa e senza che ce ne fosse la facoltà. Più in generale riguardo all'indennizzo: F. FIMMANÒ, I rapporti contrattuali "pendenti" nel concordato preventivo cit. , 2016, 105.

[42] M. Conforto, La sorte dei contratti pendenti nel concordato preventivo: riflessioni sulla disciplina prevista dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in Contr. impr., 2022, 147 s.

[43] Proprio su questa scia si posiziona, sebbene rispetto ad un rapporto ancora in fase di gara, la recente pronuncia del Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2023, n. 7905, in Ilcaso.it, 2023, in cui è stato anche chiarito che, a lume del principio di tassatività dei casi di esclusione della partecipazione alle gare pubbliche, l'accesso alla procedura di amministrazione straordinaria, non essendo inclusa tra le procedure escluse dal D.lgs. n. 163/2006 (come neppure dall'attuale codice dei contratti pubblici), non è ostativa alla partecipazione a tali gare, fermo comunque (appunto) il diritto della stazione appaltante di autonomamente valutare se comunque l'impresa appaltatrice possieda i requisiti, anche rispetto a pregressi fatti ostativi, ritenuti indispensabili per perseguire al meglio gli interessi pubblicistici alla solerte ed efficiente realizzazione dell'opera. In dottrina, cfr. M. ATTANASIO, Procedure concorsuali e appalti pubblici, cit., che ipotizza la possibilità di neutralizzare il rischio della risoluzione contrattuale con la formulazione di istanza di sospensione degli effetti del contratto.

[44] Una certa giurisprudenza aveva già evidenziato che anche se il vecchio art. 169 bis l. fall., nella sua formulazione letterale, non prevedeva espressamente che il Tribunale, prima di decidere dovesse disporre l'audizione della controparte contrattuale interessata, "la necessità di tale incombente apparisse incontestabile" in considerazione, da un lato, dell'incidenza che il provvedimento in parola fosse idoneo ad esplicare sulla

ISSN 2036-7821

tipi di contratto (si pensi alla gestione di reti o di servizi necessari) può generare problemi all'interesse pubblico della collettività la cui cura è sottesa alla stipulazione, specie in virtù della necessità di procedimenti competitivi per la individuazione del sostituto. [45]

Sul piano generale è evidente una *giurisdizionalizzazione* della fattispecie nel senso che al giudice, come d'altra parte accade per l'intera disciplina della crisi, acquista nuovamente un ruolo centrale ed invece di introdurre elementi e competenze esterne tipo l'Anac si lascia all'autorità giudiziaria la valutazione, il contemperamento e il giudizio in relazione ai diversi e compositi interessi in gioco.

3. Il completamento dei lavori in caso di crisi.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, all'art. 124 comma 5, disciplina il tema del completamento dei lavori in caso di insolvenza di uno dei contraenti, sancendo che «*... per i contratti in corso di esecuzione, alle imprese che hanno depositato la domanda di accesso al concordato preventivo….. si applicano i commi 1 e 2 dell'articolo 95 dello stesso codice*» e nel diverso caso in cui la domanda di accesso al concordato preventivo sia stata depositata dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto, allora «*la stipulazione del contratto deve essere autorizzata nel termine previsto dal precedente comma 4, ai sensi dell'articolo 95, commi 3 e 4, del codice della crisi*» [46]. Il termine

posizione del contraente in bonis e, dall'altro lato, in virtù dalla circostanza che uno dei principi ispiratori della recente riforma della materia fallimentare è quello di garantire il rispetto del principio costituzionale del contraddittorio. Pertanto, ogniqualvolta si sia in presenza di un provvedimento volto a dirimere un contrasto tra contrapposte posizioni soggettive (come accade nel caso dello scioglimento e della sospensione di un contratto in corso con una società in concordato), il contraddittorio andrebbe esteso al contraente in bonis, in quanto destinatario degli effetti della decisione, nel rispetto di un modello procedimentale conforme ai principi costituzionali del giusto processo (App. Milano, 8 Agosto 2013, in Ildirittodegliaffari.it, 2013; nello stesso senso Trib. Novara, 27 marzo 2013, in ilcaso.it, 2013). Nel senso del contraddittorio prima della novella del 2015: Trib. Monza, 21 gennaio 2013, cit; Trib. Piacenza (decr.), 5 aprile 2013, in ilcaso.it, 2013; Trib. Udine 25 settembre 2013, in ilcaso.it, 2013; App. Venezia 20 novembre 2013 cit.; B. INZITARI – V. RUGGIERO, Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'art. 169-bis legge fallim.: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?, in Dir. fall., 2014, I, 14 s., La novella ha attuato, da questo punto di vista, la Raccomandazione del 12 marzo 2014 della Commissione UE, in vista della revisione del Reg. n. 1346/2000 sull'insolvenza transfrontaliera, ove si invitano gli stati membri a garantire, in occasione di omologazione del piano di ristrutturazione, il contraddittorio con tutti i creditori potenzialmente coinvolti (al riguardo U. MACRÌ, Un commento a prima lettura, in Fallimento, 2014, 398 s.)..

[45] Tant'è che già l'art. 140 del vecchio codice degli appalti di cui al D.lgs. n. 163/2006, con riferimento ai lavori pubblici, sanciva per accelerare la soluzione che "Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell'appaltatore o di liquidazione coatta e concordato preventivo dello stesso….. possono interpellare 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 del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente, escluso l'originario aggiudicatario".

[46] Si è osservato che risulterà di difficile applicazione pratica questa prescrizione in quanto il comma 5 dell'art. 124, c.c.p. si riferisce alla situazione in cui "Il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all'esercizio dell'impresa, può, su autorizzazione del giudice delegato, stipulare il contratto qualora l'aggiudicazione sia intervenuta prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale", ma "l'autorizzazione alla

ISSN 2036-7821

da rispettare affinché l'impresa in concordato possa attuare l'autorizzazione giudiziale mediante sottoscrizione del contratto pubblico è quello di sessanta giorni (previsto per la liquidazione giudiziale) entro cui il tribunale presso cui pende la domanda di concordato preventivo possa delibare sulla richiesta di autorizzazione alla stipula del contratto aggiudicato, tenendo conto dell'eventuale esercizio dei poteri di autotutela della pubblica amministrazione [47]. Il debitore deve essere particolarmente tempestivo nel dar vita alla procedura, ove sia aggiudicatario di appalto non ancora perfezionato con la stipula del contratto, poichè a differenza di quanto accade in caso di liquidazione giudiziaria, occorre nelle more anche l'attestazione speciale su conformità al piano e capacità di adempimento, oltre che il parere del commissario giudiziale e l'autorizzazione del giudice.

A norma della seconda parte del comma 2 dell'art. 95 CCII, della continuazione può beneficiare, in presenza delle condizioni di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti purchè in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto [48]. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. Si discute in questo caso se occorra l'attestazione, almeno nella parte in cui riguarda la ragionevole capacità di affidamento (visto che il vecchio D. lgs. n. 163 del 2006, stabiliva che la cessione aveva effetto nei confronti della P.A. solo dopo che il cessionario avesse comunicato alla stazione appaltante, attraverso idonea documentazione, la sussistenza dei *requisiti di qualificazione* e la stazione appaltante avesse accertato l'insussistenza dei

---

stipulazione del contratto deve intervenire entro il termine di cui all'articolo 18, comma 2, del codice dei contratti; in mancanza il curatore è da intendersi sciolto da ogni vincolo...". Si legga, allora, anche l'art. 18, al comma 2, c.c.p., secondo cui: "Divenuta efficace l'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 17, comma 5 e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela, la stipula del contratto ha luogo entro i successivi 60 giorni anche in pendenza di contenzioso". Insomma, il termine da rispettare affinché l'intero impianto vada a regime - e, dunque, l'impresa in concordato possa attuare l'autorizzazione giudiziale mediante sottoscrizione del contratto pubblico - si basa su una strettoia costituita dai sessanta giorni di tempo affinché il tribunale presso cui pende la domanda di concordato possa delibare sulla richiesta di autorizzazione alla stipula del contratto aggiudicato, tenendo conto dell'eventuale esercizio dei poteri di autotutela della P.A. - per i quali bisognerebbe stabilire se abbiano portata ostativa, sospensiva o interruttiva rispetto al termine bimestrale di che trattasi -, nonché della sussistenza di ipotetiche eccezioni all'applicazione di detto termine, come elencate nell'art. 18 del nuovo codice dei contratti pubblici, sempre al comma 2 (D. Latella, op. ult. cit.). In particolare, rappresenterebbero eccezioni all'applicazione del termine bimestrale (art. 18, comma 2): "a) per le ipotesi previste dal comma 4 del presente articolo e dall'articolo 55, comma 2; b) nel caso di un diverso termine previsto nel bando o nell'invito a offrire; c) nell'ipotesi di differimento concordato con l'aggiudicatario e motivato in base all'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto".

[47] In particolare, costituirebbero eccezioni all'applicazione del termine bimestrale (art. 18, comma 2, del progetto di Codice): «a) per le ipotesi previste dal comma 4 del presente articolo e dall'articolo 55, comma 2; b) nel caso di un diverso termine previsto nel bando o nell'invito a offrire; c) nell'ipotesi di differimento concordato con l'aggiudicatario e motivato in base all'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto».

[48] Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101, in Urb. e app., 4, 2014, 417.

ISSN 2036-7821

presupposti per opporsi al subentro). In realtà riteniamo che nello spirito del sistema l'attestatore dovrà verificare proprio quei requisiti in funzione del diverso destinatario e del diverso interesse della massa. Le disposizioni si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato liquidatorio quando il professionista indipendente attesti che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda.

Dal coordinamento delle norme emerge che nella fase del concordato in bianco i contratti già stipulati rimangono *sospesi* fino all'intervenuta autorizzazione del tribunale, ed in mancanza possono comunque essere efficaci purchè ci sia la successiva ratifica dell'organo giudiziale. Nella fase *post ammissione* invece, i contratti proseguono, se accompagnati dalla detta attestazione professionale, senza la necessità dell'autorizzazione giudiziale. [49]

Occorre in ogni caso tracciare anche uno spartiacque tra due discipline diverse ovvero quella riguardante i veri e propri contratti pendenti e quella concernente la relativa assegnazione. Questa seconda fase termina solo con la stipula del contratto con la P.A., prima della quale si è sempre nell'ambito della disciplina della partecipazione alla gara. Solo laddove l'esecuzione del contratto richieda un *quid pluris* rispetto alle verifiche e le autorizzazioni già predisposte e raccolte nella fase di partecipazione, occorrerà seguire l'*iter* previsto dalla disciplina riguardante la prosecuzione, come nello specifico caso in cui si concorra a procedure di assegnazione nella fase di concordato in bianco e si dia esecuzione al contratto nella fase *post-ammissione*. Allo stesso modo va individuato un ulteriore spartiacque nella fase *post-omologa* in cui non occorre più alcuna autorizzazione del giudice a partecipare a procedure di affidamento relative a concessioni ed appalti di lavori, di forniture e servizi, nonché ad essere affidatario di subappalti e ad eseguire i contratti già stipulati, anche perché il giudice non avrebbe più alcuna legittimazione per farlo [50].

In ogni caso, il primo comma dell'art. 124 c.c.p. in vigore, sancisce espressamente la regola dello *scorrimento di graduatoria*, diretta ad operare in caso di liquidazione giudiziaria[51], di liquidazione coatta amministrativa e concordato preventivo, o di

[49] Secondo la giurisprudenza l'autorizzazione è da intendersi immanente nel provvedimento di ammissione da parte del tribunale, il cui compito è anche quello di effettuare un accertamento analitico sull'attestazione sotto il profilo della sua legittimità, ovvero della sua analisi motivazionale tecnico-logica-giuridica coerente e corretta (Trib. Bolzano 9 gennaio 2018, cit.). Chiaramente senza neppure il previo parere dell'Anac, già eliminato ad opera del **D.Lgs. 56/2017 in vigore dal 20 maggio 2017**.

[50] In tal senso anche Trib. Trento 30 gennaio 2017, in ilfallimentarista.it (la procedura di concordato preventivo si esaurisce con il decreto di omologa, il quale segna inoltre il passaggio, dal punto di vista dell'imprenditore, dal regime di spossessamento attenuato proprio della procedura al riacquisto della piena capacità di agire, e, dall'angolo visuale degli organi della procedura, dal potere di consentire o meno il compimento di atti di straordinaria amministrazione ad una funzione di mera vigilanza sulla corretta esecuzione del concordato).

[51] **Per la giurisprudenza di legittimità il contratto di appalto, anche di opera pubblica, si scioglie con l'apertura della liquidazione giudiziale ma con "effetto ex nunc"** e quindi **al curatore spetta il corrispettivo**

ISSN 2036-7821

risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 122 c.c.p. ovvero di recesso dal rapporto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-*ter*, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (codice antimafia e misure di prevenzione), ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto. Le stazioni appaltanti, come visto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, se tecnicamente ed economicamente possibile.

Dal coordinamento complessivo delle disposizioni (e comunque dall'*incipit Fatto salvo quanto previsto dai commi 4 e 5"* dell'articolo *de quo*) risulta tuttavia che le previsioni di cui di cui a tali commi tendono a prevalere sul predetto scorrimento, se tempestivamente adottate le relative scelte e decisioni da parte, rispettivamente, del debitore e A.G.O., essendo comunque l'interesse alla solerte conclusione dell'opera pubblica il primo precetto enunciato dall'art.1 c.c.p.[52]. Considerato anche che l'art.124 c.c.p. tace sul punto (a differenza dell'ultimo capoverso del secondo comma dell'art.95 CCII), vi è da supporre che tale tempestività sarà invocata con ancora più rigore nel caso di contratti da eseguire rispetto a concordati meramente liquidatori.

Il codice prevede una specifica disciplina *per le cessioni dei contratti pubblici* sancendo (comma 1, lett. d, n. 2, art. 120), che all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o per contratto, *anche* a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza[53], un altro operatore economico che 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 codice degli appalti. Stesso principio è sancito in tema di concessioni (art. 189). [54]

---

maturato per le prestazioni eseguite dall'appaltatore (poi dichiarato insolvente) sino all'intervenuto scioglimento, così come altrettanto ferma è la **possibilità per il committente di rifiutare legittimamente il pagamento delle opere appaltate per la parte ineseguita o non eseguita a regola d'arte (**Cass., 30 settembre 2021, n.26573, con nota di B. Armeli, Contratto pubblico di appalto: fallimento dell'appaltatore, richiesta di corrispettivo del curatore ed eccezione di inadempimento dell'appaltante, in Ilfallimentarista.it, fasc., 5, 2022).

[52] E probabilmente i sessanta giorni di cui all'art.18, comma 2, c.c.p. , richiamati anche dall'art.124, commi 4 e 5, c.c.p. rispetto allo specifico caso di avvenuta aggiudicazione senza ancora stipula del contratto, potrebbero divenire il generale, per quanto indicativo, termine che, con decorrenza dal verificarsi dell'evento (presentazione della domanda di concordato), l'impresa in crisi dovrà considerare per conseguire, ad attestazione speciale redatta, la necessaria autorizzazione giudiziale.

[53] Il riferimento apparentemente generico va invece chiaramente circoscritto alle ipotesi normativamente contemplate permanendo il divieto previsto dall'art. 119, comma 1, secondo cui: "I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d), la cessione del contratto è nulla. È altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera".

[54] Norme dettate in conformità al contenuto dell'art. 72, comma 1, lett. d-ii, della direttiva 2014/14/UE, e dell'art. 43, comma 1, lett. d-ii, della direttiva 2014/23/UE. Anche se quest'ultima allo scopo di non rischiare di incidere

ISSN 2036-7821

Lo stesso sistema vale per *le concessioni*, in quanto a norma dell'art. 189, comma 1, lett. d, n. 2, c.c.p., al concessionario iniziale succede, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni[55], fusioni, acquisizioni o insolvenza, un altro operatore economico che 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 codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore. [56]
Si tratta di una vera e propria ipotesi di cessione del contratto *a carattere eccezionale*, in deroga agli artt. 119, comma 1 c.c.p. (che infatti la prevede espressamente) e 122, comma 1, lett. a, c.c.p., giustificata proprio dalle superiori esigenze del sistema e che non è soggetta né a veto, né ad autorizzazione da parte del contraente pubblico, a differenza di quanto avveniva col codice degli appalti del 2006, che consentiva la circolazione del rapporto solo unitamente all'azienda ed in caso di trasformazione, fusione o scissione.

4. Le procedure di assegnazione di appalti pubblici e la partecipazione di imprese in concordato.
L'imprenditore in concordato, a differenza di quello in liquidazione, può partecipare sin dall'inizio a gare pubbliche per l'assegnazione di appalti, nonostante l'art. 124 c.c.p. stranamente taccia (a differenza di quanto accadeva col previgente art.110) visto quanto sanciscono i commi 4 e 5 dell'art.95 CCII, e comunque il richiamo senza riserve ad opera dell'art.94, co.5, lett. d), c.c.p.
Successivamente al deposito della domanda di concordato in continuità, 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, previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la detta conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto (art. 95 commi 3 e 4, CCII).

---

sull'imparzialità, trasparenza e concorrenza, non impone la necessità di autorizzazione del concedente, ritenendo sufficiente, come in caso di contratto appalto, che il soggetto possegga i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente; che non vi siano altre modifiche sostanziali al contratto e che la cessione non abbia finalità elusive della normativa pubblica di settore.

[55] Il termine rilevazione è estremamente discutibile sul piano giuridico ed è riferito a scorpori o estrazioni patrimoniali derivante da linguaggio economico.

[56] Il corrispondente vecchio art. 51 disciplinava – invece - la cessione ed altri tipi di operazioni straordinarie, assoggettando, prima del perfezionamento del negozio, la verifica di ogni requisito da parte della stazione appaltante. Invece, in sede di esecuzione del contratto, la cessione poteva ritenersi efficace solo dopo che la stazione appaltante fosse stata ufficialmente resa edotta e nei sessanta giorni successivi non si fosse opposta, tra l'altro limitando la possibilità in sede concorsuale solo al peculiare caso di affitto o acquisto a cura di cooperativa di soci lavoratori,

ISSN 2036-7821

Scompare nel codice della crisi - ed ora anche dal codice degli appalti (v., prima, art.110 , commi 4 e 5, rispetto all'impresa ancora non ammessa al concordato, ed ora, invece, il silente, sul punto, art.124) - la necessità[57] prevista dalla vecchia legge fallimentare della 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 sia 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 vada in liquidazione giudiziaria 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. [58]

Dal combinato disposto delle norme in vigore risulta che le imprese che hanno presentato un'istanza di concordato preventivo *senza continuità aziendale* non possono partecipare ad alcuna procedura per l'assegnazione di contratti pubblici dal momento della presentazione dell'istanza[59] fino al momento in cui cessa lo stato di concordato preventivo [60] . Per le altre imprese, invece, successivamente al deposito

[57] Ma non la facoltà di supportare al meglio la propria partecipazione alla gara pubblica - visto anche l' art.96, comma 6, c.c.p. - ricorrendo, dunque, all'ausilio conseguibile con un contratto di avvalimento ex art. 104 c.c.p.

[58] La dichiarazione andava fatta anche in applicazione del vecchio codice degli appalti, relativo all'istituto del c.d. "avvalimento" e quindi mettendo a disposizione del concorrente tutte le risorse necessarie alla esecuzione dell'appalto, e non solo quelle risorse delle quali il concorrente sia carente. Al riguardo M. CASAVECCHIA, I contratti pubblici di appalto: in particolare quelli di servizi e fornitura. L'istituto dell'avvalimento quale previsto dal d.lg. 163/06 (c.d. "Codice degli appalti pubblici) e il problema dei contratti relativi a servizi, forniture e altre ipotesi spurie, in Nds, n. 21 del 2013, 22 s.; ID., "I contratti pubblici di appalto. I soggetti che possono essere appaltatori. L'istituto dell'avvalimento quale previsto dal d.lg. 163/06 (c.d. Codice degli appalti pubblici) in materia di lavori pubblici", in Nds, n. 13 del 2012, 32 s. Si trattava di una disposizione destinata ad essere applicata in un momento successivo al decreto di ammissione al concordato preventivo e che veniva letta in combinato disposto con l'art. 38, comma 1, lett. a), del vecchio codice degli appalti del 2006, che non a caso è stato modificato una prima volta proprio dall'art. 33 del D.l. n. 83 del 2012 mediante l'aggiunta di un inciso secondo cui "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'art. 186 bis del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni" (al riguardo F. FIMMANÒ, Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità, in Dir. fall., 2014, I, 222).

[59] La giurisprudenza, infatti, ha ritenuto che l'espressione "…nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione della [situazione di concordato preventivo]" che si rinviene nell'art. 38, comma 1, lett. a), vada interpretata nel senso che il procedimento di concordato preventivo può dirsi in corso a partire dal momento in cui viene presentata la domanda di concordato (così Cons. Stato, Ad. Plen., 15 aprile 2010, 2155; TAR Puglia, Bari, 5 aprile 2011, n. 546).

[60] Sul punto la giurisprudenza amministrativa si è divisa, ritenendo alcuni giudici che "lo stato di concordato preventivo" termini con l'omologa del concordato da parte del giudice (così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 19 aprile 2012); sostenendo altri che tale stato cessa soltanto quando il concordato è stato portato a completa esecuzione, e, dunque, nel momento in cui viene emesso il decreto che autorizza la chiusura della procedura (così TAR Campania, Napoli, Sez, I, 25 gennaio 2012, n. 651. La giurisprudenza ha ritenuto che nel concordato al divieto generale di cui all'art. 168, di pagare i creditori anteriori consegua l'applicabilità della disciplina

ISSN 2036-7821

del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve invece essere autorizzata dal tribunale [61], acquisito il parere del commissario giudiziale - se nominato - *sulla convenienza per il ceto creditorio*[62], ed in mancanza di tale nomina, provvede direttamente il tribunale[63]. La giurisprudenza afferma che in questo caso il ricorso deve essere accompagnato da una adeguata *disclosure* sulle linee guida del piano. [64]

---

eccezionale di cui al comma 2, lett. b), art. 5, d.m. 24 ottobre 2007, il quale consente il rilascio del DURC anche in «caso di sospensione dei pagamenti (contributivi) a seguito di disposizioni legislative» (Trib. Cosenza, 19 dicembre 2012, in Il Caso.it, 2013 ed in F. FIMMANÒ, I contratti nel concordato preventivo, in Giust. civ., 2016, 162 s.).

[61] Anche la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che "nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato con continuità aziendale l'impresa, che abbia fatto domanda di concordato preventivo con continuità aziendale, conserva la facoltà di partecipare alle gare di affidamento dei pubblici contratti" (T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 09/06/2016, n. 494). In tema cfr. G.P. MACAGNO, Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi, in ilcaso.it, 2013, 14 s.

[62] Secondo una diversa giurisprudenza la società che ha presentato domanda di concordato preventivo con riserva che intenda partecipare ad una procedura ristretta di affidamento di lavori edili, non potrebbe invocare la disciplina prevista dell'art. 186-bis, commi 4 e 5, l.fall. (ed ora dal codice), essendo l'ambito di operatività della norma limitato al periodo compreso tra il deposito della domanda di concordato pieno e l'ammissione alla procedura, con l'esclusione pertanto della possibilità di farvi ricorso nell'ambito del concordato con riserva. Secondo questa impostazione il previgente codice degli appalti, all'art. 110, stabiliva che l'impresa che avesse presentato domanda di concordato in bianco potesse proseguire nella sola esecuzione dei contratti già stipulati, precisazione, questa, da leggersi come volontà di precludere alle imprese in concordato con riserva la partecipazione alle gare di appalto, a tutela del buon fine dell'opera nell'interesse della stazione appaltante; analoghe considerazioni debbono valere anche con riferimento all'istanza prenotativa (Trib. Roma 20 ottobre 2017, in ilcaso.it).

[63] Comma inserito dall'art. 13, comma 11 bis della legge 21 febbraio 2014, in vigore dal 22 febbraio successivo, di conversione del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145. L'autorizzazione di cui al IV comma dell'art. 186 bis l.f. è prevista per la partecipazione dell'imprenditore - che ha proposto domanda di concordato in bianco - a procedure di affidamento di contratti pubblici e non per la prosecuzione dei contratti pubblici pendenti (Trib. Mantova 10 settembre 2015, in ilcaso.it, in Fallimento, 2015, 1351).

[64] Più in generale la giurisprudenza ha rilevato che per vedere applicata la normativa in esame il debitore dovrà fornire una adeguata disclosure volta a produrre tutti gli elementi di valutazione al tribunale per consentire il sindacato dell'autorità giudiziaria ed il diritto di difesa del contraente in bonis (Trib. Rovigo, 6 marzo 2014, cit, 728; Trib. Mantova, 27 settembre 2012; Trib. Monza, 21 gennaio 2013; Trib. Vercelli, 20 settembre 2013; Trib. Terni, 27 dicembre 2013; Trib. Venezia, 27 marzo 2014; Trib. Busto Arsizio, 24 luglio 2014; Trib. Cassino, 29 ottobre 2014; App. Milano, 4 febbraio 2015, tutte in ilcaso.it. In tema: M. ARLENGHI, nota a Tribunale Milano, 19 marzo 2013, Scioglimento e sospensione dei contratti bancari in corso di esecuzione a sensi dell'art. 169-bis legge fallim., in Riv. dott. comm., 2013, 3, 681; F.FIMMANÒ, I rapporti contrattuali "pendenti" cit., 2016). Non sussisteva nella fattispecie la necessità di avvalimento di requisiti di altro operatore (comma 3, lettera a; comma 4, primo periodo), tuttavia qualora ricorrano i casi previsti dall'art. 110 comma 5, lettere a) e/o b), l'ANAC può intervenire con facoltà di chiedere il detto avvalimento. Al riguardo: L. D'ORAZIO, Continuità aziendale e gare per l'affidamento dei contratti pubblici, in Fallimento, 2017, 754; A. Napoleone, Sub artt. 107-110 D.Lgs. n. 50/2016, in F. Garella - M. Mariani (a cura di), Il codice dei contratti pubblici, Torino, 2016, 289; P. Oreto, Il nuovo codice degli appalti, Palermo, 2016, 236; O. CAGNASSO - M. QUARANTA, Appalto privato e pubblico, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, Milano, 2016, 1542

ISSN 2036-7821

Le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato liquidatorio quando il professionista indipendente attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio.

Nella *fase post-ammissione* la partecipazione è possibile previa attestazione di conformità al piano [65] e di ragionevole capacità di adempimento del contratto. Nei casi in cui l'impresa non sia in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali[66], è possibile la partecipazione, previa eventuale autorizzazione del giudice delegato qualora il piano non sia sufficientemente dettagliato in ordine alla partecipazione della specifica gara.

Il vecchio codice degli appalti già aveva attenuato i requisiti, cui poi si è adeguato il codice della crisi, visto che l'*avvalimento* veniva preteso solo in due casi specifici e comunque su richiesta facoltativa dell'Anac; inoltre, il comma 3, dell'art. 95 CCII, nulla dice circa l'attestazione del professionista, richiamata dal comma 4. L'istituto, disciplinato dall'art. 110 del vecchio codice degli appalti, riproduceva la figura precedente anche se era previsto l'intervento dell'Anac e veniva equiparato a quello della "supplenza", seppure con specifico riferimento alle sole fattispecie ostative all'esecuzione dell'appalto emerse successivamente al perfezionamento del contratto, fra le quali la liquidazione giudiziaria [67]. In ogni caso in ipotesi di concordato preventivo in continuità aziendale , l'art.124, comma 5, del nuovo codice dei contratti pubblici, a differenza del previgente art.110, commi 4 e 5, non richiede più l'avvalimento, né i futuri allegati tecnici dell'Autorità anticorruzione avranno

[65] La partecipazione e deve essere quindi espressamente prevista nel piano concordatario e comunque deve risultare una espressa previsione delle caratteristiche dell'appalto o della fornitura, dei limiti e delle tipologie rispetto a dimensioni, volumi, flussi e redditività.

[66] L'art. 110 del previgente codice dei contratti pubblici è stato integralmente riscritto dall'art. 372, co. 1, lett. c), del Codice della crisi d'impresa prevedendo anche l'ipotesi che l'impresa non sia in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'Anac individua con apposite linee guida e contemplando l'eventuale intervento dell'Autorità con facoltà, previo confronto sullo specifico punto con il giudice delegato, di subordinare la partecipazione alla necessità di avvalimento di requisiti di altro operatore. Ma il nuovo codice nulla dice al riguardo e comunque in futuro non ci saranno più linee guida vincolanti ma solo allegati tecnici, venendo meno il sostanziale potere normativo dell'Autorità. In verità, destava perplessità il conferimento di poteri di amministrazione attiva a un soggetto il cui mandato dovrebbe attenere esclusivamente a compiti di regolazione e vigilanza nella materia dei contratti e non di poteri impositivi di un obbligo con delicati conflitti di competenze con le funzioni svolte dal giudice delegato, che sovraintende la gestione delle procedure di crisi, con ripercussioni sulla solidità del piano di concordato e sulla garanzia della sua attuazione. A differenza della figura generale dell'avvalimento ora disciplinata dall'art. 104 c.c.p., connotata dalla facoltatività, la species dell'avvalimento rinforzato contemplata dal vecchio art. 110 era invece contraddistinta dall'obbligatorietà.

[67] L. SADILE, op.cit., 9.

ISSN 2036-7821

efficacia normativa come le precedenti linee guida, pure previste nella disposizione di cui all'art. 372, co. 1, lett. c), CCII, ma superate dal nuovo codice dei contratti. [68]
Il codice della crisi richiede come *quid pluris* rispetto a quella disciplinante i rapporti con la P.A., come visto, la relazione di un professionista, e ciò senza dubbio a tutela del ceto creditorio, che in caso di giudizio negativo, si vedrebbe gravato da ulteriori perdite e costi prededucibili, oltre che da voci di danno dovute alla risoluzione per grave inadempimento, anch'esse prededucibili. [69]

5. Il caso dei raggruppamenti e delle associazioni temporanee di imprese nel concordato preventivo.
L'impresa in concordato preventivo riunita in raggruppamento o associazione temporanea di imprese, nel codice della crisi, a differenza di quella in liquidazione giudiziaria [70], può sempre concorrere a gare di appalto pubblico *ex* art.95, comma 5, CCII, purchè autorizzata dal giudice previo deposito della più volte citata attestazione del professionista indipendente.

[68] La norma dispone che "per i contratti in corso di esecuzione, alle imprese che hanno depositato la domanda di accesso al concordato preventivo, anche ai sensi dell'articolo 44, comma 1, del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, si applicano i commi 1 e 2 dell'articolo 95 dello stesso codice".

[69] La vecchia legge fallimentare esigeva l'avvalimento a tutela evidentemente non solo dell'interesse della P.A. ad un'esecuzione celere e senza soluzione di continuità, ma anche dell'impresa stessa e soprattutto del suo ceto creditorio, in modo da non esporlo a richieste di risarcimento danni, sempre di natura prededucibile. L'istituto dell'avvalimento previsto per la procedure concorsuali, definito anche rinforzato o rafforzato, chiaramente diverso da quello ordinario (il legislatore comunitario ha disciplinato il solo avvalimento facoltativo all'art. 63, della direttiva n. 2014/24/UE) perché - a differenza di quest'ultimo - era obbligatorio per l'impresa in crisi ove questa intenda partecipare alla gara d'appalto. L'art. 110, comma 5 del previgente codice degli appalti non richiamava l'applicazione della norma sull'avvalimento ordinario, ma è certo che i requisiti ulteriori previsti in via tassativa dall'art. 89 per l'ausiliario dovevano essere posseduti, a maggior ragione, da quello prescelto per l'avvalimento rafforzato. Inoltre, era previsto il subentro da parte dell'ausiliario nel contratto pubblico, mentre in quello standard, il contratto era in ogni caso eseguito dall'impresa affidataria, che, ferma la responsabilità in solido nei confronti della stazione appaltante poteva solo assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (cfr. in tema di responsabilità cfr. D. BUZZELLI, La responsabilità solidale nell'avvalimento, in Contr. Impresa, 2018, 571). Chiaramente la possibilità di subentro consentiva nel caso di avvalimento rafforzato di evitare il rischio di aggravamento del danno, tanto per la stazione appaltante che per l'ausiliario, che, a prescindere dagli eventuali diritti di regresso nei confronti dell'impresa che se ne avvaleva, aveva infatti tutto l'interesse a controllare la buona esecuzione del rapporto e a subentrarvi il prima possibile, proprio per evitare penali per il ritardo.

[70] Secondo la giurisprudenza di legittimità in tema di appalto di opere pubbliche stipulato da imprese riunite in associazione temporanea, la liquidazione giudiziaria della capogruppo, costituita mandataria dell'altra, ai sensi dell'art. 23, comma 8, del d.lgs. n. 406 del 1991, determina lo scioglimento del rapporto di mandato, ai sensi dell'art. 183 CCII, sicché l'impresa mandante è legittimata ad agire direttamente nei confronti del committente per la riscossione della quota dei crediti nascenti dall'appalto ad essa imputabile e la curatela è legittimata a riscuotere dall'amministrazione appaltatrice 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 (Cass., 17 Gennaio 2017, n. 97, in ilcaso.it).

ISSN 2036-7821

Rispetto agli interessi in gioco i raggruppamenti rispondono a una logica pro-concorrenziale, favorendo l'accesso al mercato dell'affidamento dei contratti pubblici attraverso il cumulo dei requisiti, in modo da ampliare la platea dei concorrenti; tuttavia, soddisfano, al contempo, anche l'interesse della stazione appaltante alla migliore realizzazione dell'appalto, valorizzando l'unione delle risorse, delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie delle imprese, con l'ampliamento delle garanzie per il committente, essendo tutte le imprese associate responsabili a vario titolo verso quest'ultimo.

Sul tema della previgente disciplina che ammetteva le sole imprese mandanti, si è pronunciata anche la Corte Costituzionale nel 2020 nel senso della infondatezza della questione inerente alla impossibilità per la mandataria di partecipare a gara pubblica in caso di concordato con continuità [71] sulla base dei principi in linea con la regola generale di esclusione dalle gare di chi è sottoposto a procedure concorsuali, prevista dalla disciplina dei contratti pubblici [72] con un rafforzamento dei caratteri e degli interessi pubblicistici sottesi. La mandataria, infatti, è sempre responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante (con funzioni essenzialmente di garanzia) per l'esecuzione di tutte le prestazioni, anche di quelle scorporabili o secondarie di competenza delle mandanti, ove previste dal bando di gara, oltre a dover rispondere in proprio delle prestazioni prevalenti o principali. Da questo angolo visuale, la partecipazione alla gara della mandataria in concordato preventivo con continuità si potrebbe rivelare pregiudizievole non soltanto per la stazione appaltante, esposta al rischio di insolvenza dell'unico debitore solidale, ma anche per i creditori dell'impresa in concordato, a fronte della sopravvenienza di crediti prededucibili sorti da inadempimenti di soggetti diversi dal debitore. Le mandanti, invece, assumono "una responsabilità solidale (tra esse e con la mandataria) soltanto nei raggruppamenti di tipo orizzontale, dove le prestazioni di tutte le imprese riunite sono omogenee e si distinguono esclusivamente sul piano quantitativo"[73].

Per effetto dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, come già accennato , l'art. 372 del CCII non ha più alcuna vigenza e l'art. 95, comma 5, CCII

[71] In tal caso, la Corte ha stabilito che "è infondata, in riferimento ai principi di ragionevolezza e uguaglianza, nonché gli artt. 41 e 97 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art.186-bis,comma 6, della legge fallimentare, anche in combinato disposto con l'art. 38, comma 1, lettera a) del d.lgs. n.163 del 2006, nella parte in cui esclude dalla partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica, per l'aggiudicazione di contratti pubblici relativi a lavori, servizi o forniture, l'impresa sottoposta a concordato preventivo con continuità aziendale che rivesta la qualità di mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese" (C .Cost. 7 maggio 2020 n. 85 ed al riguardo cfr. G. BRANCADORO, Il difficile esercizio di equilibrio della Corte costituzionale in tema di concordato con continuità aziendale e appalti pubblici, in Giur. cost., 2020, 1115).

[72] Cfr. art. 94 comma 5 lettera d), c.c.p.

[73] D. Latella, op.cit., che evidenzia come il ruolo della mandataria di un R.t.i. orizzontale rimane comunque peculiare, in quanto la natura anche processuale del suo potere rappresentativo agevola la stazione appaltante nel far valere in ogni sede, anche giudiziale, le ragioni derivanti dall'esecuzione del contratto, ferma rimanendo la sua facoltà di agire direttamente nei confronti delle mandanti (ex art. 48, comma 15, D.lgs. n. 50 del 2016).

ISSN 2036-7821

non presenta più il divieto di partecipazione a gare pubbliche in associazione o raggruppamento temporaneo per le imprese mandatarie in concordato preventivo, prima anche previsto dall'art.186 *bis*, comma 6, l.fall., che, come visto, aveva resistito anche al vaglio di costituzionalità.

Come abbiamo già visto, l'art.. 97 del nuovo codice dei contratti dispone che, fermo restando quanto previsto dal comma 5 dell'art. 124, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti (fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata), in sede di presentazione dell'offerta, comunicando alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato. Oppure se prova l'impossibilità di adottare queste misure necessarie prima di quella data; o ancora se ha adottato e comunicato le misure prima dell'aggiudicazione[74], se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta. Se la stazione appaltante ritiene che tali misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è comunque escluso con decisione motivata. Queste regole si applicano anche ai consorzi ordinari, a quelli fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono [75].

[74] La possibilità dell'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale di partecipare al raggruppamento soltanto in qualità di mandante e l'eventuale dichiarazione di affiancamento, sono possibili, perché in tal modo laddove l'impresa venga dichiarata insolvente nel corso della gara o dopo la stipulazione non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto, risulterebbe già individuato il soggetto che ne prenderà il posto, da ciò derivando che l'esecuzione del contratto pubblico risulta comunque assicurata. La tutela della sfera dell'autonomia privata non è assoluta, in quanto «non è configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, come sancito dall'art. 41, secondo comma, Cost.» (Corte Cost., sentenze n. 56 del 2015, n. 247 e n. 152 del 2010 e n. 167 del 2009; e n. 203 del 2016).

[75] Il codice degli appalti previgente sanciva, al comma 17 dell'art.48, nel caso in cui la procedura concorsuale colpisse l'impresa mandataria «(...) la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purchè abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto». Il successivo comma 18 disciplinava invece l'ipotesi in cui una delle procedure connesse all'insolvenza colpisse una delle imprese mandanti. In tal caso, era espressamente previsto che «(...) il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purchè questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire». Cons. Stato sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245, ha evidenziato che "tali norme dispongono che, in deroga alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 48, comma 9), è consentita al raggruppamento la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza di un evento che privi uno dei suoi partecipanti della capacità di

ISSN 2036-7821

Visto che ora l'impresa in crisi può partecipare al raggruppamento anche come mandataria, desta ancora più perplessità[76] 'inciso finale della disposizione che continua a condizionare tale possibilità al fatto che sia comunque necessario "*che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale*" [77]. A nostro avviso questa considerazione del legislatore si riferisce al fatto che se il raggruppamento ha altre imprese partecipanti in crisi occorre valutare il tipo di procedura cui sono assoggettate ed i relativi effetti, senza automatismi. L'interpretazione diversa secondo cui solo una delle imprese raggruppate può essere in procedura e le successive che vadano in crisi no, infatti non avrebbe molto senso perché introdurrebbe una sorta di regola settoriale speciale secondo cui "*prior in tempore, potior in iure*" che non troverebbe giustificazioni di sistema rispetto ai principi di uguaglianza costituzionale.

Per completezza va detto che l'art. 196, del nuovo codice dei contratti pubblici, dopo aver contemplato che per finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità gli enti concedenti possono stipulare contratti di locazione finanziaria (*leasing)* al comma 6 sancisce che "*uno o più soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, in caso di apertura della liquidazione giudiziale, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione, possono essere sostituiti in fase di gara o di esecuzione con altri soggetti aventi medesimi requisiti e caratteristiche. L'ente concedente può negare l'assenso solo nelle ipotesi in cui il soggetto indicato a subentrare non sia in possesso dei necessari requisiti soggettivi e oggettivi*".

---

contrattare con la Pubblica amministrazione (in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti, ovvero qualora si tratti di imprenditore individuale in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo) ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80, o nei casi previsti dalla normativa antimafia". Al fine di evitare l'esclusione di raggruppamenti in cui si potesse escludere il solo operatore colpito da una procedura concorsuale, il comma 19 ammetteva il recesso dell'operatore dall'associazione, purchè fossero mantenuti i requisiti di qualificazione da parte dei soggetti rimanenti e che il fenomeno della riduzione non fosse finalizzato ad evitare la mancanza di un requisito alla partecipazione. La suprema corte ha avuto modo di affermare che in tema di appalto di opere pubbliche stipulato da imprese riunite in associazione temporanea, il fallimento della capogruppo, costituita mandataria dell'altra, ai sensi dell'art. 23, comma 8, del d.lgs. n. 406 del 1991, determina lo scioglimento del rapporto di mandato, ai sensi dell'art. 78 l.fall., sicché l'impresa mandante è legittimata ad agire direttamente nei confronti del committente per la riscossione della quota dei crediti nascenti dall'appalto ad essa imputabile e la curatela è legittimata a riscuotere dall'amministrazione appaltatrice 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 (Cass., 17 Gennaio 2017, in ilCaso.it, 17155, 2017).

[76] Si interroga negli stessi termini , A. PEZZANO, Nuovo codice degli appalti pubblici e diritto della crisi: primissimi accenni, cit.

[77] Per la giurisprudenza in tal caso la dichiarazione di "affiancamento", poteva provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento (T.A.R. Abruzzo Pescara, Sez. I, 3 ottobre 2017, n. 268, inedita).

ISSN 2036-7821

6. Il concordato in bianco.

Le problematiche riguardanti la sorte dei contratti pubblici non ancora stipulati, la continuazione di quelli in corso di esecuzione e la partecipazione a nuove gare pubbliche in caso di *concordato con riserva* [78] hanno avuto una lunga e sofferta evoluzione sia normativa che giurisprudenziale [79] ed appaiono risolti con l'entrata in vigore del codice, dopo che l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 2021 aveva offerto un assetto sistematico riferito alle previgenti disposizioni della legge fallimentare. [80]

A seguito della novella del 2012 si aprì un contrasto tra chi affermava che la possibilità di partecipare alle procedure di assegnazione richiedesse la definitiva ammissione del debitore al concordato con continuità, non essendo sufficiente la mera presentazione del ricorso (soprattutto se in forma "prenotativa") [81] e chi invece sosteneva che le esigenze di *favor partecipationis* e le finalità delle norme volte a preservare la capacità dell'impresa in crisi di soddisfare al meglio i propri creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti, consentissero la partecipazione, purchè il ricorso fosse "semi-pieno" in quanto *debitamente documentato*[82].

La seconda opzione è stata recepita dal comma 3 dell'art. 95 CCII [83], che ha espressamente previsto che successivamente al deposito della domanda «la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere

[78] In tema cfr. F. S. FILOCAMO, sub 186-bis, in M. Ferro (a cura di), La legge fallimentare.Commentario teorico - pratico, Padova, 2014, 2712.

[79] Sulle posizioni della giurisprudenza amministrativa C.L. APPIO, Concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici, in Riv. dir. banc., 2022, 271 s.

[80] Cons. Stato, ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9 (B. ARMELI, Domanda di concordato preventivo "in bianco" e gare pubbliche: le condizioni per evitare l'esclusione. Lettura della normativa vigente alla luce dell'Adunanza plenaria n. 9/2021, in Appalti & Contratti, 7-8/2021, 19 s). Per il Consiglio di Stato la conclusione «che subordina la partecipazione alle procedure di gara al prudente apprezzamento del tribunale, vale sia per l'ipotesi che l'impresa abbia già assunto la qualità di debitore concordatario nel momento in cui è indetta la (nuova) procedura ad evidenza pubblica, che per il caso in cui, all'inverso, la domanda di concordato segua temporalmente quella già presentata di partecipazione alla gara. In questo senso la formula "partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici", contenuta nell'art. 186-bis, comma 4 (e da ultimo all'art. 110, comma 4, del codice dei contratti), deve essere letta nel suo significato più pieno e più coerente con quella esigenza di controllo giudiziale ab initio che, realizzandosi sin dal momento in cui si costituisce il rapporto processuale con il giudice fallimentare, rappresenta il punto di equilibrio tra la tutela del debitore e quella dei terzi». In tema cfr. anche E. CAMPAGNANO, La crisi d'impresa e la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. il concordato con riserva al vaglio dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in Contr. Impr., 2022, 165 s.

[81] Cons. Stato, 14 gennaio 2014, n. 101, in Urb. e app., 2014, p. 417; T.A.R. Valle d'Aosta, 18 aprile 2013, in Red. amm. TAR, 2013, 4; T.A.R. Roma, 4 giugno 2014. Nello stesso senso, in dottrina, V. DE SENSI, Appalto pubblico e crisi d'impresa, in Dir. fall., 2016, I, 627.

[82] T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 7 marzo 2013, in ilcaso.it; Cons. Stato, 27 dicembre 2013, n. 6272, in Fallimento, 2014, 667; Cons. Stato, 3 luglio 2014, n. 3344, in Urbanistica e appalti, 2014, 1327; Cons. Stato, 3 febbraio 2016, n. 426; T.A.R. Sardegna, 9 giugno 2016, n. 494; T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 09 giugno 2016, n. 494. In dottrina v., per tutti, G.P. MACAGNO, Continuita` aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi, in Fallimento, 2014, 677.

[83] Introdotto dal D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 convertito nella L. 21 febbraio 2014, n. 9.

ISSN 2036-7821

autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato»[84]. La possibilità di presentare domanda di concordato in bianco è stata mantenuta e regolata espressamente nel codice della crisi[85] sancendo, quanto al contenuto del ricorso, il potere del commissario nominato di riferire al tribunale "su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi", al fine di indurre l'attivazione del *sub* procedimento di apertura della liquidazione giudiziale. [86]

In linea con la disciplina della crisi il nuovo art. 94 del codice dei contratti pubblici, sotto la rubrica "cause di esclusione automatica", sancisce che è altresì escluso «lettera d*) l'operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per l'accesso a una di tali procedure, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa ... e dall'articolo 124 del presente codice. L'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 95, commi 3 e 4 ... a meno che non intervengano ulteriori circostanze escludenti relative alle procedure concorsuali*» [87].

---

[84] Sulla compatibilità tra la partecipazione alla procedura di gara e l'intervenuta presentazione della domanda di concordato "in bianco" era altresì intervenuta l'ANAC con Determinazione n. 5, 8 aprile 2015, in G.U., n. 97 del 28 aprile 2015 che ha modificato la Determinazione n. 3, 23 aprile 2014, in Anticorruzione.it. L'Autorità rilevava che in altre parole, argomentando a contrario rispetto alla previsione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), che identificava, tra le altre, esclusivamente nella pendenza del concordato liquidatorio la causa ostativa alla partecipazione a gara, e quindi al rilascio dell'attestazione di qualificazione (in forza del rinvio operato dall'art. 78 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), laddove non si potesse ravvisare la pendenza di un concordato liquidatorio, come nel caso in cui pendesse quello «in bianco» con effetti prenotativi di continuità aziendale, l'impresa non poteva ritenersi carente del requisito prescritto dalla lettera a) della citata disposizione. Peraltro a stessa giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 3 luglio 2014, n. 3344), ha affermato che laddove fossero rispettate le condizioni e soddisfatti gli adempimenti previsti dal quarto comma dell'art. 186-bis cit., la domanda in sé non comportasse né l'automatica decadenza dell'attestazione di qualificazione né la risoluzione di diritto dei contratti in corso, vista la finalità dell'istituto di incentivare le imprese ad anticipare la denuncia della situazione di crisi, comunque prima di essere assoggettate a misure di controllo esterno. La permanenza della validità e dell'efficacia dell'attestazione di qualificazione è risolutivamente condizionata alla decisione del giudice che dovesse dichiarare inammissibile la proposta di concordato con continuità aziendale. A presidio della legittima partecipazione dell'impresa alla gara, inoltre, l'ordinamento ha previsto l'emanazione di un provvedimento giurisdizionale ad hoc sotto forma di autorizzazione.

[85] Artt. 40 e 44, comma 1, D.Lgs. n. 14/2019. In tema: P. SEGALERBA, Gli effetti del concordato cosiddetto "in bianco" sulla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici: i principi comunitari nel confronto con l'evoluzione giurisprudenziale ed alla luce delle novità introdotte dal decreto "Sblocca cantieri" e dalla riforma della crisi di impresa, nota a C. Giust. UE, 28 marzo 2019, C-101/1, in Riv. trim. appalti, 2020, 300 s.

[86] Trib. Milano, del 5 ottobre 2022 (in Ilfallimentarista.it, 2023), ha affermato che la possibilità di applicare l'art. 44 CCII sulla domanda con riserva non può riguardare il concordato minore.

[87] Al contrario il vecchio codice degli appalti all'art. 80, comma 5, escludeva dalla partecipazione alla procedura d'appalto l'operatore economico che si trovasse «in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110», ed all'art. 110, comma 3, consentiva la partecipazione alle nuove procedure di affidamento solamente all'«impresa ammessa al

ISSN 2036-7821

Una parte della giurisprudenza, alla luce della evoluzione legislativa[88], aveva ritenuto giustamente che il mero silenzio del vecchio art. 110 in ordine alla partecipazione a gare da parte delle imprese in concordato in continuità nella fase in bianco non potesse *interpretarsi quale abrogazione implicita* della disposizione di cui al quarto comma dell'art. 186 *bis* [89] (ora terzo comma dell'art. 95 CCII), in quanto avrebbe spazzato via con un colpo di spugna, oltretutto senza dirlo espressamente, un percorso evolutivo[90], il cui risultato è stato frutto delle esigenze economiche, produttive e sociali, nonché della necessaria tutela delle varie categorie di soggetti coinvolte in una crisi d'impresa. [91]

In caso di ricorso in bianco, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve dunque essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del

---

concordato con continuità aziendale» e al «curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio». Secondo Cons. Stato, 16 agosto 2016, n. 3639, in ilcaso.it, il quarto comma dell'art. 186-bis, l. fall., aveva «valenza innovativa e non meramente ricognitiva», con la conseguenza che, nella vigenza del quadro normativo delineato dal D.L. n. 83/2012, la pendenza di un procedimento per l'ammissione alla procedura concordataria al momento di partecipazione alla gara, ovvero in quello in cui era disposta l'aggiudicazione dell'appalto, avrebbe costituito una preclusione tout court all'affidamento.

[88] Trib. Bolzano 9 gennaio 2018, cit..

[89] Peraltro aggiungiamo che il vecchio art. 110, comma 4, prevedeva, in evidente ed al tempo stesso parziale modifica dell'art. 186-bis, comma 5, l. fall., che solo l'impresa già ammessa al concordato in continuità non dovesse necessariamente ricorrere all'avvalimento, tantomeno "rinforzato", per partecipare ad una procedura di affidamento.

[90] A tal fine si richiama la pronuncia del T.A.R. Trento 24 maggio 2017, che, affrontando in particolare la questione se fosse necessario sottoporre all'autorizzazione del giudice delegato la partecipazione dell'impresa a gare pubbliche, o la prosecuzione dei contratti pubblici pendenti, anche dopo l'omologa del concordato, giungendo alla condivisibile soluzione negativa afferma il principio che "non debba ritenersi mutato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 (nuovo codice dei contratti pubblici) ed in particolare dell'art. 110, comma 3 e 4" e che "deve ragionevolmente ritenersi che la citata disposizione del nuovo codice (186 bis comma 4) si riferisca pur sempre alla fase antecedente l'omologazione, ed in particolare a quella precedente dell'ammissione, come del resto pure letteralmente si esprime, laddove la previsione sia dell'autorizzazione del giudice delegato sia del parere ANAC è riferita ad un'impresa "ammessa" al concordato, e dunque non ancora omologato", ribadendo a chiare lettere che "proprio sulla base di quest'ultima considerazione, è evidente che per ottenere il risultato sperato, all'impresa deve essere consentito di operare sul mercato come qualsiasi altro operatore economico".

[91] In questo senso anche l'orientamento della giurisprudenza amministrativa. Cons. Stato 3 luglio 2014, n. 3344, in Riv. giur. edilizia, 2014, 5, I, 1081; Cons. Stato 3 febbraio 2016, n. 426; Cons. Stato 16 agosto 2016, n. 3639, in ilfallimentarista.it, 30 agosto 2016. In senso restrittivo L. D'ORAZIO, Continuità aziendale cit., 753 (secondo cui con l'art. 110 del D. lgs. n. 50/2016 la soluzione più corretta sarebbe stata quella della esclusione dalla gare per le imprese che avevano presentato solo la domanda di concordato con riserva, in quanto la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, alla lettera vv, indicava tra i criteri direttivi la "previsione che l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale potesse partecipare alle procedure di affidamento"; l'art. 110, comma 3, lett. a), D.Lgs. n. 50/2016 disponeva che "l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'Anac poteva :a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti ..."; l'art. 110, comma 4 stabiliva che "L'impresa...che ha presentato domanda di concordato ai sensi dell'art. 161, sesto comma, ...può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'Anac"; l'art. 5 legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 lettera vv: prevedeva che " l'impresa...che ha presentato domanda di concordato a norma dell'art. 161, sesto comma...possa eseguire i contratti già stipulati"). Nello stesso senso G. FAUCEGLIA, Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo codice degli appalti pubblici, in Dir. Fall., 2017, 472 s.

ISSN 2036-7821

commissario giudiziale – se nominato - sulla convenienza per il ceto creditorio[92], ed in mancanza di tale nomina, provvede direttamente il Tribunale [93]. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha evidenziato la rilevanza dell'attività di vigilanza svolta dal Tribunale tanto per l'ipotesi che l'impresa abbia già assunto la qualità di debitore concordatario nel momento in cui è indetta la procedura ad evidenza pubblica, quanto laddove la domanda di concordato sia successiva a quella di partecipazione alla gara. Secondo la Plenaria, in base al canone di buona fede in senso oggettivo, l'istanza deve essere presentata senza indugio, anche per acquisire quanto prima l'autorizzazione che dovrà essere trasmessa con la procedura ad evidenza pubblica ancora in corso. L'informazione della presentazione di un'istanza di concordato in bianco dovrà poi essere tempestivamente comunicata alla stazione appaltante, che potrà, sulla base di quanto chiarito dalla Plenaria, valutare discrezionalmente l'incidenza sull'affidabilità dell'operatore. L'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve dunque intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale». Da ultimo, la Plenaria ha precisato che è in ogni caso rimesso alle stazioni appaltanti valutare caso per caso se un'autorizzazione tardiva, ma giunta in tempo utile per la stipulazione del contratto possa avere efficacia integrativa o sanante, spostando di fatto il termine utile per l'autorizzazione giudiziaria sino alla stipulazione del contratto.

Il ricorso deve essere accompagnato da una *disclosure* particolarmente adeguata rispetto alle linee guida del piano[94]. In ogni caso l'istanza di autorizzazione dovrà

[92] Secondo una diversa giurisprudenza la società che aveva presentato domanda di concordato preventivo con riserva che intendeva partecipare ad una procedura ristretta di affidamento di lavori edili, non avrebbe potuto invocare la disciplina prevista dell'art. 186-bis, commi 4 e 5, l.fall., essendo l'ambito di operatività della norma limitato al periodo compreso tra il deposito della domanda di concordato pieno e l'ammissione alla procedura, con l'esclusione pertanto della possibilità di farvi ricorso nell'ambito del concordato con riserva (Trib. Roma 20 ottobre 2017, in ilcaso.it).

[93] L'autorizzazione riguarda la partecipazione dell'imprenditore - che ha proposto domanda di concordato in bianco - a procedure di affidamento di contratti pubblici e non la prosecuzione dei contratti pubblici pendenti (Trib. Mantova 10 settembre 2015, in ilcaso.it, in Fallimento, 2015, 1351).

[94] Più in generale la giurisprudenza ha rilevato che per vedere applicata la normativa in esame il debitore dovrà fornire una adeguata disclosure volta a produrre tutti gli elementi di valutazione al tribunale per consentire il sindacato dell'autorità giudiziaria ed il diritto di difesa del contraente in bonis (Trib. Rovigo, 6 marzo 2014, cit, 728; Trib. Mantova, 27 settembre 2012; Trib. Monza, 21 gennaio 2013; Trib. Vercelli, 20 settembre 2013; Trib. Terni, 27 dicembre 2013; Trib. Venezia, 27 marzo 2014; Trib. Busto Arsizio, 24 luglio 2014; Trib. Cassino, 29 ottobre 2014; App. Milano, 4 febbraio 2015, tutte in ilcaso.it. In tema: M. ARLENGHI, nota a Tribunale Milano, 19 marzo 2013, Scioglimento e sospensione dei contratti bancari in corso di esecuzione a sensi dell'art. 169-bis legge fallim., in Riv. dott. comm., 2013, 3, 681; F.FIMMANÒ, I rapporti contrattuali "pendenti" cit.). L'art. 110 comma 6 del codice del 2016 prevedeva che l'Anac potesse intervenire con facoltà di chiedere l'avvalimento. Al riguardo: L. D'ORAZIO, op.cit., 754; A. NAPOLEONE, Sub artt. 107-110 D.Lgs. n. 50/2016, in F. GARELLA - M. MARIANI (a cura di), Il codice dei contratti pubblici, Torino, 2016, 289; P. ORETO, Il nuovo codice degli appalti, Palermo, 2016, 236; O.

ISSN 2036-7821

essere analiticamente motivata dal debitore e corredata dalla dettagliata indicazione dei caratteri della proposta concordataria al fine di permettere al giudice una valutazione *pienamente informata* sulla compatibilità della esecuzione del contratto con il piano da depositare successivamente, con riferimento al miglior soddisfacimento possibile dei creditori ed alle ragionevoli capacità di adempimento alle obbligazioni da assumere.

A nostro avviso dunque non v'è mai stata alcuna incompatibilità formale in "astratto" tra il concordato «*in bianco*» e le procedure di affidamento e può viceversa determinarsi una incompatibilità in concreto. I *chiari ed inconfutabili effetti prenotativi* di concordato con continuità aziendale, che richiedono una *disclousure* approfondita, il parere del commissario - se nominato - ed il provvedimento autorizzativo del tribunale, servono proprio ad evitare criticità e pericoli. Resta il fatto che a questo punto non si tratterà di un vero e proprio concordato in bianco ma piuttosto di una domanda *semi-piena*. L'autorizzazione giudiziale e la relazione dell'esperto previste dal vecchio art. 186-*bis*, comma 4 e 5, l. fall., su cui si poteva assumere la «... *conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto*» non costituiscono ora requisiti *alternativi* tra loro, ma cumulativi [95] per il caso in cui l'impresa concordataria intenda partecipare a una gara. [96]

Il codice della crisi come visto ha sancito all'art. 95, commi 3 e 4, che «... *successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 40, 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*» e che «*l'autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto*».[97] L'art. 95 comma 2 CCII, dal canto suo, prevede che «*Il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti con le pubbliche amministrazioni, se il professionista indipendente ha attestato la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento*», analogamente a quanto succede nel caso di concordato liquidatorio purchè la prosecuzione dei contratti sia attestata quale «*necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio*». Laddove, al contrario, l'impresa vuole partecipare a nuove gare e abbia depositato la domanda di concordato, diventa necessaria l'autorizzazione del tribunale, oppure, dopo il decreto di apertura della

---

CAGNASSO - M. QUARANTA, Appalto privato e pubblico, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali, diretto da O. CAGNASSO - L. PANZANI, Milano, 2016, 1542

[95] In questo senso Cons. Stato, Sez. V, 11 ottobre 2022, n. 8685 e già Cons. Stato, Sez. III, 18 ottobre 2018, n.5966;

[96] Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69 sulla vigenza di norme superate.

[97] Di conseguenza il codice della crisi ha disposto all'art. 372 la modifica degli artt. 80, comma 5, lett. b) e 110, comma 4, del vecchio codice degli appalti, prevedendo il rinvio al nuovo art. 95. Modifica oggi superata dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici.

ISSN 2036-7821

procedura, quella del giudice delegato, fermo il parere del commissario se già nominato (art. 95, comma 3, CCII).
Orbene l'inciso «*ove predisposto*» contenuto nelle norme viene evidentemente riferito al piano concordatario "riservato" nel caso di accesso al concordato con *prosecuzione* di contratti pubblici, al tempo in corso di esecuzione (comma 2) o in quello di accesso al concordato con richiesta partecipazione a gare di *nuova* indizione (comma 3). Con la conseguenza che in mancanza della possibilità che il ricorso per concordato preventivo possa depositarsi senza piano e proposta (se non, appunto, perché si verta nell'ipotesi oggi disciplinata dall'art. 44 CCII), il detto inciso riguarderà necessariamente il nuovo concordato con riserva o "in bianco", che viene quindi espressamente incluso dalla legge tra le vie di accesso alla contrattazione pubblica. [98]
In tutti i casi la *querelle* è stata messa definitivamente a sopire con l'avvento dell'art.124 c.c.p.

7. Il certificato unico di regolarità contributiva ed il pagamento di crediti concorsuali.
A questo punto va affrontato il tema del pagamento delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali da parte delle imprese in crisi in particolare ai fini del rilascio del c.d. D.u.r.c. e degli effetti sulla prosecuzione dei contratti pubblici e della partecipazione alle gare, anche se non ci sono state significative modificazioni ad opera dei due nuovi codici. [99]
La giurisprudenza ha avuto modo, già da tempo, di affermare che nel concordato preventivo al divieto generale di pagare i creditori anteriori, consegue l'applicabilità della disciplina eccezionale di cui al comma 2, lett. b, art. 5 D.M. 24 ottobre 2007, che consentiva il rilascio agli Istituti previdenziali [100] del Documento unico di regolarità contributiva anche in "*caso di sospensione dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative*" [101]. Tale ultima norma è stata interamente sostituita dall'art. 3 del D.m. 30

[98] In tal senso: D. LATELLA, Il nuovo Codice degli Appalti cit., 2023, n. 3.
[99] In particolare il sistema risultante dagli artt.11, 94 e 95 del nuovo codice dei contratti risulta sostanzialmente analogo a quello contemplato dagli artt.30 e 80 del vecchio codice degli appalti. Negli stessi termini A.PEZZANO, Nuovo codice degli appalti pubblici e diritto della crisi: primissimi accenni, cit.
[100] La giurisprudenza amministrativa ha statuito che i poteri di verifica e di certificazione della regolarità contributiva è demandata esclusivamente agli istituti previdenziali (cfr. tra gli altri Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8; Cons. Stato 12 marzo 2015, n. 1321, in giustizia-amministrativa.it).
[101] Trib. Cosenza 19 dicembre 2012, in ilcaso.it, 2013; Trib. Firenze, 21 dicembre 2015, n. 9764, in fallimentiesocietà.it; Trib. Pavia 20 dicembre 2014, in ilfallimentarista.it; Trib. Roma 5 dicembre 2014, in osservatoriooci.org; Trib. Savona 24 settembre 2014, in ilcaso.it; Trib. Firenze 21 dicembre 2015, in ilcaso.it; Trib. Treviso 15 febbraio 2016, in fallimentiesocietà.it. D'altra parte la legge non impose la modifica delle lettere g) ed i) dell'art. 38 del D. Lgs. 163/06, riferite rispettivamente alla regolarità fiscale e contributiva dal momento che l'art. 186 bis in esame (comma 2- lett.c), contemplando la facoltà di prevedere nel piano concordatario una moratoria, tra gli altri, dei debiti muniti di privilegio (tali devono ritenersi senz'altro anche quelli nei confronti del fisco e degli enti di previdenza ed assistenza), ha inciso in via generale sulla scadenza dei debiti in esame. Con riferimento alla posizione fiscale l'operatività della corrispondente causa di esclusione è venuta meno automaticamente: ai sensi del comma 2 - III periodo - dell'art.38, l'inesigibilità del debito non consente infatti di

ISSN 2036-7821

gennaio 2015, che al secondo comma – con identica formulazione – ha sancito la sussistenza del requisito di regolarità contributiva anche nel caso di "*sospensione di pagamenti in forza di disposizioni legislative*".

Il rilascio del D.u.r.c. positivo[102] non può essere evidentemente subordinato alla regolarizzazione della posizione contributiva della società in concordato presso i vari enti previdenziali tramite il pagamento dei debiti pregressi, perchè ove ricorresse effettivamente il pagamento, questo sarebbe lesivo della *par conditio creditorum* [103].

In senso contrario, non vale il riferimento all'art.100 CCII che concerne il pagamento dei crediti pregressi afferenti a prestazioni di beni e servizi essenziali, categoria cui non sono riconducibili i crediti previdenziali, non potendo escludersi, in linea generale, che anche per i crediti privilegiati sia possibile prevedere un soddisfacimento non integrale [104]. Né i crediti previdenziali sono attratti dalla

---

ritenere definitivamente accertata la violazione degli obblighi fiscali. Lo stesso si potrebbe dire in via analogica dei debiti contributivi. Per essi peraltro il D.m. 24 ottobre 2007 - art. 5, comma 2, lett.b) – ha sancito la regolarità contributiva nei casi di sospensioni dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative (al riguardo cfr. L. SADILE, Il concordato preventivo, cit., 3).

[102] Il documento unico di regolarità contributiva (D.u.r.c.) ha natura di dichiarazione di scienza e si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso. Per il Consiglio di Stato rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'accertamento circa la regolarità del D.u.r.c., quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara; ed invero, in materia di contratti pubblici, il D.u.r.c. viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante. Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di d.u.r.c. negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, d.m. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al D.u.r.c. chiesto dall'impresa e non anche al D.u.r.c. richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto (Cons. Stato, 25 maggio 2016, in ilcaso.it; Cons. Stato, ord. 21 ottobre 2015, n. 4799, in ildirittoammnistrativo.it, aveva rimesso all'adunanza plenaria la controversa giurisdizione in materia di DURC, anche in relazione al coinvolgimento di posizioni di diritto soggettivo afferenti il sottostante rapporto lavorativo oppure di interessi legittimi pretensivi.

[103] In caso di concordato con continuità aziendale l'impresa si considera regolare nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del corso nel registro delle imprese e il decreto di omologazione, a condizione che nel piano sia prevista l'integrale soddisfazione dei crediti dell'INPS, dell'INAIL e delle Casse edili e dei relativi accessori di legge. In caso di esercizio provvisorio, la regolarità sussiste con riferimento agli obblighi contributivi nei confronti di INPS, INAIL e Casse edili scaduti anteriormente alla data di autorizzazione all'esercizio provvisorio a condizione che risultino essere stati insinuati. Quest'ultimo profilo è stato ribadito anche nelle circolari INPS n. 2835 del 24 aprile 2015 e del Ministero del Lavoro n. 19 dell'8 giugno 2015, che in particolare con nota del 21 luglio 2015 ha disposto "in via definitiva, l'obbligo di rilascio del DURC alle imprese che abbiano conseguito l'omologazione del concordato preventivo, anche laddove il relativo piano non contempli l'integrale soddisfazione dei crediti di INPS e INAIL muniti di privilegio".

[104] Per la giurisprudenza nella fattispecie sussisteva la doverosità del rilascio del DURC da parte dell'INPS (Trib. Cassino, 27 maggio 2016, Ilcaso.it, 2016).

ISSN 2036-7821

disciplina dell'appalto che non è un contratto di durata, in quanto la prestazione dell'appaltatore, anche se può richiedere il compimento di una attività prolungata, non è frazionabile nel tempo, cosicché il corrispettivo spettante al medesimo, se l'opera viene completata e consegnata dopo la presentazione del ricorso, non è soggetto alla falcidia concorsuale e va pagato integralmente in prededuzione. [105]

In ogni caso gli Istituti dovranno sempre certificare la regolarità contributiva dell'impresa *in concordato con continuità*, purché chiaramente tutti i debiti in prededuzione, contratti successivamente, vengano via via onorati alla relativa scadenza [106].

Per ragioni diverse, tuttavia, anche nelle procedure di natura liquidatoria senza aziende in esercizio, il D.u.r.c. dovrebbe essere rilasciato all'impresa assoggettata alla procedura concorsuale, visto comunque il divieto di effettuare pagamenti spontanei *preferenziali* per i debiti pregressi, al di fuori del concorso, ivi compreso se creditore è l'Erario, la pubblica amministrazione od un Ente di previdenza. Dal mancato pagamento comunque non possono derivare effetti di tipo sanzionatorio, anche se previsti da norme *giuspubblicistiche* [107].

---

[105] In tal senso Trib. Genova 26 febbraio 2018, in Fallimento, 2018, 1032 s. con nota di F. CASA, I contratti di durata e l'appalto nel concordato preventivo. In tema cfr. anche V. PETTIROSSI, Sorte dei contratti prendenti nella disciplina del concordato preventivo, in Dir. fall., I, 2016, 109 e già F. FIMMANÒ, Gli effetti del concordato sui rapporti in corso di esecuzione, in Fallimento, 2006, 1057.

[106] Stessa cosa vale per le imprese in liquidazione giudiziale con esercizio dell'impresa.

[107] Il nuovo codice dei contratti prevede l'esclusione automatica, all'art. 94 comma 6, dell'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del D.p.r. 602\73 1973. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti a impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del DURC, di cui al decreto del Ministro del lavoro 30 gennaio 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. La norma non si applica quando l'operatore ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta. E' contemplata inoltre l'esclusione non automatica, a norma dell'art. 95 comma 2, c.c.p., qualora la stazione appaltante ritenga, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato, che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle derivanti dalla notifica di atti impositivi, conseguenti ad attività di controllo o di liquidazione degli uffici o di cartelle di pagamento concernenti pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto la violazione si considera grave quando comporta l'inottemperanza a un obbligo di pagamento di imposte o tasse per un importo che, con esclusione di sanzioni e interessi, è pari o superiore al 10 per cento del valore dell'appalto. Per gli appalti suddivisi in lotti, la soglia di gravità è rapportata al valore del lotto o dei lotti per i quali l'operatore concorre. In caso di subappalto o di partecipazione in raggruppamenti temporanei o in consorzi, la soglia di gravità riferita al subappaltatore o al partecipante al raggruppamento o al consorzio è rapportata al valore della prestazione assunta dal singolo operatore. In ogni caso, l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro.

ISSN 2036-7821

In caso di inadempimento nel versamento dei contributi, il comma 6 dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici, prevede l'obbligo della trattenuta dal certificato di pagamento di quanto dovrà essere direttamente versato agli enti previdenziali e assicurativi e contempla la possibilità per la stazione appaltante di pagare direttamente le retribuzioni dovute al personale dipendente in caso di reiterato inadempimento dell'affidatario ovvero del subappaltatore [108]. L'art. 6 del D.M. 30 gennaio 2015 sanciva la regolarità contributiva per le società in concordato preventivo con continuità aziendale, solo se nel piano era prevista *"l'integrale soddisfazione dei crediti"* degli istituti previdenziali, ma così facendo andava ad incidere sull'ordine dei privilegi. Tuttavia l'Inps aveva già previsto il rilascio del Durc se l'impresa aveva ottenuto il decreto di omologazione, anche laddove il piano non contemplasse l'integrale soddisfazione dei crediti Inps ed Inail muniti di privilegio[109]. Il D.M. 23 febbraio 2016, infine, che ha modificato l'art. 6 comma 2, ma

---

Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del DURC, di cui al decreto del Ministro del lavoro del 30 gennaio 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. La violazione grave si considera non definitivamente accertata, e pertanto valutabile dalla stazione appaltante per l'esclusione, quando siano decorsi inutilmente i termini per adempiere all'obbligo di pagamento e l'atto impositivo o la cartella di pagamento siano stati tempestivamente impugnati. Le violazioni non rilevano se è intervenuta una pronuncia giurisdizionale favorevole all'operatore non passata in giudicato, sino all'eventuale riforma della stessa o sino a che la violazione risulti definitivamente accertata, ovvero se sono stati adottati provvedimenti di sospensione giurisdizionale o amministrativa. La norma sull'esclusione non automatica non si applica quando l'operatore ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, oppure nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della P.a.. In relazione all'esclusione automatica e non, si considera mezzo di prova, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, il Durc acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali.

[108] La consegna del certificato di regolarità contributiva costituisce condizione di esigibilità del credito vantato dall'appaltatore nei confronti della stazione appaltante e lo stesso vale per le quietanze delle buste paga dei dipendenti, senza le quali la stazione appaltante procede al pagamento diretto degli stessi. A norma dell'art. 11 comma 6, c.c.p., "in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al primo periodo, il responsabile unico del progetto invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi 15 quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine di cui al terzo periodo, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto".

[109] Messaggio Inps del 6 agosto 2015 n. 5223, in www.inps.it/Messaggi/Messaggio%20numero%205223%20del%

ISSN 2036-7821

solo per le ipotesi di liquidazione giudiziale e liquidazione coatta amministrativa con esercizio provvisorio, ha già posto l'impresa in condizione di "regolarità" anche per i debiti "scaduti anteriormente" alla data di autorizzazione dell'esercizio provvisorio[110].

L'art. 63 CCII prevede ora l'obbligo di utilizzo dell'istituto per il pagamento parziale "*dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori*", sicché il Durc deve essere rilasciato anche per il pagamento solo *parziale* di tali contributi. Gli articoli 94 comma 6 e 95 comma 2, c.c.p., prevedono, dal canto loro, la "sanatoria" del Durc, se l'operatore economico paghi o si impegni a pagare le imposte o i contributi, purché il pagamento o l'impegno siano formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Problema connesso è quello degli strumenti giudiziari utilizzabili dal debitore per ottenere il Durc laddove l'amministrazione lo rifiuti, nei casi in cui non sia sufficiente che il tribunale abbia dato il sostanziale avallo al rilascio[111]. Al riguardo a fronte di una giurisprudenza lavoristica che ha accolto in passato ricorsi in via d'urgenza[112] una iniziale giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del codice della crisi ha escluso - in modo assai opinabile - la possibilità, in via cautelare a norma del nuovo art. 54 CCII [113] , di ottenere un ordine dell'ente previdenziale alla consegna dello

---

2006-08-2015.htm.

[110] Si è evidenziato che ove non si voglia lasciare nelle secche il concordato con riserva, quindi, o si autorizza il pagamento dei debiti previdenziali con i finanziamenti indifferibili e urgenti ex art 182 quinquiens, comma 3 (F.S. FILOCAMO, La continuità contrattuale, in L. D'ORAZIO - F.S. FILOCAMO - A. PALETTA (a cura di), Attestazioni e controllo giudiziario nelle procedure concorsuali, Milano, 2015, 376), oppure si ritiene che il durc possa essere rilasciato anche alle imprese in concordato ex art. 186 bis pure se persistono debiti previdenziali anteriori al deposito ed anche alle imprese che hanno presentato domanda di concordato con riserva (Trib. Cassino 25 maggio 2016; L. D'ORAZIO, Continuità aziendale cit., 759).

[111] Nel senso della sussistenza del diritto al Durc nel concordato anche in caso di irregolarità nei pagamenti: Trib. Cosenza 19 dicembre 2012 in ilcaso.it; negli stessi termini, Trib. Pavia 20 dicembre 2014, in ilfallimentarista.it; Trib. Roma 5 dicembre 2014, in osservatorio-oci.org; Trib. Savona 24 settembre 2014, in ilcaso.it; Contra: Trib. Milano 22 febbraio 2013 in Ilcaso.it, Trib. Reggio nell'Emilia 12 marzo 2019, inedito; Trib. Milano 29 aprile 2013 che ha autorizza il pagamento ex art. 182-quinquies, comma 4, l.fall. dei contributi, in quanto funzionale al rilascio del DURC. Nel senso del mero ed incidentale nulla osta invece: Trib.Roma 5 dicembre 2014, in fallimentiesocietà.it; Trib. Bergamo 18 agosto 2021, in dejure.it; Trib. Bergamo 8 settembre 2021, ivi.

[112] Cfr. Trib. Firenze 21 dicembre 2015, in Ilcaso.it; Trib. Treviso 15 febbraio 2016, in fallimentiesocietà.it. Contra Trib. Roma 3 maggio 2019 in Ilcaso.it.

[113] L'art. 54, comma 1, CCII amplia la portata applicativa delle misure cautelari, oggi non più limitate ad operare - come accadeva in forza dell'art. 15, comma 8, l.fall. - nel solo ambito del procedimento di apertura di una liquidazione giudiziale, ma diretta ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Si è correttamente rilevato che nel nuovo sistema "nel contesto della crisi, il provvedimento cautelare non mira a garantire l'efficacia e l'utilità di una successiva decisione di merito, inteso quale provvedimento di natura contenziosa: ciò spiega, del resto, quell'inciso che si legge nell'art. 54, primo comma, CCII, là dove si esclude l'applicazione dell'art. 669- octies, primo, commi 2 e 3, e l'art. 669-bis,comma 1, c. p.c. La misura cautelare, piuttosto, mira a garantire che possa giungersi ad una sentenza

ISSN 2036-7821

stesso[114]. Fortunatamente, un indirizzo più meditato ha portato a riconsiderare la questione, ammettendo, dunque, proprio perciò la possibilità di conseguire l'emissione dell'ordine *de quo* a cura del ben più "competente" giudice concorsuale.[115] A prescindere dalle non condivisibili questioni processuali, nel merito è stato evidenziato che nell'ipotesi di domanda di concordato in continuità aziendale verrebbe in rilievo il citato disposto di cui all'art. 5, comma 1, del D.M. 30 gennaio 2015 [116] sull'integrale soddisfazione dei crediti. In realtà la norma, già contraddetta e sconfessata dal trattamento delle procedure affini al concordato in continuità[117] e dalla possibilità di falcidia di tutti i crediti erariali[118] anche in virtù di *cram down*

di omologazione, attraverso la conservazione di un determinato assetto patrimoniale, così come disegnata dalla proposta e dal piano, in relazione alla quale soltanto l'omologa potrebbe sopraggiungere" (così efficacemente L. BACCAGLINI – M. RATTI, Concordato preventivo e strumentalità delle misure cautelari alla prova del DURC in Fallimento, 2023, 71). E ciò a differenza del passato in cui effettivamente il provvedimento cautelare in sede di istruttoria prefallimentare era funzionale alla sentenza dichiarativa e non poteva andare oltre gli effetti della stessa (F. FIMMANÒ, I provvedimenti cautelari a tutela dell'impresa in crisi, in Dir. fall., 2011, 417 s.; Id., Diritto delle imprese e tutela cautelare, Milano, 2012. Sul nuovo sistema si veda pure riguardo M. Fabiani, Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi d'impresa, in Riv. dir. proc., 2019, 854). Il rapporto di strumentalità della misura riguarda non solo l'omologazione in sé ma soprattutto la effettiva realizzazione del piano.

[114] Trib. Barcellona Pozzo di Gotto (10 ottobre 2022, in Fallimento, 2023, 65 s. con nota di L. BACCAGLINI – M. RATTI, op.cit.,67 s.) ha affermato l'imprescindibile strumentalità delle misure cautelari di cui all'art. 54, comma 1, c.c.i. - posto altresì che a queste non segue alcun procedimento di merito - deve declinarsi nel senso che le stesse non possono che consistere in provvedimenti ad effetti confermabili con il provvedimento che dispone l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione, ovvero ancora in quegli ulteriori effetti che non si collegano automaticamente a tali pronunce ma che sono propri di atti che da essa derivano e che sono interni al susseguente procedimento concorsuale. Nello stesso senso Tribunale di Catania, 25.07.2022 in www.dirittodellacrisi.it (seppure riferito a una richiesta in corso di composizione negoziata ove non si può ottenere in sede cautelare più di quanto potrebbe ottenere all'esito del giudizio di merito) La giurisprudenza citata ha peraltro evidenziato che al Giudice ordinario sarebbe precluso di entrare nella sfera riservata all'agire amministrativo e di ordinare alla pubblica Amministrazione di compiere una determinata attività amministrativa.

Questione oggetto di pronuncia anche da parte della Suprema Corte, che ha statuito che: "il giudizio di accertamento circa la regolarità contributiva, intrapreso per il mancato rilascio del cd. DURC, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, al quale è, tuttavia, precluso emanare una pronuncia di condanna dell'ente previdenziale alla consegna dello stesso, sia pure in presenza di una richiesta in tal senso del privato, stante il divieto posto dall'art. 4 della l. n. 2248 del 1865, all. E." (Cassazione civile sez. lav., 03/03/2021, n.5825).

[115] Trib. Lucca 17 maggio 2023, in DirittodellaCrisi.it.

[116] Norma avente natura speciale rispetto a quella di carattere generale di cui all'art. 3 cit. (cfr. Trib. La Spezia, 18 luglio 2022 in www.dirittodellacrisi.it; cfr. anche Trib. Firenze 21 dicembre 2015.

[117] Nella liquidazione giudiziale con esercizio dell'impresa e nell'amministrazione straordinaria, il DURC viene rilasciato anche solo in presenza del provvedimento di ammissione allo stato passivo (cfr. al riguardo R. Bellè, Trasferimento di azienda in esercizio provvisorio fallimentare e derogabilità delle tutele eurounitarie: la Suprema Corte ancora sulla natura liquidatoria quale criterio dirimente, in Fallimento, 2022, 29; A.C. MARROLLO - A. PEZZANO, La continuità aziendale nell'esercizio provvisorio: presupposti e connessioni, in AA.VV. (a cura di L. D'Orazio - L. Monteferrante), Procedure concorsuali e diritto pubblico - Insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori, Milano, 2017.

[118] La giurisprudenza di merito ha rilevato che "il D.M. 4 agosto 2009, normativa secondaria che conteneva molte disposizioni di dettaglio rispetto alla norma generale dell'art. 182-ter l.fall. (...) risultava già implicitamente ovvero tacitamente abrogata, ai sensi dell'art. 15 co. 2 delle c.d. Preleggi (disposizioni sulla legge in generale) per effetto della entrata in vigore della legge n. 232/2016 che ha sostituito l'art. 182-terl.fall. (...). Tale abrogazione si è

ISSN 2036-7821

fiscale e previdenziale[119], risulta ormai del tutto incompatibile con l'art. 88 CCII e perdipiù contraria ai principi generali del codice della crisi [120] salvo che per i debiti contributivi sorti durante la procedura[121].

Dunque il Durc deve essere rilasciato sin dalla pubblicazione del concordato con riserva nonché nel concordato in continuità, anche se la soddisfazione per i creditori erariali è parziale[122], sussistendo una presunzione legale di regolarità contributiva in ragione del preminente interesse concorsuale alla continuità in funzione della salvaguardia aziendale.

Con riguardo ai contratti di appalto, sia pubblici che privati, il rilascio della certificazione da parte degli istituti previdenziali è sia condizione di ammissione alla gara[123], sia presupposto di esigibilità del credito dell'appaltatore nei confronti del committente. Passando infatti ai subappaltatori, l'art. 119, comma 11, c.c.p., prevede (in luogo della sospensione del pagamento da parte della stazione appaltante del regime risalente al codice del 2006[124]) *il pagamento diretto*, specificamente quando il

---

determinata per effetto sia della sostanziale innovazione dell'istituto della transazione fiscale e contributiva essendo ora consentita - ricorrendo le condizioni di cui all'art. 160 co. 2 e 182-ter co. 1 l.fall. - la falcidia, la dilazione e, a fortiori, l'integrale degradazione dei crediti privilegiati 'incapienti', sia della sopravvenuta incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti - l'antinomia ovvero il conflitto tra le disposizioni risolvendosi in favore della applicabilità/prevalenza dell'art. 182-ter l.fall. (nella formulazione introdotta dalla L. 232/2016) rispetto al D.M. 4.8.2009 in ragione non solo della posteriorità della prima secondo il criterio cronologico, ma anche e segnatamente del diverso grado gerarchico. La prima disposizione essendo fonte di rango primario avendo natura legislativa e carattere generale rispetto al D.M. che è invece fonte di grado secondario ed ha natura regolamentare" (Trib. Roma 28 giugno 2021, in dirittobancario.it, con nota di L. ROMANZI - G. PICARDO, Transazione fiscale: trattamento del debito previdenziale e rilascio del Durc).

[119] La Cassazione ha messo in evidenza che le disposizioni del DM 4.8.2009, che secondo taluno andrebbero a integrare il vecchio art. 182-ter l.f. divenendo norme imperative, non sono coerenti con la ratio generale del concordato preventivo (punto 3.5.2. della sentenza): "rendendo, di fatto, il concordato medesimo ostaggio della volontà delle agenzie fiscali e degli enti gestori delle forme di previdenza ed assistenza obbligatorie: si giungerebbe, così, ad un disvalore per tale procedura concorsuale che, invece, viene complessivamente incentivata dal legislatore" (Cass. 21 giugno 2018, n. 16364, Rel. Campese).

[120] In tema cfr. già M.RATTI, Il Durc, in AA.VV. (a cura di L. D'Orazio - L. Monteferrante), Procedure concorsuali e diritto pubblico - Insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori, Milano, 2017; A. Farolfi, Appunti in tema di DURC e concordato preventivo in continuità, in www.ilcaso.it.

[121] In tal senso Trib. La Spezia 18 luglio 2022, in DirittodellaCrisi.it; Trib. Venezia 17 giugno 2019 e Trib. Livorno 16 agosto 2018, in dejure.it.

[122] Si è affermato che "alla luce della norma di cui all'art. 182-terL.F.(con le modifiche apportate dalla legge 169/2007 e dalla legge 232/2016), è sempre consentito al proponente il concordato di formulare una proposta di pagamento dilazionato ovvero parziale del debito contributivo, ragion per cui, in definitiva, non può configurarsi, allo stato, una legittima pretesa degli enti previdenziali al pagamento integrale del debito pregresso ovvero alla sanatoria delle irregolarità contributive quale condizione necessaria per il rilascio del DURC" (Trib. Roma 8 novembre 2019, in ilcaso.it).

[123] Per il supremo consesso amministrativo la mancanza di un DURC regolare comporta una presunzione legale di gravità, che obbliga la stazione appaltante ad estromettere il concorrente dalla procedura evidenziale, senza poterne sindacare, nel merito, il contenuto (Cons. Stato 19 febbraio 2019, n. 1141).

[124] Invece l'art.119 è sostanzialmente analogo all'art. 105, comma 13 (e all'art. 174, comma 7 nelle concessioni) del codice degli appalti del 2015. La Suprema Corte aveva affermato che la sanzione della sospensione del pagamento prevista dal vecchio art. 118, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006, costituiva una garanzia per le ragioni del

ISSN 2036-7821

subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa; in caso di inadempimento dell'appaltatore o, infine, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente. In virtù di questa delegazione "legislativa" di pagamento, la stazione appaltante adempie l'obbligazione nei confronti dell'appaltatore, estinguendo il debito che questi ha a sua volta contratto con il subappaltatore, *liberando il primo anche dalla responsabilità solidale per gli obblighi contributivi e retributivi*. Tuttavia, in caso di assoggettamento dell'appaltatore (o del concessionario) alla liquidazione giudiziale od al concordato preventivo, i pagamenti dovranno avvenire secondo le regola della graduazione, prevalendo in detti casi le norme concorsuali[125]. D'altra parte, anche la recente normativa istitutiva del cd "Fondo Salva Opere", di cui all'art. 47, commi 1-*bis*/*septies*, D.L. n. 34/2019, conv. con modificazioni dalla L. n. 58/2019, sembra indirizzare in tal senso, tentando un contemperamento degli interessi: se, da un lato, tale normativa speciale tende a favorire l'ultimazione delle opere pubbliche, offrendo ai subappaltatori l'aspettativa del pagamento, in ipotesi di insolvenza dell'appaltatore (sino al 70% e nei limiti delle dotazioni del Fondo), dall'altro, attribuisce al Fondo - e per esso del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - un diritto di surroga sempre e solo secondo le regole concorsuali, con la sola attribuzione di antergazione rispetto al residuo credito del subappaltatore "*nei riparti ai creditori effettuati nel corso della procedura concorsuale*").cfr. comma 1-*ter* dell'art.47 cit.).[126]

---

subappaltatore, precludendo la riscossione del credito all'appaltatore e, per esso, al curatore fallimentare, che esercita un'azione rinvenuta nel patrimonio del soggetto sottoposto alla procedura (Cass. 5 marzo 2012, n. 3402).

[125] Trib. Verona 18 maggio 2022, in DirittodellaCrisi.it.. Analogamente non compete la prededuzione al subappaltatore in caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, poiché " il meccanismo delineato dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 118, comma 3 - che consente alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti effettuati da quest'ultimo al subappaltatore - deve ritenersi riferito all'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa in bonis e, dunque, non è applicabile nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie; ne consegue che al curatore è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e che il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della par condicio creditorum e dell'ordine delle cause di prelazione "(Cass., Sez. Un., 2 marzo 2020, nn. 5685/6, con nota di S. Leuzzi, Il credito del subappaltatore di opere pubbliche nel fallimento , in Il Fallimento, 2020, 468 ss.). Riguardo ai pagamenti diretti dei subappaltatori avvenuti, in periodo sospetto, prima della dichiarazione di fallimento, si è ricordato che sia la delegazione attiva di pagamento, sia l'accollo non allo scoperto, costituiscono mezzi anormali di pagamento, e sono pertanto passibili di revocatoria. Ci si può tuttavia domandare se l'anomalia delle modalità del pagamento, sulla quale tale disposizione fonda la presunzione di conoscenza dell'insolvenza "da parte dell'accipiens, sia predicabile anche quando si tratta, come nella specie, di una forma di pagamento prevista per legge, e, in ogni caso, la fattispecie sarà di norma riconducibile all'esenzione prevista dalla legge" (M. ATTANASIO, Procedure concorsuali e appalti pubblici, 16, che richiama Cass., 17 gennaio 2003, n. 649; Cass., 15 luglio 2011, n. 15691; Cass., 23 dicembre 2015, n. 25928, nonché, per l'accollo, Cass., 25 luglio 2006, n. 16973 e Cass., 4 maggio 2012, n. 6795).

[126] Cfr. sul punto, A. PEZZANO - M. RATTI, Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti pendenti: l'appalto,cit.

ISSN 2036-7821

Invero, già l'art. 118 del vecchio codice degli appalti, al comma 3 *bis*[127], disponeva che era consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti di appalto in corso, nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite dagli eventuali diversi soggetti che costituiscano l'affidatario, quali le mandanti, e dalle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori, dai subappaltatori e dai cottimisti, secondo le determinazioni del tribunale competente per l'ammissione alla procedura [128]. Il problema, tuttavia, nasce nella determinazione dell'importo dovuto al subappaltatore, in quanto gli stati di avanzamento redatti dal direttore dei lavori riguardano le opere via via realizzate, ma non anche quelle poste in esecuzione dal singolo subappaltatore, il quale dovrebbe quantificare e giustificare al committente il valore di quanto realizzato con tutte le difficoltà del caso [129].

[127] In ambito concordatario, ove l'istanza di pagamento diretto formulata dalla stazione appaltante riguardasse crediti concorsualizzati ed anteriori al deposito del ricorso a norma del vecchio art. 161, comma 6, l. fall., secondo la giurisprudenza, non trovava applicazione l'art. 118, comma 3 bis codice appalti (peraltro ormai abrogato per effetto di quello successivo del 2015), bensì l'art. 182 quinquies l. fall. che costituiva norma speciale, consentendo al solo debitore in concordato con continuità di chiedere l'autorizzazione ad eseguire il suddetto pagamento, purché fosse presentata un'attestazione rafforzata relativa a due concorrenti requisiti: a) che il pagamento attenesse a prestazioni di beni o servizi essenziali per la prosecuzione della attività di impresa; b) e che questi fossero funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori (Trib. Ravenna 30 giugno 2016, in Ilfallimentarista.it, 2016).

[128]Il pagamento "diretto" che era una eccezione nel codice dei contratti pubblici 163/2006 (se la stazione appaltante lo prevedeva in sede di bando di gara ex art. 118 comma 3; in pendenza di concordato preventivo con continuità aziendale ex art. 118, comma 3 bis), diviene la "regola". Il testo modificato al comma 3 e con l'inserimento del comma 3 bis, entrambi in vigore dal 22 febbraio 2014. Il comma 3 dispone che nel bando di gara la stazione appaltante deve indicare che provvede a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanziate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento. Ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti, alle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori…, nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite (sull'argomento, anche per una rassegna di giurisprudenza in tema, cfr. D. FINARDI, Lo strano caso dell'art. 118 codice appalti: natura chirografa o nuova prededuzione nelle procedure concorsuali?, in Fallimento, 2015, 443 s.).Nello stesso senso va l'art. 13 comma 10 del D.L. 145/13 e della relativa legge di conversione che ha legittimato le stazioni appaltanti, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, a procedere nel pagamento diretto del subappaltatore per i contratti d'appalto in corso d'esecuzione.

[129] L. D'ORAZIO, Continuità aziendale cit., 760 (il quale giustamente rileva che se il subappaltatore ha realizzato opere difformi da quelle previste oppure ha effettuato solo parziali opere, e l'appaltatore si è rifiuta to di pagare sollevando una eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., pare difficile ritenere che la stazione appaltante sia, comunque, obbligata al pagamento diretto, tanto più che in tal caso l'appaltatore potrebbe non

ISSN 2036-7821

8. Concordato in continuità, appalto pubblico ed affitto d'azienda.

Una ultima questione riguarda l'applicabilità delle norme sul concordato in continuità ai contratti pubblici in caso *di affitto d'azienda*, posto che l'art. 95 CCII, fa riferimento solamente alla cessione o *al conferimento della stessa* in una società di nuova costituzione, e visto che gli artt. 38 e 51 della "vecchia" normativa sugli appalti hanno fatto ritenere ad una certa giurisprudenza che anche in caso di affitto di azienda la dichiarazione in ordine ai requisiti soggettivi degli amministratori e direttori tecnici riguardasse anche quelli della società affittante, ciò in quanto l'affitto potrebbe costituire un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal codice degli appalti. [130]

L'ampia dizione di cui al nuovo articolo 120 del codice dei contratti pubblici, sotto la rubrica "Modifica dei contratti in corso di esecuzione" [131] (e dall'art. 189 per le concessioni "Modifica di contratti durante il periodo di efficacia [132]), combinata con il disposto di cui all'art. 2558 c.c., fa propendere per l'applicazione del subentro da parte dell'affittuario alla partecipazione ed alla esecuzione dei contratti con la P.A.[133]

Orbene, a parte che storicamente il termine *cessione* anche, nella legislazione lavoristica, è stato inteso nel senso più ampio di circolazione, la norma, a nostro

---

fornire gli elementi utili alla determinazione delle opere già realizzate dal subappaltatore, anche perché non è procedimentalizzato il rapporto tra stazione appaltante, appaltatore e subappaltatore. In caso di accesso dell'appaltatore al concordato preventivo, la norma consente il pagamento integrale delle prestazioni del subappaltatore eseguite dopo il deposito della domanda di concordato oppure con l'autorizzazione ex art. 182 quinquies, commi 3 e 5, l.fall., per le prestazioni anteriori). Al riguardo cfr altresì M. ALÒ, sub art. 105 D.Lgs. 50/2016, in F. GARELLA - M. MARIANI (a cura di), Il codice dei contratti pubblici, Torino, 2016, 274.

[130] Cons. di Stato 5 novembre 2014, n. 5470. L'unica deroga era consentita dall'art. 116 comma 4 (vicende soggettive dell'esecutore del contratto), che però riguardava la fase dell'esecuzione del contratto ed era limitata alla cessione ed all'affitto di azienda in favore di cooperative costituite o da costituire in favore di almeno tre quarti dei soci cooperatori.

[131] Secondo cui "1. Fermo quanto previsto dall'articolo 60 per le clausole di revisione dei prezzi, i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti, sempre che, nelle ipotesi previste dalle lettere a) e c), nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate:…d) se un nuovo contraente sostituisce l'aggiudicatario a causa di una delle seguenti circostanze:…2) all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 124". La norma riproduce l'abrogato art. 106 del codice del 2016, comma 1, lettera d), numero 2).

[132] A norma dell'art. 189 "1. Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione nei casi seguenti: d) se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui l'ente concedente aveva inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una delle seguenti circostanze: 2) al concessionario iniziale succeda, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che 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 della direttiva 2014/23/UE".

[133] In tal senso Trib. Bolzano 9 gennaio 2018, cit.

ISSN 2036-7821

avviso, parlando di conferimento, implicitamente già comprende in sè l'ipotesi del conferimento in natura del *godimento* dell'azienda, fattispecie sostanzialmente identica a quella dell'affitto. [134]

Il problema non va confuso col tema più generale del *concordato in continuità* in caso di affitto. Infatti in caso di circolazione dell'azienda *prevalgono sempre* , in tema di contratti siano essi pubblici o privati, le norme di cui agli artt. 2558 e 2112 c.c., esattamente come avviene nella liquidazione giudiziale in caso di circolazione endoconcorsuale e a differenza di quanto accade, come visto, per l'esercizio dell'impresa ad opera del curatore[135] (non è, infatti, ipotizzabile che all'affittuario dell'azienda del fallito possano applicarsi le norme di cui all'art. 172 ss., CCII). [136]

Nella prospettiva concernente la sorte dei rapporti contrattuali (non pubblici) il noto dibattito sull'alveo applicativo delle norme speciali, infatti, non ha molto senso visto che comunque non si applicano alla circolazione dell'azienda[137]. Viceversa per i contratti pubblici, in cui la continuazione è *l'eccezione* e non la regola, la questione della continuità non è di poco conto. Occorre, come noto, distinguere il concordato *diretto*, da quello *indiretto* realizzato a mezzo circolazione dell'azienda e ancora il concordato nel cui piano sia previsto *un affitto preesistente*[138]. In questo terzo caso l'unico effetto sui contratti (non pubblici) sarà quello di poter applicare l'97 CCII, all'affitto stesso e non certo ai contratti passati all'affittuario[139].

Analogamente, se il piano prevede la circolazione dell'azienda, solo se questa passa a terzi dopo che il debitore ha chiesto ed ottenuto lo scioglimento di taluni contratti, agli stessi potrà applicarsi la normativa in parola, a prescindere della sua

---

[134] Già F. FIMMANÒ, La crisi delle società di calcio e l'affitto dell'azienda sportiva, in Dir. fall.,n. 1, 2006, 3 s.

[135] Secondo altra impostazione invece sarebbe coerente l'applicazione anche all'ipotesi di affitto con la declinazione normativa della continuità aziendale in senso oggettivo, piuttosto che soggettivo, rilevando, ai fini individuativi della fattispecie, che l'impresa sia in esercizio, essendo poi indifferente la permanenza dell'azienda in capo al debitore o ad un soggetto terzo (così A. PATTI, Il pagamento di debiti anteriori cit., 196).

[136] Già prima delle norme: F. FIMMANÒ, Gli effetti del concordato preventivo sui contratti cit., 1051 s

[137] F. DI MARZIO, Affitto d'azienda e concordato in continuità, in ilfallimetarista.it, 2013, afferma che: "continuità aziendale e affitto di azienda si pongono in un rapporto di reciproca esclusione: dove vi è continuità aziendale non può esservi affitto di azienda; dove vi è affitto di azienda non può esservi continuità aziendale". Se si volesse rimanere sul piano tecnico-giuridico è sicuramente così, tuttavia, come si vedrà più avanti il legislatore introduce il concetto in relazione alla diversa locuzione di azienda in esercizio ed a questo si riferisce la continutà così come nell'Amministrazione straordinaria.

[138] Cfr. già in tema: F. FIMMANÒ, L'affitto di azienda programmato e stipulato dall'imprenditore in crisi in funzione del concordato preventivo, in Fallimento, 2012, 1359 s.; M. FABIANI, La programmazione della liquidazione del concordato preventivo da parte del debitore e la natura delle vendite concordatarie, in Fallimento, 2012, 908.

[139] Si è evidenziato che poiché la stipula del contratto di affitto di azienda non esclude la continuazione dell'attività di impresa in capo al suo titolare, qualora venga proposta domanda di concordato preventivo, il contratto in questione deve essere considerato un contratto in corso di esecuzione disciplinato dall'articolo 169 bis l. fall. (Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013, in ilcaso.it, 2013).

ISSN 2036-7821

configurazione formale o meno di concordato con continuità [140] ed a prescindere dalla prevista o prevedibile cessione dell'azienda a titolo definitivo[141].

[140] Un parte della giurisprudenza ha ritenuto che possa essere inclusa nell'ambito della continuità aziendale la fattispecie dell'azienda affittata prima della presentazione della domanda di concordato e ciò in quanto l'esplicita previsione normativa della continuità indiretta comporta che il legislatore abbia dato rilevanza alla continuità in senso oggettivo, la quale non può considerarsi esclusa dal fatto che l'azienda sia stata affittata ad altro imprenditore prima della domanda di concordato (Trib. Udine, 5 maggio 2016, in fallimentiesocietà.it). Secondo altra giurisprudenza il concordato non sarebbe in continuità neppure quando l'affitto ha luogo dopo il deposito della domanda (Trib. Terni, 12 febbraio 2013, in ilcaso.it, 2013), con la conseguenza che non vi sarebbe l'onere di redigere piano e relazione del professionista con lo specifico contenuto dell'art. 186, comma 2, lett. a e b). Altra ancora ritiene invece che ove l'imprenditore abbia concesso in affitto la propria azienda in epoca precedente alla presentazione della proposta concordataria e in quest'ultima si preveda la prosecuzione dell'attività per mezzo dell'affittuario, senza che sia contestualmente previsto un obbligo di acquisto a suo carico entro un dato termine, non potrebbe trovare applicazione la speciale disciplina dettata dall'art. 186 bis (Trib. Patti 12 novembre 2013, in ilcaso.it, 2013). Una parte della dottrina, invece, parla genericamente di incompatibilità fra affitto e concordato con continuità aziendale, ma senza distinguere tra affitto post e pre domanda (D. GALLETTI, La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda, in ilfallimentarista.it, 2013, 3 s.). Si è poi affermato che il concordato possa definirsi ''con continuità aziendale'' anche quando l'affitto sia anteriore al deposito della domanda (A. PATTI, Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato fra prosecuzione e scioglimento, in Fallimento, 2013, 269 s., che si basa sulla sostanza economica del fenomeno).

[141] Per una certa giurisprudenza deve essere comunque disposta la procedura competitiva (prevista dal vecchio art. 163 bis l. fall.) nel caso in cui il debitore abbia stipulato un contratto che abbia la finalità del trasferimento non immediato del ramo d'azienda, ipotesi che si rinviene nel caso in cui sussista un contratto di affitto con soggetto il quale nel piano di concordato preventivo figuri quale cessionario del ramo d'azienda in un contratto da stipularsi entro data certa (Trib. Vicenza, 3 maggio 2016, in fallimentiesocietà.it).

ISSN 2036-7821