

# Affidamento di contratti pubblici e procedure concorsuali: le novità introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche previste dal decreto "sblocca cantieri"

di Beatrice Armeli

“ Scopo del presente lavoro è quello di analizzare compiutamente le novità introdotte dal d.lgs. 14/2019, in parte replicate dal già vigente d.l. 32/2019 – attualmente alle Camere per la sua conversione – in materia di affidamento di contratti pubblici e procedure concorsuali. A tal fine si è scelto di suddividere la trattazione in due parti: nella prima verrà illustrata la nuova disciplina, a confronto con quella precedente; nella seconda sarà proposto un commento approfondito, evidenziando le criticità del nuovo quadro normativo, in prospettiva *de iure condendo*. ”

Con il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, emanato in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 38 del 14 febbraio 2019, nasce il “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”, frutto di una riforma organica delle procedure concorsuali (e non) previste dalla legge fallimentare (regio decreto 16 marzo 1942, n. 267) e dalla disciplina sul sovraindebitamento (legge 27 gennaio 2012, n. 3), attualmente ancora vigenti. Per quel che qui rileva, il d.lgs. 14/2019 apporta, tra le altre, anche talune modifiche al “Codice dei contratti pubblici” (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), introducendo altresì, nel proprio corpo normativo, disposizioni ad hoc per i contratti stipulati con pubbliche amministrazioni. Segnatamente, da un lato, l'art. 372 del nuovo Codice incide direttamente su quello dei contratti pubblici, sia con la modifica dell'art. 48, commi 17 e 18, e dell'art. 80, comma 5, lett. b), sia con la riformulazione dell'art. 110; dall'altro lato, oltre all'art. 12, comma 3, gli artt. 95 e 172, comma 7, nonché l'art. 211, commi 8 e 10, dello stesso d.lgs. 14/2019 contengono previsioni speciali relative ai contratti pubblici pendenti e ai casi di partecipazione, dell'OE in crisi o insolvente, a procedure di affidamento disciplinate dal menzionato d.lgs. 50/2016. Le novità apportate, in entrambe le

sedi, diverranno efficaci con l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ovvero 18 mesi dalla data della sua pubblicazione, e quindi il 15 agosto 2020, non appartenendo al novero delle ipotesi per le quali è prevista, in deroga, una regola di vigenza differente. Talune delle predette novità sono state peraltro recepite dal c.d. decreto “sblocca cantieri” (d.l. 18 aprile 2019, n. 32), approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri nella seduta n. 55 del 18 aprile 2019 e pubblicato nella G.U. n. 92 dello stesso giorno, risultando quindi già in vigore a far data dal 19 aprile 2019. Il tessuto normativo relativo alla contrattualistica pubblica, su cui le disposizioni speciali previste dalla disciplina concorsuale di nuovo conio andranno ad incidere – in continua evoluzione e già diverso rispetto a quello tenuto a mente durante l'elaborazione del d.lgs. 14/2019 – sembra comunque destinato a mutare ulteriormente, ancor prima dell'entrata in vigore dello stesso Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in virtù del disegno di legge recante la “Delega al Governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici”, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta n. 48 del 28 febbraio 2019.

### Le modifiche al codice dei contratti pubblici operate dal d.lgs. 14/2019.

<p style="text-align: center;"><b>D.lgs. 50/2016</b> Testo vigente al 18 aprile 2019 (ante "decreto sblocca cantieri")</p>	<p style="text-align: center;"><b>D.lgs. 50/2016</b> Testo modificato dall'art. 372 del d.lgs. 14/2019</p>
<p><i>Art. 48. Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici.</i> <i>[omissis].</i></p> <p>17. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario 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'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché 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.</p> <p>18. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, 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'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, 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, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.</p> <p><i>[omissis].</i></p>	<p><i>Art. 48. Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici.</i> <i>[omissis].</i></p> <p>17. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma <b>6</b>, in caso di [<del>fallimento</del>] <b>liquidazione giudiziale</b>, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo [<del>ovvero procedura di insolvenza concorsuale</del>] o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o [<del>fallimento</del>] <b>liquidazione giudiziale</b> del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché 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.</p> <p>18. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma <b>6</b>, in caso di [<del>fallimento</del>] <b>liquidazione giudiziale</b>, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo [<del>ovvero procedura di insolvenza concorsuale</del>] o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o <b>liquidazione giudiziale</b> del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, 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, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.</p> <p><i>[omissis].</i></p>
<p><i>Art. 80. Motivi di esclusione.</i> <i>[omissis].</i></p> <p>5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:</p> <p>a) <i>[omissis];</i></p> <p>b) l'operatore economico si trovi 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;</p> <p><i>[omissis].</i></p>	<p><i>Art. 80. Motivi di esclusione.</i> <i>[omissis].</i></p> <p>5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:</p> <p>a) <i>[omissis];</i></p> <p>b) l'operatore economico <b>sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale</b> o si trovi in stato di [<del>fallimento, di</del>] liquidazione coatta o di concordato preventivo[, salvo il caso di concordato con continuità aziendale;] o sia in corso <b>nei suoi confronti</b> un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto <b>dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 e</b> dall'articolo 110;</p> <p><i>[omissis].</i></p>

*Art. 110. Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione.*

1. Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, o di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture.

2. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

3. Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, possono:

a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;  
b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale.

4. L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto. L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato.

5. L'ANAC, sentito il giudice delegato, può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione, nei seguenti casi:

a) se l'impresa non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali;  
b) se l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida.

6. Restano ferme le disposizioni previste dall'articolo 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.

*Art. 110. Procedure di affidamento in caso di liquidazione giudiziale dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione.*

1. **Fatto salvo quanto previsto ai commi 3 e seguenti**, le stazioni appaltanti, in caso di ~~fallimento~~ **liquidazione giudiziale**, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero ~~procedura di insolvenza concorsuale o~~ di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture.

2. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

3. Il curatore ~~del fallimento~~ **della procedura di liquidazione giudiziale**, autorizzato all'esercizio ~~provvisorio~~ **dell'impresa**, ~~ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale;~~ **può** [a] partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto; b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa **assoggettata alla liquidazione giudiziale** ~~o ammessa al concordato con continuità aziendale~~ su autorizzazione del giudice delegato.

**4. Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 40 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n.155, si applica l'articolo 95 del medesimo codice. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto dall'articolo 47 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.**

5. L'impresa ammessa al concordato preventivo ~~con continuità aziendale~~ non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto. ~~L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato.]~~

6. L'ANAC ~~sentito il giudice delegato;~~ può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che ~~il curatore o~~ l'impresa in concordato si **avvalga** di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione ~~nei seguenti casi: a) se l'impresa non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali; b) se~~ **quando** l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida.

7. Restano ferme le disposizioni previste dall'articolo 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.

Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 372 del d.lgs. 14/2019, le modifiche sopra illustrate, apportate al Codice dei contratti pubblici, "si applicano alle procedure in cui il bando o l'avviso con cui si indice la gara è pubblicato successivamente alla data di entrata in vigore del presente codice [i.e. 15 agosto 2020], nonché, per i contratti non preceduti dalla pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte".

### Le nuove norme previste dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in materia di contratti pubblici

Parte delle nuove disposizioni contenute nel d.lgs. 14/2019 ricalcano quelle attualmente vigenti nella legge fallimentare. Tuttavia, taluni elementi di discontinuità non sono affatto di secondaria importanza. Di seguito si comparano le previsioni corrispondenti, sottolineandone le diversità.

Le disposizioni introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza d.lgs. 14/2019	Le corrispondenti disposizioni previste dalla legge fallimentare r.d. 267/1942 Testo vigente al 18 aprile 2019 (ante "decreto sblocca cantieri")
<p>Art. 12. <i>Nozione, effetti e ambito di applicazione.</i> [omissis] 3. <u>L'attivazione della procedura di allerta da parte dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, nonché la presentazione da parte del debitore dell'istanza di composizione assistita della crisi di cui all'articolo 16, comma 1, non costituiscono causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti bancari concessi. Sono nulli i patti contrari.</u> [omissis]</p>	Assente.
<p>Art. 95. <i>Disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni.</i> 1. Fermo quanto previsto nell'articolo 97, i contratti in corso di esecuzione, stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto del deposito della domanda di concordato. Sono inefficaci eventuali patti contrari. 2. <u>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. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti, purché in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. 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.</u></p>	<p>Art. 186-bis. <i>Concordato con continuità aziendale.</i> [omissis] 3. Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. 4. Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale. 5. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando <u>l'impresa presenta in gara:</u> a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;</p>

(segue)

<p>3. Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 40, <u>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.</u></p> <p>4. 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.</p> <p>5. Fermo quanto previsto dal comma 4, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale.</p>	<p>b) <u>la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.</u></p> <p>6. Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso <u>la dichiarazione di cui al quarto comma, lettera b), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento.</u></p> <p>7. Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato.</p>
<p><i>Art. 130. Relazioni e rapporti riepilogativi del curatore.</i></p> <p>1. Il curatore, entro trenta giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, presenta al giudice delegato un'informativa sugli accertamenti compiuti e sugli elementi informativi acquisiti relativi alle cause dell'insolvenza e alla responsabilità del debitore ovvero degli amministratori e degli organi di controllo della società.</p> <p>2. Se il debitore o gli amministratori non ottemperano agli obblighi di deposito di cui all'articolo 49, comma 3, lettera c), il curatore informa senza indugio il pubblico ministero. In tal caso o quando le scritture contabili sono incomplete o comunque risultano inattendibili, <u>il curatore, con riguardo alle operazioni compiute dal debitore nei cinque anni anteriori alla presentazione della domanda cui sia seguita l'apertura della liquidazione giudiziale, oltre alle ricerche effettuate ai sensi dell'articolo 49, comma 3, lettera f), può chiedere al giudice delegato di essere autorizzato ad accedere a banche dati, ulteriori rispetto a quelle di cui all'articolo 49 e specificamente indicate nell'istanza di autorizzazione.</u></p> <p>3. <u>Il giudice delegato può autorizzare il curatore a richiedere alle pubbliche amministrazioni le informazioni e i documenti in loro possesso.</u> <i>[omissis]</i></p>	<p><i>Art. 33. Relazione al giudice e rapporti riepilogativi.</i></p> <p>1. Il curatore, entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento, deve presentare al giudice delegato una relazione particolareggiata sulle cause e circostanze del fallimento, sulla diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del fallito o di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale.</p> <p><i>[omissis]</i></p>
<p><i>Art. 172. Rapporti pendenti.</i> <i>[omissis]</i></p> <p>7. Sono salve le norme speciali in materia di contratti pubblici.</p>	<p>V. Art. 81.</p>
<p><i>Art. 186. Contratto di appalto.</i></p> <p>1. Il contratto di appalto 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.</p> <p>2. Nel caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva dello stesso appaltatore è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto.</p>	<p><i>Art. 81. Contratto di appalto.</i></p> <p>1. Il contratto di appalto si scioglie per il fallimento 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 giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie.</p> <p>2. Nel caso di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto. <u>Sono salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche.</u></p>

(segue)

<p><i>Art. 211. Esercizio dell'impresa del debitore.</i> [omissis] 8. Durante l'esercizio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli. <u>È fatto salvo il disposto dell'articolo 110, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.</u> I crediti sorti nel corso dell'esercizio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'articolo 221, comma 1, lettera a). [omissis] 10. <u>Il curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa non può partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto.</u> [omissis]</p>	<p><i>Art. 104. Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito.</i> [omissis] 7. Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli. 8. I crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1). [omissis]</p>
---	--

### Le disposizioni "urgenti" sulle procedure di affidamento in caso di crisi d'impresa previste dall'art. 2 del decreto "sblocca cantieri"

Dopo un lungo periodo di stallo, seguente alla prima approvazione da parte del Consiglio dei Ministri, avvenuta "salvo intese" nella seduta n. 50 del 20 marzo 2019, è stato (finalmente) pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 92 del 18 aprile 2019, il d.l. 18 aprile 2019, n. 32, noto come decreto "sblocca cantieri", recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici", entrato in vigore il giorno dopo la sua pubblicazione.

Tra le previsioni modificative del quadro normativo, avvertite come "urgenti", si rinvengono anche talune correzioni riguardanti proprio la materia qui trattata, per le quali il legiferante, in sede di lavori preparatori, si era riservato espressamente di verificarne la compatibilità con le nuove norme dettate dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Poiché, peraltro, dette modifiche trovano applicazione sino all'entrata in vigore della nuova disciplina sulla crisi e sull'insolvenza, che decorre segnatamente dal 15 agosto 2020, scopo dell'intervento sarebbe quello di raccordare sin da subito – senza attendere la vigenza del d.lgs. 14/2019 – le più rilevanti previsioni, contenute vuoi nel d.lgs. 50/2016, vuoi nella Legge fallimentare vigente, disciplinanti i casi in cui l'OE, concorrente alla gara o affidatario di contratto pubblico, versi in stato di crisi o insolvenza e sia conseguentemente aperta a suo carico una procedura concorsuale.

A sommo parere di scrive, tuttavia, l'intento di "eliminare i gravi problemi di coordinamento esistenti", nonché di rafforzare il "favor verso l'impresa momentaneamente in difficoltà tenendo pur sempre presente la tutela degli interessi dell'Amministrazione", così come esplicitato nella Relazione di accompagnamento, avrebbe potuto essere meglio realizzato, allargando il novero delle disposizioni ritoccate. Il decreto in questione si limita infatti *in parte qua* a prevedere, nel suo secondo articolo, le modifiche sotto riportate.

D.lgs. 50/2016 Testo vigente al 18 aprile 2019	D.lgs. 50/2016 Testo modificato dall'articolo 2 del d.l. 32/2019
<p><i>Art. 80. Motivi di esclusione.</i> [omissis]. 5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: a) [omissis]; b) l'operatore economico si trovi 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; [omissis].</p>	<p><i>Art. 80. Motivi di esclusione.</i> [omissis]. 5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: a) [omissis]; b) l'operatore economico <b>sia stato sottoposto a</b> fallimento <b>o</b> si trovi in stato di [fallimento, di] liquidazione coatta <b>o</b> di concordato preventivo; <del>salvo il caso di concordato con continuità aziendale;</del> o sia in corso <b>nei suoi confronti</b> un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto <del>dall'articolo</del> <b>dagli articoli 110 e 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;</b> [omissis].</p>

*Art. 110. Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione.*

1. Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, o di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture.

2. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

3. Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, possono:

a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;

b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale.

4. L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto. L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato.

5. L'ANAC, sentito il giudice delegato, può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione, nei seguenti casi:

a) se l'impresa non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali;

b) se l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida.

6. Restano ferme le disposizioni previste dall'articolo 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.

*Art. 110. Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione.*

1. **Fatto salvo quanto previsto ai commi 3 e seguenti**, le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero [procedura di insolvenza concorsuale o] di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture.

2. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

3. Il curatore **della procedura di** fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio **dell'impresa**, [ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale,] **può** [a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto; b)] eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita [o ammessa al concordato con continuità aziendale] **con** autorizzazione del giudice delegato.

**4. Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, si applica l'articolo 186-bis del predetto regio decreto. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto dall'articolo 163 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.**

5. L'impresa ammessa al concordato preventivo [con continuità aziendale] non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto. [L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato.]

6. L'ANAC[; sentito il giudice delegato,] può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che [il curatore o] l'impresa in concordato si **avvalga** di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione[; nei seguenti casi: a) se l'impresa non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali; b) se] **quando** l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida.

7. Restano ferme le disposizioni previste dall'articolo 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.

<p><b>R.d. n. 267/1942</b> Testo vigente al 18 aprile 2019</p>	<p><b>R.d. n. 267/1942</b> Testo modificato dall'art. 2, d.l. n. 32/2019</p>
<p><i>Art. 104. Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito.</i> [omissis] 7. Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli. [omissis]</p>	<p><i>Art. 104. Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito.</i> [omissis] 7. Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli. <b>È fatto salvo il disposto dell'articolo 110, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.</b> [omissis]</p>
<p><i>Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale.</i> [omissis] 3. Fermo quanto previsto nell'articolo 169-<i>bis</i>, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. 4. Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale. [omissis]</p>	<p><i>Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale.</i> [omissis] 3. Fermo quanto previsto nell'articolo 169-<i>bis</i>, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. <b>Le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa è stata ammessa a concordato che non prevede la continuità aziendale se il predetto professionista attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio.</b> 4. Successivamente al deposito [del ricorso] <b>della domanda di cui all'articolo 161</b>, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, <b>e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato</b>, acquisito il parere del commissario giudiziale[-se] <b>ove già nominato[-in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale].</b> [omissis]</p>

Pertanto, si rileva quanto segue.

L'art. 110 del d.lgs. n. 50/2016 viene sostituito da un altro di nuovo conio, con il quale si recepisce per intero il testo previsto dall'art. 372 del d.lgs. 14/2019 (che appunto, come visto, regala al Codice dei contratti pubblici un nuovo art. 110), calando però le modifiche da quest'ultimo apportate nel contesto disciplinato dalla legge fallimentare vigente, per cui si parla ancora di "fallimento" e di "esercizio provvisorio dell'impresa" e i riferimenti agli artt. 40 e 95 del d.lgs. 14/2019 si traducono nei riferimenti agli artt. 161 e 186-*bis* della legge fallimentare attuale.

Nel vigente art. 104 della legge fallimentare viene poi operato l'esplicito richiamo all'art. 110, comma 3, del d.lgs. 50/2016, così come modificato, parimenti a quanto

previsto dal corrispondente art. 211 del d.lgs. 14/2019. Infine, dell'art. 95 del d.lgs. 14/2019 vengono fin da subito recepite nel vigente art. 186-*bis* della legge fallimentare: *i*) la previsione che estende la regola della prosecuzione dei contratti pubblici pendenti anche nel caso in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato senza continuità aziendale, qualora il professionista indipendente attesti che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio; *ii*) e la previsione che riconosce in capo al giudice delegato il potere di autorizzare, previo parere del commissario giudiziale, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici da parte dell'OE a carico del quale sia stato aperto il concordato preventivo. Alla luce del così ristretto ambito delle modifiche pre-

viste, *in parte qua*, dal decreto in questione, si evidenziano di seguito i correttivi mancati a comparazione di quanto previsto dal nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. L'ordine rispetta quello delle norme riportate nei primi due paragrafi del presente lavoro.

Nell'art. 48, ai commi 17 e 18, del d.lgs. 50/2016 viene impropriamente mantenuto il – già poco felice e superfluo – riferimento alla “*procedura di insolvenza concorsuale*”, invece espunto con la riformulazione dell'art. 110 dello stesso decreto da parte dell'art. 372 del d.lgs. 14/2019, e non si provvede a rettificare il richiamo all'articolo 110 che dovrebbe essere ora al comma 6, anziché 5.

Non è dato comprendere inoltre il motivo per cui nel comma 4 del nuovo art. 110 del d.lgs. 50/2016 si sostituisca “*la domanda di cui all'art. 40*” del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, prevista con la riforma del d.lgs. 14/2019 (in sostanza la domanda di accesso a una delle procedure ivi previste), con “*la domanda di cui all'art. 161, sesto comma*” dell'attuale legge fallimentare (ossia la domanda di concordato c.d. in bianco, presentata in assenza di proposta, piano e documentazione a corredo). Si crede infatti che il riferimento primario debba essere, perlomeno, alla domanda di cui all'art. 161 della legge fallimentare *tout court* considerata (come del resto si legge nel nuovo quarto comma dell'art. 186-*bis* della legge fallimentare), semmai presentata *anche* ai sensi del sesto comma del medesimo articolo.

Si è poi scelto (consapevolmente o meno) di non modificare il terzo comma dell'art. 186-*bis* della legge fallimentare, come invece sarebbe stato possibile aspettarsi alla luce dei primi due commi dell'art. 95 del d.lgs. 14/2019. Pertanto, mentre quest'ultimo prevede la non risoluzione del contratto pubblico in corso “*per effetto della domanda di concordato*” preventivo, l'art. 186-*bis*, *in parte qua* non ritoccato, continua a prevedere la non risoluzione del contratto pubblico in corso “*per effetto dell'apertura della procedura*” di concordato preventivo, lasciando dunque non normata la fattispecie del contratto pubblico pendente alla data di presentazione della domanda di concordato, vista la soppressione – operata dal decreto – della previsione contenuta nel comma 4 dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale l'impresa che ha presentato domanda di concordato c.d. in bianco può eseguire i contratti già stipulati su autorizzazione del giudice delegato.

Parimenti non si è voluto introdurre la precisazione secondo la quale della continuazione del contratto pubblico pendente può beneficiare (come anche oggi previsto) pure la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di singoli rami cui il contratto sia trasferito purché – però, secondo quanto introdotto dal d.lgs. 14/2019 (ed ecco la precisazione mancata) – “*in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto*”.

Ancora, pur avendo inserito il richiamo al nuovo art. 110, comma 3, del d.lgs. 50/2016 nell'art. 104 della Legge fallimentare (come previsto anche dal corrispondente art. 211 del d.lgs. 14/2019), si è omessa, nel medesimo art. 104, l'aggiunta di un nuovo comma (invece inserito nel predetto art. 211), ove in sostanza si va ad esplicitare ciò che è desumibile dall'intervento operato proprio al comma 3 dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016. Intervento – si diceva – operato dal d.lgs. 14/2019 e fatto proprio nel decreto di cui si parla, tale per cui “*il curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa non può partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto*”.

Da ultimo, già si è osservato che le modifiche sopra illustrate avranno un'efficacia limitata nel tempo, essendo destinate a venir meno con l'entrata in vigore del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Ora, tale regola di vigenza è esplicitata solo con riguardo alla riformulazione dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016, dandosi (comprensibilmente) per implicito che la stessa vale (*a fortiori*) per i correttivi introdotti nella legge fallimentare – data la sua abrogazione con l'avvento della nuova disciplina sulla crisi e sull'insolvenza –. Non è però il termine finale di efficacia che sarebbe stato meglio precisare anche con riguardo alle modifiche apportate alla normativa concorsuale, quanto piuttosto quello iniziale – non foss'altro per l'espreso richiamo (introdotto dal decreto di cui trattasi) – operato da quest'ultima all'art. 110 predetto. Per cui, coerentemente, è da ritenersi che tutte le modifiche che si sono qui illustrate “*si applicano alle procedure in cui il bando o l'avviso con cui si indice la gara è pubblicato nel periodo temporale compreso tra la data di entrata in vigore del presente decreto [i.e. 19 aprile 2019] e la data dell'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 [i.e. 15 agosto 2020], nonché, per i contratti non preceduti dalla*

pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui gli inviti a presentare le offerte sono stati inviati nel corso del medesimo periodo temporale” (così come previsto dal comma 2, art. 2 del decreto).

Le conclusioni sono rimesse al lettore.

### **Affidamento di contratti pubblici e procedure concorsuali alla luce del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e delle modifiche previste dal decreto "sblocca cantieri"**

Dopo aver illustrato, le novità in materia di affidamento di contratti pubblici e procedure concorsuali introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 14/2019, in vigore dal 15 agosto 2020), merita ora soffermarsi sulle previsioni del quadro normativo che si va a delineare, non solo in prospettiva *de iure condendo* – per l'attuazione della disegnata "Delega al Governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici", che dovrà necessariamente raccordarsi con quanto previsto dalla nuova disciplina concorsuale, ma perché dette previsioni sono state in parte recepite dal decreto "sblocca cantieri" (d.l. 32/2019, in vigore dal 19 aprile 2019). Proprio l'intervento del d.l. 32/2019, nelle more dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, imprime quindi di maggiore attualità il commento proposto nel presente lavoro, proiettato temporalmente non più solo alla vigenza del d.lgs. 14/2019.

#### **Primo commento e confronto con la disciplina vigente**

Ai fini del presente lavoro, si è scelto di focalizzare l'attenzione sulla **disciplina relativa ai casi in cui l'OE in stato di crisi o di insolvenza, di fatto o giudizialmente dichiarato, si trovi ad essere concorrente alla gara per l'affidamento di contratto pubblico d'appalto o già aggiudicatario ovvero affidatario dello stesso**. Poiché la disciplina è differente a seconda che l'OE versi in liquidazione giudiziale (oggi fallimento) o concordato preventivo, di seguito viene proposta una trattazione distinta della disciplina in questione, così come prevista dal nuovo quadro normativo, a confronto con quello attualmente in vigore.

#### **Liquidazione giudiziale<sup>(1)</sup>**

Come ormai noto, la liquidazione giudiziale andrà a sostituire l'odierno fallimento, ricalcandone i medesimi presupposti<sup>(2)</sup>. Per quel che qui rileva, basti in premessa osservare che anche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si ripete, alle stesse condizioni attuali, la possibilità di continuare l'esercizio dell'attività su autorizzazione giudiziale<sup>(3)</sup>.

Si tenta ora di illustrare le implicazioni della procedura concorsuale in commento sull'affidamento dei contratti pubblici, sia in fase di gara che in fase esecutiva.

#### **Incidenza sulla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici**

È stata **totalmente eliminata la possibilità per l'OE di partecipare alla gara o di essere affidatario di appalto**, qualora l'OE in questione:

- a) sia sottoposto a liquidazione giudiziale (oggi fallimento), **anche in caso di autorizzazione all'esercizio dell'impresa** (che invece, attualmente, vale come eccezione alla regola);
- b) sia in corso nei suoi confronti un procedimento

(1) Si noti che la medesima disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici per l'ipotesi in cui l'OE sia sottoposto a liquidazione giudiziale (oggi fallimento) trova applicazione anche nel caso di liquidazione coatta amministrativa.

(2) V. l'art. 121 del d.lgs. 14/2019, che assoggetta alla procedura in questione gli imprenditori commerciali in stato di insolvenza, con attivo patrimoniale, ricavi e ammontare di debiti, anche non scaduti, superiori alle soglie previste dall'art. 2, comma 1, lett. d). I presupposti soggettivi ed oggettivi sono dunque identici a quelli oggi dettati dall'art. 1 della Legge fallimentare.

(3) V. l'art. 211 del d.lgs. 14/2019, ai sensi del quale, parimenti a quanto previsto dall'art. 104 della Legge fallimentare vigente, con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, il tribunale può autorizzare il curatore a proseguire l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami d'azienda, qualora dall'interruzione derivi un grave danno e purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori (comma 2); successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami d'azienda, fissandone la durata (comma 3); in ogni caso, il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio in qualsiasi momento, laddove ne ravvisi l'opportunità.

per la dichiarazione di liquidazione giudiziale (oggi fallimento)<sup>(4)</sup>.

La preclusione si evince:

- i) dall'art. 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. 50/2016, che contempla – senza essere *in parte qua* riformato – le suddette ipotesi quali motivi di esclusione dell'OE dalla partecipazione alla procedura d'appalto;
- ii) dalla soppressione della lett. a) dell'art. 110, comma 3, del medesimo decreto, che invece prima dell'intervento del decreto "sblocca cantieri" ammette(va) la possibilità per il curatore fallimentare, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, di partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti ovvero di essere affidatario di subappalto;
- iii) dall'art. 211, comma 10, del d.lgs. 14/2019 che nega espressamente al curatore della procedura di liquidazione giudiziale, ancorché autorizzato all'esercizio dell'impresa, la possibilità di partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti ovvero di essere affidatario di subappalto.

Pertanto, l'OE, a carico del quale sia già stata aperta una procedura di liquidazione giudiziale ovvero sia in corso un procedimento per la relativa dichiarazione di apertura, non può, in nessun caso, partecipare alla

gara pubblica di appalto. Fino ad oggi invece – o meglio fino all'entrata in vigore del decreto "sblocca cantieri" – come sopra ricordato a mente dell'art. 110, comma 3, lett. a) del d.lgs. 50/2016, il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, ha potuto partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto.

“ L'OE, a carico del quale sia già stata aperta una procedura di liquidazione giudiziale ovvero sia in corso un procedimento per la relativa dichiarazione di apertura, non può, partecipare alla gara pubblica di appalto ”

### Incidenza sui contratti pubblici in corso

La sorte dei contratti pubblici pendenti, ovverosia ancora o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data di apertura della liquidazione giudiziale a carico dell'OE<sup>(5)</sup>, è diversa a seconda che sia stato o meno autorizzato l'esercizio dell'impresa e nel caso – chiaramente sovrapponibile al primo – in cui l'OE partecipi a un raggruppamento temporaneo in qualità di mandante o di mandatario.

a) **In caso di autorizzazione all'esercizio dell'impresa.** Viene confermata la specialità dei contratti pubblici pendenti, sottratti alla regola generalizzata della prosecuzione, salvo diversa e autonoma determinazione del curatore. L'art. 211, comma 8, del d.lgs. 14/2019 richiama infatti espressamente l'art. 110, comma 3, del d.lgs. 50/2016, il quale, anche nella sua nuova formulazione, ribadisce la **possibilità per il curatore** (oggi del fallimento, domani) **della liquidazione giudiziale di eseguire i contratti già stipulati dall'impresa ancora in esercizio**, all'unica (riconfermata) condizione che l'esecuzione del contratto in corso venga autorizzata dal giudice delegato. Nulla pertanto muterebbe rispetto alla disciplina ad oggi in vigore.

b) **In assenza di autorizzazione all'esercizio dell'impresa.**

(4) V. TAR Lazio, Roma, 6 febbraio 2017, n. 1971, il quale precisa che la procedura per la dichiarazione di fallimento di una società deve essere considerata "in corso" ove sia stato adottato il decreto di fissazione dell'udienza e quest'ultimo sia stato notificato alla medesima società, così da determinarne la *vocatio in jus*. Con tale pronuncia il TAR in questione provvede dunque a rettificare – in senso corretto – il proprio precedente, secondo il quale ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto delle imprese nei cui riguardi sia "in corso" un procedimento per la dichiarazione di fallimento, non è sufficiente la presentazione della mera istanza di fallimento (che potrebbe essere proposta strumentalmente e, comunque, potrebbe essere infondata), essendo invece necessario almeno un provvedimento istruttorio del giudice fallimentare che accerti oggettivamente lo stato d'insolvenza dell'impresa: TAR Lazio, Roma, 28 novembre 2016, n. 11869.

(5) Per la definizione generale di "rapporti pendenti" si veda l'art. 172, comma 1, del d.lgs. 14/2019 che ricalca *mutatis mutandis* l'attuale art. 72, comma 1, della Legge fallimentare vigente.

A seguito dell'apertura della liquidazione giudiziale a carico dell'OE, **il contratto stipulato con la pubblica amministrazione si scioglie**. L'art. 172 del d.lgs. 14/2019, contenente la disciplina dei contratti pendenti in caso di liquidazione giudiziale, riconosce infatti all'ultimo comma (al pari dell'art. 81, comma 2, della legge fallimentare vigente) la specialità – si può dire al quadrato – dei contratti di appalti pubblici, che vale a sottrarli non solo alla regola generale prevista dal relativo comma 1, ma altresì alla previsione di cui al nuovo art. 186 (che replica il summenzionato art. 81 attuale), specificatamente riguardante il contratto di appalto (tra privati) in corso<sup>(6)</sup>. sottrazione che opera chiaramente a favore della normativa dettata dal d.lgs. 50/2016. Di questo, in particolare, trova applicazione il primo comma dell'art. 110, dal cui *incipit* di nuovo conio – ove si fa salvo quanto previsto per il caso (oggi di fallimento, domani) di liquidazione giudiziale con esercizio dell'impresa – si desume che in caso di liquidazione senza esercizio, il contratto pubblico pendente non può proseguire. Pertanto, **la stazione appaltante provvede**, come atto dovuto scevro di ogni discrezionalità<sup>(7)</sup>, **a interpellare il secondo graduato** – ed eventualmente, in progressione, gli ulteriori soggetti partecipanti all'originaria procedura di gara – **al precipuo fine di stipulare un nuovo contratto di affidamento alle medesime condizioni già proposte dall'aggiudicatario poi sottoposto a liquidazione giudiziale**<sup>(8)</sup>. Anche in tal caso, dunque, nulla muterebbe rispetto alla disciplina ad oggi in vigore.

Per la verità, nonostante le previsioni sopra richiama-

te – sia quelle ad oggi in vigore, che quelle di nuovo conio – non ne facciamo alcun cenno, residuerrebbe una possibilità affinché, pure nel caso *de quo*, l'esecuzione del contratto pubblico già stipulato prosegua. Detta possibilità, infatti, si rinviene nel vigente art. 106, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016, il quale ha inteso agevolare la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici già stipulati<sup>(9)</sup>, consentendo, al ricorrere di determinati presupposti, una modifica contrattuale ai fini della sostituzione del contraente appaltatore al quale la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto. In particolare, *sub n. 2*), si ammette espressamente la **possibilità di modifica del contratto in corso qualora all'aggiudicatario iniziale succeda *inter alia* per contratto, anche a seguito di insolvenza, un altro operatore 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 dei contratti pubblici. Detta previsione, contemplando in sostanza una speciale ipotesi di variante soggettiva, pur non venendo – a torto – richiamata, è da ritenersi qui perfettamente applicabile. E cioè proprio qualora, nel corso dell'esecuzione di un contratto di appalto<sup>(10)</sup>, venga aperta, a carico dell'OE affidatario, una procedura (oggi) di fallimento ovvero (domani) di liquidazione giudiziale, basata sull'accertamento giudiziale dello stato (appunto) di insolvenza in cui versa l'OE medesimo<sup>(11)</sup>. Sarebbe pertanto auspicabile che l'applicazione della norma in commento venisse espressamente fatta salva, non solo dalla disciplina concorsuale, ma altresì dall'art. 110 del-

(6) V. TAR Lazio, Roma, 27 giugno 2016, n. 7391, secondo cui il sopraggiungere del fallimento della società aggiudicataria comporta l'automatico scioglimento del contratto, in quanto viene a mancare la legittimazione a contrarre. V. altresì TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 3 luglio 2018, n. 284, che estende l'applicabilità dell'art. 81 della Legge fallimentare anche ai contratti di concessione stipulati da società pubbliche fallite.

(7) Lo conferma: Cons. Stato, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 76.

(8) TAR, Lazio, Roma, 27 giugno 2016, n. 7391 precisa che, una volta accertata la legittimità dello scioglimento del contratto di appalto in conseguenza della dichiarazione di fallimento dell'aggiudicatario, non è più possibile disporre l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con la nuova aggiudicatario e la riacquisizione del contratto da parte della prima ritornata *in bonis*, e neanche accordare a quest'ultima il risarcimento dei danni per equivalente.

(9) E cioè, nel segno di una maggiore flessibilità della regolamentazione della continuità aziendale, come osservato dalla giurisprudenza: Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2016, n. 4918.

(10) V. però: ANAC, Delibera 15 marzo 2017, n. 244, ove si richiama una giurisprudenza che, sotto il regime normativo previgente, aveva ritenuto che le vicende contemplate quali presupposti per l'operare della variante soggettiva in questione, pur riferite alla fase esecutiva del contratto, sono da ritenersi "*estensibili anche alla fase dell'aggiudicazione dell'appalto*" e, dunque, nelle more tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

(11) Sarà il curatore della procedura concorsuale a dar conto, nel proprio programma di liquidazione, della cessione del contratto d'appalto, tramite cui si realizza la successione nel rapporto negoziale con l'amministrazione appaltante.

lo stesso d.lgs. 50/2016 cui appartiene. Dato comunque che la sua operatività è qui fuor di dubbio, deve in conclusione ritenersi che, a seguito dell'apertura (oggi) del fallimento ovvero (domani) della liquidazione giudiziale a carico dell'OE, il contratto stipulato con la pubblica amministrazione si scioglie e la stazione appaltante provvede, mediante previo interpello, a stipulare un nuovo contratto di affidamento, a meno che all'aggiudicatario iniziale (poi entrato in fallimento ovvero in liquidazione giudiziale) succeda – in virtù di un contratto di cessione stipulato dal curatore – un altro operatore economico adeguatamente qualificato.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, innovando la disciplina vigente, ha invece colmato, con regolazione puntuale, l'attuale lacuna normativa riferita alla sorte dei contratti stipulati con le pubbliche amministrazioni in corso alla data di presentazione della domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza ai sensi dell'art. 40 dello stesso

Codice. In particolare, l'art. 110, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, così come riformulato dal d.lgs. 14/2019, con riguardo a qualunque tipo di procedura accessibile ai sensi dello stesso d.lgs. 14/2019, richiama di quest'ultimo l'applicazione dell'art. 95, specificatamente dettato in tema di concordato preventivo, il quale al comma 1 prescrive, sanzionando con l'inefficacia eventuali patti contrari, che i **contratti pubblici pendenti non si risolvono per effetto del deposito della domanda di accesso alla procedura**, ma possono continuare al ricorrere di determinate condizioni<sup>(12)</sup>. Nonostante il Codice dei contratti pubblici richiami *in parte qua* l'art. 95 nel suo complesso, deve escludersi una sua applicazione integrale nell'ipotesi di liquidazione giudiziale. In tal caso, infatti, la conclusione cui deve giungersi, alla luce del menzionato richiamo e della disciplina

correttamente considerata nel suo insieme, è nel senso che **il contratto stipulato con la pubblica amministrazione ancora in corso alla data di presentazione della domanda di accesso alla liquidazione giudiziale non si risolve – né di diritto, né per volontà delle parti, essendo inefficaci eventuali clausole contrattuali in tal senso risolutive – fintantoché non intervenga**

**l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale**, a seguito della quale, come già sopra esplicitato, la stazione appaltante, se non è disposto l'esercizio dell'impresa con autorizzazione da parte del giudice delegato al proseguo del contratto pubblico in corso, è tenuta a provvedere alla stipula di un nuovo contratto ai sensi del primo comma dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016<sup>(13)</sup> (salvo il caso di variante soggettiva).

Sulla scorta del quadro così delineato, si deve ora considerare l'ipotesi in cui l'OE, a carico del quale sia stata aperta una procedura di liquidazione giudiziale ovvero sia in corso un procedimento per la dichiarazione di essa (a seguito della presentazione

della relativa domanda di accesso), **faccia parte di un raggruppamento temporaneo risultato aggiudicatario all'esito di una procedura di affidamento di contratto pubblico che risulti allo stato pendente.**

“ Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha colmato, con regolazione puntuale, l'attuale lacuna normativa riferita alla sorte dei contratti stipulati con le p.a. in corso alla data di presentazione della domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza ”

(13) Detta conclusione dovrebbe servire allora anche oggi per indicare quale sia l'interpretazione da preferire per risolvere la lacuna, sopra evidenziata, lasciata dal legislatore. Dubbi infatti, a favore di una soluzione contraria, potrebbero sorgere in virtù della previsione che espressamente esclude dalla partecipazione alla pubblica gara l'OE a carico del quale sia (anche solo) in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento. Resta invece fermo, in base alla nuova disciplina, che l'attivazione della procedura di allerta, nonché la presentazione da parte dell'OE (debitore) dell'istanza di composizione della crisi non impediscono la prosecuzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, non già in virtù del richiamo operato dall'art. 110, comma 4 riformato, del d.lgs. 50/2016 all'art. 95 del d.lgs. 14/2019, bensì in base a quanto espressamente e in tal senso previsto dall'art. 12, comma 3, di quest'ultimo decreto.

(12) V. *infra* in tema di concordato preventivo.

**a) Nel caso di liquidazione giudiziale già aperta.**

Trovano applicazione i commi 17 e 18 dell'art. 48 del d.lgs. 50/2016, incisi dalle modifiche introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza solo per aspetti formali, quali la sostituzione del termine "fallimento" con quello omologo di "liquidazione giudiziale", e la rettifica del richiamo all'art. 110, "comma 6", anziché "comma 5", del d.lgs. 50/2016. Nulla pertanto cambia rispetto al quadro normativo vigente. Dunque:

**i) Se la liquidazione giudiziale è a carico del mandatario (comma 17): il contratto pendente non si scioglie qualora venga costituito mandatario un altro operatore economico in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o ai servizi o alle forniture ancora da eseguire.** In tal caso, quindi, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto. **Diversamente**, non sussistendo le condizioni prescritte, **la stazione appaltante deve recedere dal contratto.**

**ii) Se la liquidazione giudiziale è a carico del mandante (comma 18): il contratto pendente non si scioglie in quanto il mandatario è per legge tenuto all'esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o ai servizi o alle forniture ancora da eseguire.** In alternativa, il mandatario può indicare altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità.

In sostanza, si realizzano delle peculiari ipotesi di variante soggettiva, alla stregua di quanto previsto, in via generale, dal sopra citato art. 106, comma 1, lett. d), n. 2) del d.lgs. 50/2016<sup>(14)</sup>.

Si badi inoltre come in entrambe le fattispecie individuate, il legislatore non contempli l'ipotesi di autorizzazione all'esercizio dell'impresa (oggi in fallimento, domani) in liquidazione giudiziale. Pertanto, coerentemente con quanto sopra delineato proprio per il caso in cui venga disposto l'esercizio dell'impresa,

(14) Il rapporto si ritiene essere di *species a genus*. V. peraltro TAR Lombardia, Milano, 7 maggio 2018, n. 1224, il quale precisa che va ammesso alla stipula del contratto un raggruppamento temporaneo di imprese che abbia espulso dallo stesso una delle mandanti, a causa della dichiarazione di fallimento, **senza darsi luogo alla sua sostituzione**, ma solo alla sua esclusione, non incidendo detta modifica sul possesso dei requisiti soggettivi in capo al raggruppamento stesso.

deve ritenersi che, **qualora a carico di un componente del raggruppamento temporaneo, mandatario o mandante, sia aperta una procedura di liquidazione giudiziale con esercizio dell'impresa, il contratto in corso prosegue con la parte originaria previa autorizzazione del giudice delegato.** In caso contrario, trovano applicazione le previsioni dei summenzionati commi 17 e 18 dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici. De iure condendo sarebbe opportuna un'esplicitazione normativa in tal senso.

**b) Nel caso sia in corso un procedimento per la dichiarazione di liquidazione giudiziale.**

Come sopra illustrato, le modifiche soggettive contemplate dai commi 17 e 18 dell'art. 48 del d.lgs. 50/2016, anche nel testo modificato dal d.lgs. 14/2019, si riferiscono esclusivamente all'ipotesi di liquidazione giudiziale già aperta. Diversamente, nelle more tra il deposito della domanda di accesso alla procedura e la data di apertura della stessa, in pendenza del procedimento per la dichiarazione di liquidazione giudiziale, **il contratto pubblico pendente prosegue tal quale**, giusto il richiamo operato dall'art. 110, comma 4 riformato, del d.lgs. 50/2016 all'art. 95 del d.lgs. 14/2019, **senza necessità** per disposizioni di legge, né possibilità per volontà di parte<sup>(15)</sup>, **di operare alcuna modifica soggettiva al rapporto contrattuale in corso**<sup>(16)</sup>. Attualmente,

(15) Non si crede infatti applicabile al caso di specie la previsione di cui al comma 19 dell'art. 48 del d.lgs. 50/2016, il quale ammette il recesso di una o più imprese raggruppate *esclusivamente* per esigenze organizzative del raggruppamento, dalle quali esula, evidentemente, la pendenza del procedimento per la dichiarazione di liquidazione giudiziale. È invece da richiamare l'ultimo inciso del primo comma dell'art. 95 del d.lgs. 14/2019, fatto proprio dall'art. 110, comma 4 riformato, del Codice dei contratti pubblici che, come già rilevato, sanziona con l'inefficacia eventuali patti contrari alla prosecuzione di diritto del contratto stipulato con la pubblica amministrazione in corso di esecuzione alla data del deposito della domanda di accesso alla procedura.

(16) Attualmente l'ipotesi, come già rilevato con riguardo al caso dell'OE singolo (v. *supra*, nota 13), risulta non normata. Potrebbe comunque ritenersi anche qui operante la variante soggettiva ex art. 106, comma 1, lett. d), n. 2) del d.lgs. 50/2016, ancorché l'insolvenza dell'OE in RTI non sia stata ancora giudizialmente dichiarata, essendo il procedimento per l'apertura di fallimento ancora in corso. V. *infra* quanto altresì affermato con riguardo allo stato di crisi dell'OE in concordato preventivo o istante per il relativo accesso.

invece, l'ipotesi risulta non normata, anche a seguito dell'intervento del decreto "sblocca cantieri", il quale, riformulando il comma 4 del predetto articolo 110, pur alla stregua di quanto dettato dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ne limita l'applicazione al caso di concordato preventivo.

Un'ultima annotazione. Il comma finale dell'art. 48, il 19-ter, introdotto con il correttivo al Codice dei contratti pubblici del 2017, stabilisce che le previsioni di cui ai commi 17 e 18 trovano applicazione anche laddove gli eventi ivi contemplati – tra cui l'apertura di una procedura concorsuale – si verificano **in fase di gara**<sup>(17)</sup>. Ora, coordinando tale disposizione con quan-

to dedotto in merito all'incidenza della liquidazione giudiziale sulla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, è possibile concludere che **sarà sempre inibito all'OE in raggruppamento temporaneo (costituito o costituendo), sia esso in qualità di mandatario o di mandante, partecipare alla gara o comunque essere affidatario di appalto (o subappalto), qualora sia sottoposto a liquidazione giudiziale, anche in caso di autorizzazione all'esercizio dell'impresa, ovvero sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di liquidazione giudiziale.** I commi 17 e 18 dell'art. 48 del d.lgs. 50/2016 si applicano quindi *de plano*, senza possibilità di eccezione alcuna (data l'espunzione espressa di quella relativa all'esercizio dell'impresa ai sensi del nuovo art. 211, comma 10, del d.lgs. 14/2019). È pertanto evidente la discrasia – creata con la modifica apportata dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – tra la fase di gara e la fase esecutiva. Solo infatti in quest'ultimo caso l'OE potrà mantenersi nella compagine del raggruppamento, qualora a suo carico sia in corso un procedimento per la dichiarazione di liquidazione giudiziale ovvero sia aperta la relativa procedura con esercizio provvisorio e autorizzazione del giudice delegato all'esecuzione del contratto in corso. Attualmente, invece, non è escluso dalla partecipazione alla gara l'OE, anche riunito in RTI, sottoposto a fallimento con esercizio provvisorio dell'impresa, per cui i suddetti commi 17 e 18 dell'art.

(17) Con riguardo alla disciplina previgente è invece stato affermato che le previsioni, secondo le quali in caso di fallimento la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto, presentano carattere derogatorio e, quindi, di stretta interpretazione e testualmente si applicano soltanto in fase di esecuzione del contratto (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017, n. 4300), non potendo dunque trovare applicazione nella precedente fase di gara (Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2015, n. 986). In particolare, tale conclusione veniva motivata osservando che nelle gare pubbliche l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti ed il divieto di modificare in corso di gara (o dopo l'aggiudicazione) la compagine soggettiva, risponde(va) all'esigenza di garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, consentendo ad esse una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti; verifica da non rendere vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere (Cons. Stato, sez. V, 28 agosto, 2017, n. 4086; Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2016, n. 1883). V. però anche: Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2017, n. 3507, che, pur convenendo circa la limitazione della portata oggettiva di tali disposizioni alla fase di esecuzione del contratto, ha tuttavia ritenuto che il principio di immodificabilità non preclude in via assoluta ogni modificazione nella composizione dei raggruppamenti, ma solo quelle modificazioni che risultino artatamente preordinate al fine di impedire un efficace controllo in ordine al possesso dei requisiti o comunque possano rendere di fatto inefficace tale verifica: non è dunque impedito il recesso di uno dei componenti del raggruppamento, a condizione che i rimanenti partecipanti siano titolari, da soli, dei requisiti di gara (nel caso di specie si lamentava l'omessa esclusione del raggruppamento aggiudicatario in ragione del sopravvenuto fallimento, nel corso della procedura di gara e prima della sua conclusione, di una delle società mandanti). Ha aderito a un'interpretazione maggiormente elastica, con riguardo alle corrispondenti previsioni contenute nel previgente d.lgs. 163/2006, anche: TAR Lazio, Latina, 9 dicembre 2015, n. 805, secondo cui le disposizioni in questione si riferiscono non solo alla fase successiva alla stipulazione del contratto, ma anche

a quella successiva all'aggiudicazione definitiva. In ogni caso, deve ribadirsi (anche oggi) l'obbligo – enucleato dalla stessa giurisprudenza – di generale e tempestiva comunicazione alla stazione appaltante delle vicende relative ai componenti del raggruppamento, affinché questa possa porre in essere tutte le valutazioni del caso e quindi determinarsi circa la sussistenza o meno delle condizioni per la permanenza del raggruppamento medesimo nella procedura di gara, ovvero, nel caso in cui l'appalto sia già stato affidato, circa l'opportunità di proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico, laddove risultassero venute meno le condizioni per l'esecuzione da parte dei membri superstiti del raggruppamento (v. Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017 n. 4086; Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2015, n. 986, cit.). V. altresì Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2428, secondo cui in caso di fallimento di una delle imprese mandanti, la mandataria ha l'onere di indicare alla stazione appaltante l'altro soggetto facente parte del raggruppamento che possa spendere il requisito di qualificazione necessario per partecipare alla gara, a pena di esclusione.

48 trovano oggi applicazione solo con riguardo al caso in cui a carico dell'OE partecipante alla gara in RTI sia aperta una procedura di fallimento senza esercizio.

### Concordato preventivo

Il d.lgs. 14/2019 ha eliminato la locuzione "con continuità aziendale", che invece vale attualmente a differenziare – anche in materia di contratti pubblici – la disciplina applicabile al concordato preventivo con, appunto, esercizio dell'impresa, rispetto a quello di tipo liquidatorio. Ciò però non vuol dire che, con l'intervento del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, la forma che tale procedura concorsuale può assumere si sia ridotta all'unità. Per contro, viene ribadito (*sub art. 84*) che con il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la "liquidazione del patrimonio" o la "continuità aziendale", potendo quest'ultima essere "diretta" (in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato) ovvero "indiretta" (qualora sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione). Parimenti confermato (*sub art. 94*, replicante l'art. 167 della Legge fallimentare vigente) è l'effetto dello spossessamento attenuato che si produce dalla data di presentazione della domanda di accesso al concordato e perdura fino all'omologazione dello stesso, per cui, qualunque sia il tipo di concordato preventivo in essere, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa (anche solo ai fini liquidatori), sotto la vigilanza del commissario giudiziale, dovendo richiedere l'autorizzazione del giudice delegato per il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, pena l'inefficacia degli stessi rispetto ai creditori anteriori. Pertanto, con la soppressione della locuzione predetta, ciò che è stato ridotto ad unità è la disciplina – qui s'intende relativa ai contratti pubblici – applicabile al concordato preventivo *tout court* considerato.

Tanto premesso, analogamente a quanto si è svolto con riguardo alla liquidazione giudiziale, si tenta di seguito di illustrare le implicazioni della procedura concorsuale in commento sull'affidamento dei contratti pubblici, sia in fase di gara che in fase esecutiva.

### Incidenza sulla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici

La regola generale impone l'esclusione dalla gara dell'operatore economico a carico del quale sia già stato aperto un concordato preventivo ovvero **penda il procedimento per la relativa dichiarazione di apertura**. L'art. 80, comma 5, lett. b) del Codice dei contratti pubblici equipara infatti il concordato preventivo – e a seguito del correttivo apportato dal **d.lgs. 14/2019** (fatto già proprio dal decreto "sblocca cantieri"), **anche quello con continuità aziendale** – alla liquidazione giudiziale (e coatta), sottoponendo alla medesima disciplina i casi di interferenza tra la procedura pubblica di appalto e quella concorsuale. La regola generale, precludente la partecipazione alla gara<sup>(18)</sup> (e il conseguente affidamento<sup>(19)</sup>), viene però stemperata da un'eccezione, non già – non più (come invece sino ad oggi) – in virtù della tipologia di concordato in questione (con continuità aziendale o liquidatorio<sup>(20)</sup>), ma al ricorrere delle condizioni

(18) V. TAR Lazio, Roma, 5 dicembre 2016, n. 12115, secondo cui non costituisce causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. 50/2016 (*ante* decreto "sblocca cantieri") la circostanza che un operatore economico abbia, in un primo momento omesso di rendere le dichiarazioni di cui alla precitata lett. b) e, successivamente in sede di soccorso istruttorio, abbia dichiarato di non essere in una situazione di concordato preventivo senza ulteriormente precisare di non essere neppure in una situazione di concordato preventivo con continuità aziendale.

(19) V. TAR Lazio, Roma, 25 febbraio 2019, n. 2547, secondo cui, qualora l'ammissione al concordato preventivo è stata chiesta successivamente all'aggiudicazione, l'aggiudicazione medesima sarebbe inidonea a produrre effetti legali, essendo incorsa l'aggiudicataria in una causa di decadenza. V. anche: Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3405, il quale precisa che l'ammissione alla procedura di concordato, ancorché intervenuta dopo l'aggiudicazione (nella fase di verifica dei requisiti, prodromica alla stipula del contratto), comporta il venir meno del requisito di carattere generale in capo all'aggiudicataria.

(20) V. Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2018, n. 2753; Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3405; Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6272, secondo cui la disposizione che commina l'esclusione per carenza del requisito di ordine generale (*i.e.* art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici *ante* decreto "sblocca cantieri") non opera in caso di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, quand'anche l'offerta sia stata presentata prima di avviare detta procedura.

previste dal combinato disposto di cui all'art. 95 (in particolare: commi 3, 4 e 5) del d.lgs. 14/2019 – ovvero all'articolo 186-*bis* della Legge fallimentare, in virtù dell'intervento operato dal decreto "sblocca cantieri" – e all'art. 110 (in particolare: commi 4, 5 e 6 riformati) del d.lgs. 50/2016. Articoli entrambi richiamati dallo stesso summenzionato art. 80, comma 5, lett. *b*), ultimo periodo. Dalla lettura integrata di tali disposizioni risulta pertanto quanto segue.

**a) In pendenza del procedimento per la dichiarazione di apertura del concordato preventivo** (dopo il deposito della domanda di accesso alla procedura e fino al deposito del decreto giudiziale di apertura della procedura stessa), per la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici occorre:

- i)* l'**avvalimento** dei requisiti – tutti – di un altro soggetto (art. 110, comma 4 riformato, d.lgs. 50/2016);
- ii)* il deposito di una **relazione del professionista** indipendente attestante la conformità – della partecipazione alla gara e del conseguente eventuale affidamento – al piano, ove già predisposto, nonché la ragionevole capacità di adempimento del contratto – in caso di aggiudicazione – (art. 95, comma 4, d.lgs. 14/2019);
- iii)* **autorizzazione del tribunale**<sup>(21)</sup>, previo parere – non vincolante – del commissario giudiziale, ove già nominato (art. 95, comma 3, d.lgs. 14/2019).

Rispetto dunque alla disciplina contenuta nell'art. 186-*bis* della Legge fallimentare vigente, la quale prevede soltanto che, successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affida-

mento di contratti pubblici debba essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato, provvedendo altrimenti, in mancanza di tale nomina, lo stesso tribunale<sup>(22)</sup>, vengono introdotte due ulteriori condizioni: avvalimento e relazione favorevole del professionista. Solo la prima (quella relativa all'avvalimento) viene recepita nell'o-

(22) A onor del vero, la giurisprudenza sembrerebbe richiedere già oggi l'assolvimento di quelle due ulteriori condizioni esplicitate con la riforma apportata dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. V. a riguardo Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2018, n. 5956, secondo cui la deroga all'esclusione dalle gare può operare condizionatamente alla tempestiva presentazione della relazione del professionista ed alla dichiarazione di avvalimento di idonea impresa ausiliaria, nonché subordinatamente alla specifica espressa autorizzazione del tribunale, previo il parere del commissario giudiziale, se nominato, che dovrebbe intervenire comunque prima dell'aggiudicazione definitiva (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344; Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101; Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6272). Per cui, coerentemente, si dovrebbe dedurre che l'OE, se intende chiedere autorizzazione per la partecipazione alla gara pubblica di appalto, non può depositare una mera domanda di **concordato c.d. "in bianco"**, ovvero sia con riserva di presentare (nel termine fissato dal giudice di centoventi giorni, ai quali si aggiunge un'ulteriore eventuale proroga di sessanta giorni per giustificati motivi, per un totale complessivo massimo di centottanta giorni decorrenti dal deposito della domanda), la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 186-*bis* della Legge fallimentare. In realtà, a parte questa pronuncia fuorviante, la giurisprudenza appare sul punto piuttosto consolidata in senso contrario. Si veda infatti, *in primis*: Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2018, n. 1772, affermando che il principio secondo il quale, nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, l'impresa conserva la facoltà di partecipare alle gare di affidamento dei pubblici contratti, vale anche nell'ipotesi in cui l'impresa abbia inizialmente proposto una domanda di ammissione in bianco. Nonché: TRGA Bolzano, 25 luglio 2018, n. 253, secondo cui l'impresa che abbia depositato domanda di concordato in bianco conserva la facoltà di partecipare alle gare di affidamento dei contratti pubblici, ovvero di rimanere parte dei procedimenti già in corso, fin tanto che sussiste la possibilità di accedere al concordato preventivo con continuità aziendale. Sulla stessa linea anche: TAR Puglia, Bari, 2 dicembre 2016, n. 1340, secondo cui, in caso di domanda di concordato preventivo in bianco, è consentita la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici come per le imprese che abbiano già ottenuto il decreto di ammissione al concordato con continuità aziendale, non venendo meno i requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 del d.lgs. 163/2006 (oggi art. 80 del d.lgs. 50/2016), trattandosi di due fattispecie sostanzialmente equiparabili.

(21) Dalla lettura del comma 4 dell'art. 95 del d.lgs. 14/2019 sembrerebbe che l'autorizzazione giudiziale possa intervenire *a priori*, senza poggiarsi sulla relazione del professionista, semplicemente subordinando la partecipazione alla gara al via libera del professionista medesimo. Testualmente, infatti, la norma recita: "L'autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione del professionista indipendente [...]". Di fatto, però, ad avviso di chi scrive, l'autorizzazione giudiziale interverrà dopo la risoluzione positiva del professionista, proprio perché sulla medesima fondata. Semmai altra questione è il margine di discrezionalità lasciato in capo al giudice per negare, eventualmente, l'autorizzazione, nonostante vi sia una relazione favorevole del professionista.

dierno quadro normativo, a seguito della modifica apportata dal decreto "sblocca cantieri" all'art. 110 del d.lgs. 50/2016.

**b) In costanza di concordato preventivo** (dopo il deposito del decreto giudiziale di apertura della

E ancora: TAR Lazio, Roma, 21 marzo 2016, n. 3421, secondo cui, 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 di pubblici contratti e tale principio vale anche nell'ipotesi in cui l'impresa abbia inizialmente proposto una domanda di ammissione in bianco, con riserva di presentare la proposta, il piano e la documentazione nei termini di legge. Tale giurisprudenza si pone perfettamente in linea con quanto esplicitato nella Determinazione ANAC 8 aprile 2015, n. 5 relativa agli "Effetti della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e ss.mm.ii. (c.d. concordato "in bianco") sulla disciplina degli appalti pubblici", ove si ammette espressamente la possibilità che le imprese siano autorizzate alla partecipazione alla gara, non solo in caso di presentazione della domanda di concordato preventivo con "continuità aziendale", ma anche in caso di presentazione della domanda di concordato "in bianco". In particolare, con riguardo a quest'ultima ipotesi, si chiarisce che sarà in ogni caso il giudice a valutare se autorizzare la suddetta partecipazione, sulla base dell'effetto prenotativo della domanda in ordine alla futura presentazione del piano e verificando che sussistano le condizioni per consentire intanto la partecipazione medesima. A parere di chi scrive, la stessa conclusione deve valere anche alla luce del nuovo quadro normativo, con l'avvertenza, però, che alla domanda di concordato pur presentata "in bianco", dovrà quanto meno accompagnarsi, ancorché non contestualmente, la relazione favorevole del professionista redatta *ad hoc* ai fini della partecipazione alla gara, ben potendo il piano concordatario non essere ancora stato predisposto. Se comunque l'approdo interpretativo cui si giunge, ad oggi, è nel senso che la domanda di concordato preventivo in bianco non impedisce la partecipazione alla gara, appare allora come un fulmine a ciel sereno la recentissima sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 28 marzo 2019, C-101/18, ove si dichiara che "l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente di escludere da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico un operatore economico che, alla data della decisione di esclusione, ha presentato un ricorso al fine di essere ammesso al concordato preventivo, riservandosi di presentare un piano che prevede la prosecuzione dell'attività".

procedura stessa e fino all'omologazione<sup>(23)</sup>), per la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici occorre:

- i) il deposito di una **relazione del professionista** indipendente attestante la conformità – della partecipazione alla gara e del conseguente eventuale affidamento – al piano, nonché la ragionevole capacità di adempimento del contratto – in caso di aggiudicazione – (art. 95, comma 4, d.lgs. 14/2019);
- ii) **autorizzazione del giudice delegato**<sup>(24)</sup>, previo

La sorpresa, si diceva, scaturisce dal fatto che la normativa nazionale in questione è proprio quella italiana (*sic!*). In realtà – come si crede di aver dato conto nella disamina che precede – l'esclusione dalla gara dell'OE che ha presentato domanda di concordato in bianco non è prescritta dalla nostra legge, né quella previgente (art. 38, comma 1, lett. a) del d.lgs. 163/2006, di attuazione dell'art. 4, par. 2, comma 1, lett. b) della richiamata direttiva 2004/18/CE), né quella attualmente in vigore (art. 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. 50/2016, in cui si è sostanzialmente trasfuso – prima dell'intervento operato dal decreto "sblocca cantieri" – il vecchio art. 38, comma 1, lett. a), nonostante sia di attuazione dell'art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE che, a dispetto del vecchio art. 4, par. 2, comma 1, lett. b), non fa più menzione del procedimento "in corso" per la dichiarazione di concordato), né quella di prossima applicazione (in virtù di quanto apportato dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza). La predetta esclusione è, semmai, frutto di un indirizzo giurisprudenziale indiscutibilmente minoritario. Pertanto, della citata sentenza della Corte di giustizia, si può (*rectius*, di dovrebbe) far tesoro solo dell'*obiter dictum* con cui si riconosce conforme al diritto dell'Unione tanto la scelta del legislatore nazionale di escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico un OE che ha presentato domanda di concordato in bianco, quanto quella di non escluderlo. Inciso che potrà dunque assumere rilievo, in prospettiva *de iure condendo*, qualora si opti per un cambio di rotta – comunque difficile da credere – rispetto a quanto si è andato attualmente a delinearsi.

(23) Chiarisce che gli obblighi documentali, al cui adempimento è condizionata la possibilità di partecipazione alla gara (presentazione della relazione di un professionista e dichiarazione di avvalimento dell'impresa ausiliaria), vengono definitivamente superati con il decreto di omologazione: Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 2235. V. anche TAR Trentino-Alto Adige, Trento, 24 maggio 2017, n. 179, il quale chiarisce altresì che con l'omologazione del concordato preventivo, la società concordataria torna *in bonis* e l'aggiudicazione a suo favore non è più subordinata all'autorizzazione del giudice delegato. V. *infra*, nel testo.

(24) Valgono le medesime considerazioni svolte *supra* nella nota 21. Evidentemente, qui, la relazione del professionista andrà ad integrare/modificare quella presentata in sede di accesso alla procedura.

parere – non vincolante – del commissario giudiziale (art. 95, comma 3, d.lgs. 14/2019)<sup>(25)</sup>;

- iii) eventualmente, cioè **solo se l'impresa concorrente non è in possesso dei c.d. "requisiti aggiuntivi"** che l'ANAC dovrà individuare con apposite linee guida, l'**avvalimento** di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, con dichiarazione di impegno da parte dell'ausiliario, nei confronti sia dell'impresa concorrente in concordato che della stazione appaltante, a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa, nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione allo stesso (art. 110, comma 6 riformato, d.lgs. 50/2016).

Dunque, rispetto al caso in cui il concordato preventivo non sia stato ancora aperto (ma penda il procedimento per la relativa dichiarazione di apertura), in costanza di concordato, con l'avvento del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, l'impresa concorrente per una gara di appalto non necessita (più) di avvalimento di requisiti di altro soggetto (così testualmente dispone

l'art. 110, comma 5 riformato, del d.lgs. 50/2016, con previsione già in vigore in virtù del decreto "sblocca cantieri"), salvo che, non soddisfacendo determinati parametri che l'ANAC avrà cura di individuare, debba far ricorso ad un avvalimento "a tutto tondo" che vada a coprire ogni requisito richiesto dal disciplinare di gara, al pari dell'impresa concorrente non ancora ammessa a concordato. Anche il comma 4 dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016 (*ante* decreto "sblocca cantieri") esclude(va) espressamente l'avvalimento, ma solo con riguardo all'ipotesi di concordato con continuità aziendale. Con la riforma viene invece operato un generico riferimento alla procedura concorsuale di concordato, per cui le medesime previsioni varranno anche con riguardo all'ipotesi di concordato liquidatorio, che evidentemente prevede l'esercizio dell'impresa ai fini di una migliore liquidazione del patrimonio. Diversamente, infatti, dette previsioni non si giustificerebbero.

Con la riforma si tende inoltre a far chiarezza, allineando la disciplina concorsuale a quella relativa ai contratti pubblici, attualmente discordanti in punto di avvalimento. In particolare, ai sensi dell'art. 186-bis della Legge fallimentare vigente, l'ammissione a concordato preventivo con continuità aziendale non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenti in gara, oltre alla relazione del professionista attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto, 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, con cui quest'ultimo si impegna nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, o comunque non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Nell'imporre quest'ultima condizione, la norma in commento richiama, anacronisticamente, l'applicazione dell'art. 49 del vecchio Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 163/2006, che disciplinava appunto l'istituto dell'avvalimento. Istituto però messo fuori gioco dall'art. 110, comma 4 (ora comma 5 *post* decreto "sblocca cantieri"), del d.lgs. 50/2016: ecco l'incongruenza. Ora, però, se è vero

(25) La normativa vigente, ai fini della partecipazione alla gara, non prevede espressamente, in costanza di concordato, l'autorizzazione giudiziale. Cionondimeno il Consiglio di Stato ha recentemente chiarito che detta autorizzazione resta necessaria, dato che una diversa tesi, che escluda successivamente all'ammissione al concordato ogni ulteriore intervento degli organi della procedura (per aver l'impresa riacquisito la piena capacità di agire, accennata in un *obiter dictum* da Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225) porterebbe a svuotare di ogni significato l'art. 110, comma 3, del d.lgs. 50/2016, ove letto in rapporto con le disposizioni contenute nella Legge fallimentare. Tale autorizzazione, dunque, può essere data dal giudice delegato o dallo stesso tribunale, anche con il decreto di omologazione, poiché il legislatore pone un termine iniziale per la sua adozione ("*Successivamente al deposito del ricorso*"), ma non un momento finale: Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69. La pronuncia si segnala anche per aver precisato che le disposizioni (qui in commento) dettate per l'operatore economico concorrente all'affidamento della commessa pubblica trovano applicazione anche nei confronti dell'ausiliaria che, per il contratto di avvalimento, mette a disposizione requisiti di partecipazione dei quali il concorrente sia carente.

che tale richiamo non ha più ragion d'essere, alla luce dell'ultima norma citata, che come visto esclude espressamente (oggi come ieri) il tradizionale avvalimento, è altrettanto vero che, ancora in assenza delle linee guida dell'ANAC sui cc.dd. "requisiti aggiuntivi" delimitanti il campo d'operatività dello speciale avvalimento previsto dal comma 5 (ora comma 6 *post decreto sblocca cantieri*) del suddetto art. 110 vigente, potrebbe desumersi che oggi, ai fini della partecipazione alla gara, sia sempre necessaria la dichiarazione dell'ausiliario richiesta dall'art. 186-*bis* della Legge fallimentare<sup>(26)</sup>. Da notarsi infine come quest'ultima disposizione citata ometta (o meglio ometteva, prima della modifica operata al comma 4 dal decreto "sblocca cantieri") qualsiasi riferimento all'autorizzazione giudiziale (nella specie, del giudice delegato), come invece espressamente prescrive in sede di procedimento ante-ammissione. Detta autorizzazione, come visto, viene invece introdotta – o perlomeno esplicitata – con la riforma.

Un'ultima annotazione concerne il **caso in cui l'OE**, del cui concordato si discute, **partecipi alla gara in raggruppamento temporaneo (costituito o costituendo)**. A riguardo valgono le medesime osservazioni sopra espresse per l'ipotesi in cui l'OE concorra in gara come singolo. Pertanto, nel nuovo quadro normativo, ribadita la **regola generale precludente la partecipazione alla procedura di affidamento dell'impresa a carico della quale sia già stato aperto un concordato preventivo ovvero penda il procedimento per la relativa dichiarazione di apertura** (art. 80, comma 5, lett. *b*) riformata del d.lgs. 50/2016), si conferma altresì l'**eccezione alla regola**, che trova spazio, al ricorrere delle condizioni previste (art. 95, commi 3 e 4, del d.lgs. 14/2019), tanto **in pendenza del procedimento per la dichiarazione di apertura del concordato preventivo** (dopo il deposito della domanda di accesso alla procedura e fino al deposito del decreto giudiziale di apertura della procedura

(26) Sul punto v. anche: TAR Lombardia, Brescia, 20 gennaio 2016, n. 92, chiamato a pronunciarsi su un caso in cui l'OE veniva assoggettato a concordato nelle more della procedura di gara, ovvero dopo la domanda di partecipazione e prima dell'aggiudicazione definitiva. Caso in cui il collegio ha ammesso, così come già ritenuto in sede cautelare, di estendere la regola della partecipazione, ferme le garanzie previste al comma 5 dell'art. 186-*bis* della Legge fallimentare, con la precisazione che la dichiarazione di impegno può provenire anche da un membro del raggruppamento temporaneo.

stessa), quanto **in costanza di concordato preventivo** (dopo il deposito del decreto giudiziale di apertura della procedura stessa e fino all'omologazione), con l'unica differenza che solo nel primo caso è sempre indefettibilmente necessario l'avvalimento di tutti i requisiti da parte di un altro soggetto (che nell'ipotesi in commento potrebbe anche essere un diverso partecipante al raggruppamento, eventualmente in misura frazionata e/o in concorso con altri ausiliari per requisiti diversi, fermo il divieto di avvalimento a cascata). In più, però, oltre alla **relazione favorevole del professionista indipendente**, all'**autorizzazione giudiziale** e all'**eventuale avvalimento**, si richiede ulteriormente, qualora l'OE sia riunito in raggruppamento temporaneo, che: i) **l'impresa stessa non rivesta la qualità di mandataria**; ii) e che **nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale**. Tali vincoli sono espressamente previsti anche oggi dal penultimo comma dell'art. 186-*bis* della Legge fallimentare<sup>(27)</sup> – dove in più peraltro si esplicita

(27) V. TAR Lazio, Roma, 29 ottobre 2018, n. 2018, il quale, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'esclusione di un raggruppamento temporaneo avente quale capogruppo una società in concordato preventivo, ha rilevato la dubbia ragionevolezza (*i.e.* costituzionalità) delle previsioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del d.lgs. 163/2006 (che trova oggi la sua corrispondente nell'art. 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. 50/2016) e all'art. 186-*bis* della Legge fallimentare, le quali, da un lato, consentono all'impresa singola la partecipazione alle gare finalizzate all'attribuzione di contratti pubblici, dall'altro, non la permettono invece all'impresa, ove essa sia associata, in qualità di mandataria, in un raggruppamento temporaneo. Rileva il contrasto tra l'art. 80, comma 5, lett. b) del Codice dei contratti pubblici e l'art. 186-*bis*, comma 6, della Legge fallimentare anche TAR Toscana, Firenze, 3 aprile 2019, n. 491, osservando che, mentre quest'ultimo (nella sua versione *ante* decreto "sblocca cantieri") impedisce all'impresa in concordato con continuità aziendale di concorrere nelle gare per pubblici appalti quale mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese, il primo esclude dal proprio ambito di applicazione e, con ciò, dal novero delle circostanze espulsive la procedura di concordato con continuità aziendale. Interessante – ma, a parer di chi scrive, non condivisibile – è la soluzione offerta a tal riguardo dal collegio, che ha inteso risolvere il conflitto (per il vero solo apparente) tra le norme citate secondo il criterio cronologico. Osserva infatti il TAR che: "La disposizione della legge fallimentare [...] è venuta alla luce con il decreto-legge 23 giugno 2012, n. 83 convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134. La norma di cui all'articolo 80, comma 5, lett. b) del Codice dei contratti pubblici è invece venuta alla luce con il d.lgs. n. 50/2016 e, quindi, successivamente alla prima. Questa pertanto,

che la dichiarazione dell'ausiliario, attualmente necessaria (anche) in costanza di concordato, può provenire da un operatore facente parte dell'RTI -. Vincoli dunque riconfermati dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza *sub* art. 95, comma 5, il quale, tenendo "[f]ermo quanto previsto dal comma 4", li somma alle condizioni già previste dal comma, appunto, precedente (relazione del professionista e autorizzazione giudiziale). Nessun rinvio espresso invece all'art. 110 del d.lgs. 50/2016 che comunque soccorre, con i suoi nuovi commi 3, 4 e 5, a integrare la regolazione della fattispecie. Si badi inoltre come il comma 5 dell'art. 95 predetto (al pari della corrispondente previsione contenuta nell'attuale art. 186-*bis* sopra citato) contempli il solo caso in cui l'impresa si trovi già in concordato preventivo, senza nulla prevedere per il caso in cui la stessa abbia semplicemente depositato domanda di accesso alla procedura concorsuale, ma non sia ancora intervenuto l'eventuale decreto giudiziale di apertura. Poiché le condizioni fissate dai commi 3 e 4 dello stesso articolo sono le medesime – giusto il richiamo operato dall'art. 110, comma 4 riformato, del d.lgs. 50/2016 – è giocoforza affermabile che pure gli ulteriori vincoli fissati dall'art. 95, comma 5, del d.lgs. 14/2019 trovino altresì applicazione in pendenza del procedimento per la dichiarazione di apertura del concordato preventivo a carico dell'OE che partecipi alla gara in RTI (costituito o costituendo). Coticché **dovrebbe consentirsi la partecipazione alla gara dell'RTI avente tra i suoi componenti, in qualità di mandante, un OE che ha**

*in base al criterio cronologico di soluzione dei conflitti tra norme, deve ritenersi implicitamente abrogata*". Soluzione, si diceva, non condivisibile poiché – si crede – non rispecchia l'*intentio legis*, in grado di cogliersi proprio alla luce delle nuove disposizioni introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (v. anche *infra*, nel testo), dove si conferma, ancora una volta, la possibilità dell'OE in RTI e a carico del quale sia stato aperto un concordato con esercizio dell'impresa, di partecipare alla gara purché, *inter alia*, non rivesta la qualità di mandatario. E allora, guardando all'art. 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. 50/2016 (nella sua versione *ante* decreto "sblocca cantieri"), deve convenirsi che quest'ultimo, nell'ammettere alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici le imprese che si trovino in concordato preventivo con continuità aziendale, non ha innovato con effetto abrogativo la (più speciale) previsione di cui all'art. 186-*bis*, comma 6, della Legge fallimentare, di cui il divieto di partecipazione in qualità di mandatario è confluito senza soluzione di continuità nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (v. art. 95, comma 5).

**presentato domanda di concordato preventivo, ma dispone di avvalimento, relazione favorevole del professionista e autorizzazione giudiziale, qualora nessuno degli altri soggetti riuniti sia sottoposto a procedura concorsuale.**

### Incidenza sui contratti in corso

In coerenza con la possibilità (seppur condizionata) di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici accordata all'OE ammesso a concordato preventivo, o istante per il relativo accesso, viene stabilita dall'art. 95 del d.lgs. 14/2019 – si ricorda, norma dettata *ad hoc* per i contratti con le pubbliche amministrazioni – la **generale regola della prosecuzione dei contratti pubblici pendenti**. Il primo comma della disposizione citata, puntualmente richiamata anche dall'art. 110, comma 4 riformato, del d.lgs. 50/2016, stabilisce infatti che i contratti in corso di esecuzione – ovvero sia ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data di deposito della domanda di accesso al concordato preventivo<sup>(28)</sup> – stipulati con pubbliche amministrazioni non si risolvono **per effetto del deposito della domanda di concordato**, sanzionando con l'inefficacia eventuali patti contrari. E ciò è vero, *rectius* confermato (seppur implicitamente nella disposizione *de qua*), **anche a seguito del decreto di apertura della procedura concordataria**, senza che all'uopo sia previsto alcun intervento autorizzativo giudiziale. Regola che non viene meno, ma anzi espressamente ribadita, **pure nell'ipotesi in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato liquidatorio** (art. 95, comma 2, ultimo periodo). L'unica condizione cui è subordinata la prosecuzione del contratto pubblico in corso – che come detto non si risolve di diritto per effetto né del deposito della domanda di accesso a concordato preventivo, né dell'ammissione alla relativa procedura – si sostanzia, ancora una volta, nella **relazione favorevole del professionista indipendente** (che qui da sola è sufficiente), **attestante la conformità (dell'esecuzione del contratto in corso) al piano, ove predisposto, e la ragionevole**

(28) Giusta la definizione esplicitata dal primo comma dell'art. 97 del d.lgs. 14/2019, identica a quella fornita con riguardo alla liquidazione giudiziale (v. *supra*, nota 5). Definizione dunque ampliata, *rectius* precisata, rispetto a quella, nella sostanza uguale, offerta attualmente dal primo comma dell'art. 169-*bis* della Legge fallimentare.

**capacità di adempimento (dello stesso). In caso poi di concordato liquidatorio** occorre altresì l'**attestazione che la continuazione del contratto sia necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio** (previsione fatta propria anche dal decreto "sblocca cantieri"). Dunque, rispetto alla disciplina conosciuta, contenuta nel comma 3 dell'art. 186-*bis* della Legge fallimentare e nel comma 4 dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016 (*ante* decreto "sblocca cantieri"), la regola della continuazione del contratto pubblico pendente viene applicata per qualunque tipo di concordato (anche quello con cessione di beni), sin dal deposito della domanda di concordato e senza necessità di autorizzazione giudiziale. Sino ad oggi, invece, la possibilità di eseguire il contratto pubblico già stipulato è stata accordata all'impresa ammessa a concordato con cessione di beni ovvero a quella che ha presentato domanda di concordato c.d. in bianco solo previa autorizzazione del giudice delegato<sup>(29)</sup> (previsione contenuta nel comma 4 dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016, poi soppressa con la modifica operata dal decreto "sblocca cantieri"); mentre la sola relazione favorevole del professionista è sufficiente per garantire la prosecuzione del contratto in corso stipulato con la pubblica amministrazione dall'impresa ammessa a concordato con continuità aziendale (art. 186-*bis*, comma 3, della Legge fallimentare vigente). Con la riforma viene poi riconfermata la previsione (oggi contemplata nell'ultima norma citata) secondo la quale della continuazione del contratto pubblico in corso può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui il contratto sia trasferito nell'ambito del concordato con continuità. Solo che, in più, il nuovo art. 95, comma 2, del d.lgs. 14/2019 aggiunge, quale condizione, che detta **società cessionaria o conferitaria debba essere necessariamente in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto.**

La nuova disciplina sopra illustrata, condensata nel se-

(29) Anche l'ANAC nella sua Determinazione 8 aprile 2015, n. 5, già citata (v. *supra*, nota 22), ha riconosciuto che laddove sia stata presentata domanda "in bianco", con riserva espressa di produrre un piano recante proposta di prosecuzione dell'attività d'impresa, deve ritenersi che quest'ultima non costituisca causa di risoluzione del contratto, in quanto non viene meno – durante la pendenza del termine per la presentazione del piano – il requisito di qualificazione che è necessario anche per l'esecuzione del contratto.

condo comma dell'art. 95 del d.lgs. 14/2019, deve però coordinarsi con quanto previsto dall'art. 97 dello stesso decreto (la cui integrale applicazione è fatta espressamente salva), nonché dall'art. 110, comma 1 riformato, del Codice dei contratti pubblici (in apparente contrasto con la regola generale fissata dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza).

Orbene, l'art. 97 citato, oltre a confermare (qui espressamente) la prosecuzione dei contratti (tutti) pendenti anche durante il concordato<sup>(30)</sup>, prevede – al pari dell'art. 169-*bis* della Legge fallimentare vigente – la possibilità per il debitore di chiedere, con autonoma istanza, l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento del contratto in corso, qualora la prosecuzione non risulti coerente con le previsioni del piano, né funzionale alla sua esecuzione<sup>(31)</sup>. Per contro, l'art. 110, comma 1, del d.lgs. 50/2016, che nella sostanza rimane immutato anche *post*-riforma, stabilisce che le stazioni appaltanti (pure) in caso di concordato preventivo (dopo il d.lgs. 14/2019, qualunque sia la tipologia e parimenti a quanto previsto in caso di liquidazione giudiziale o coatta), "*interpellano*" – si noti anche qui (come visto in tema di liquidazione giudiziale) l'uso dell'indicativo presente che priva la p.a. di valutazioni discrezionali<sup>(32)</sup> – i concorrenti originariamente partecipanti alla gara, in progressione secondo graduatoria, "*al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture*". Come a dire, il contratto pendente non può proseguire ... "[f]atto salvo quanto previsto ai commi 3 seguenti" del medesimo art. 110 (ecco la novità): così infatti viene aperta, *post*-riforma, la disposizione in commento. Allora, premesso che il d.lgs. 14/2019, dal comma 3 richiamato, ha espunto (ma non per negarla) la previsione

(30) Tale disposizione risulta peraltro, a seguito dell'intervento operato dal d.lgs. 14/2019, l'unica da cui si evince la possibilità di prosecuzione dei contratti in corso anche in costanza di concordato preventivo, data la modifica apportata al comma 3 dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016.

(31) Rinviando alla norma in questione per gli ulteriori profili, basta qui limitarsi ad osservare che, ferma la possibilità della controparte di opporsi alla richiesta del debitore (art. 97, comma 4), nel caso in cui siano autorizzati la sospensione o lo scioglimento, lo stesso contraente ha diritto, come riconosciuto anche dalla normativa vigente, ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento (art. 97, comma 9).

(32) V. *supra*, nota 7.

accordante la possibilità per l'impresa in concordato con continuità di eseguire i contratti già stipulati su autorizzazione giudiziale (previsione invece mantenuta, come visto, per il curatore della liquidazione giudiziale autorizzato all'esercizio dell'impresa), e premesso inoltre che il comma seguente, di nuovo conio, rinvia espressamente all'art. 95 del d.lgs. 14/2019 (il quale a sua volta tiene fermo quanto previsto nell'art. 97 dello stesso decreto), deve concludersi, risolvendo l'apparente contrasto (tra prosecuzione o scioglimento del contratto pubblico pendente), nei termini che seguono<sup>(33)</sup>.

- a) **Laddove il professionista indipendente abbia attestato** (i) la conformità al piano del contratto in corso di esecuzione stipulato con la stazione appaltante e (ii) la ragionevole capacità di adempimento dello stesso da parte dell'OE: **il contratto in corso prosegue senza soluzione di continuità**, e dunque non si risolve per effetto del deposito della domanda di concordato – essendo inefficaci eventuali clausole in tal senso risolutive inserite nel contratto in questione – né per effetto dell'apertura del concordato preventivo, sia esso con continuità o con liquidazione del patrimonio, purché in quest'ultimo caso il professionista indipendente attesti anche (iii) che la continuazione del contratto è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio (art. 95, comma 2, del d.lgs. 14/2019).
- b) Laddove invece non ricorrano le predette condizioni, in sostanza **in assenza di attestazione favorevole** da parte del professionista indipendente, **la stazione appaltante, con lo scioglimento del contratto in corso, provvederà ad interpellare, in ordine, i successivi graduati, come risultanti dall'esito di gara, per stipulare un nuovo contratto per l'esecuzione o l'ultimazione di quanto era stato in precedenza affidato** (art. 110, comma 1, del d.lgs. 50/2016). Ciò, però, non subito, con il mero deposito della domanda di accesso alla procedura, posto che il primo comma dell'art. 95 del d.lgs. 14/2019 esclude la risoluzione di diritto del contratto pubblico pendente per effetto della domanda di concordato. Bensì, soltanto **con l'ammissione dell'OE alla procedura concordataria**, stante il chiaro tenore letterale del primo comma dell'art.

110 del d.lgs. 50/2016, riferentesi alla procedura concordataria in corso.

- c) **Laddove poi il contratto pubblico pendente prosegue**, qualora la prosecuzione non risulti coerente con le previsioni del piano concordatario, né funzionale alla sua esecuzione, non è escluso che l'OE debitore si avvalga, ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. 14/2019 (oggi art. 169-bis della Legge fallimentare), della facoltà di richiedere l'autorizzazione giudiziale alla sospensione (sin dalla domanda di accesso alla procedura e quindi anche prescindendo dall'attestazione del professionista) o allo scioglimento del contratto in corso (dopo la presentazione del piano e della proposta e quindi contraddicendo la preventiva attestazione favorevole del professionista). Ora, **la stazione appaltante**, quale controparte contraente, a parte la facoltà di opporsi alla richiesta del debitore (comma 4) e fermo il diritto all'indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento nel caso in cui l'istanza venisse accolta (comma 9), **parrebbe inibita dallo stipulare un nuovo contratto** a seguito di interpellato, **qualora il procedimento per la dichiarazione di apertura del concordato sia ancora in corso** (giusta la previsione di cui all'art. 110, comma 1, del d.lgs. 50/2016 che colloca l'ipotesi in costanza di concordato) **e sia concessa autorizzazione alla mera sospensione. In tutti i casi invece in cui sia accordato lo scioglimento** (a concordato non ancora aperto e, *a fortiori*, in costanza concordato), deve trovare applicazione il primo comma dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016, per cui **la stazione appaltante ben potrà, rectius dovrà, procedere**, secondo quanto prescritto, **alla stipula di un nuovo contratto di affidamento**.

A parere di chi scrive, comunque, la previsione dell'art. 97 del d.lgs. 14/2019, per quanto espressamente richiamata dall'art. 95 dello stesso decreto, norma speciale dettata *ad hoc* per i contratti con le pubbliche amministrazioni, pare, proprio nel contesto *de quo*, di ardua applicazione concreta. Ma tant'è ... dato che astrattamente quanto illustrato pare possibile. In prospettiva *de jure condendo*, sarebbe allora auspicabile introdurre un correttivo al primo comma dell'art. 110 del Codice dei contratti pubblici, cosicché il soddisfacimento dell'interesse pubblico a cui è da ultimo preordinato il contratto di affidamento in essere non venisse ritardato

(33) Conclusioni valedoli, *mutatis mutandis*, anche con riguardo al quadro normativo attuale.

dalla tutela dell'interesse privatistico di salvaguardia dell'impresa in crisi, e pertanto di fronte anche alla sola mera richiesta di sospensione, autorizzata dal giudice, sia riconosciuto in capo alla stazione appaltante, quantomeno il potere – se non l'obbligo – di interpellare gli altri operatori economici partecipanti originariamente alla gara, così da stipulare un nuovo contratto. Diversamente infatti – fatte salve circostanze diverse dalla pendenza del procedimento per la dichiarazione di apertura del concordato – l'esecuzione del contratto risulterebbe paralizzata dall'impossibilità, prevista *ex lege*, di risolvere il contratto pendente. Del resto, l'auspicata estensione dell'ambito applicativo del primo comma dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016 (implicante in sostanza il recesso da parte della stazione appaltante) anche nel caso in cui il concordato preventivo non sia stato ancora aperto e – in corso il procedimento per la dichiarazione di relativa apertura – il debitore (OE nel caso di specie) abbia in via preventiva richiesto, e ottenuto, l'autorizzazione giudiziale alla sospensione del contratto pubblico pendente, risulterebbe coerente con quanto disposto dall'art. 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. 50/2016. Quest'ultimo, infatti, anche nella sua formulazione riformata, prevede l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto non solo dell'OE che si trovi in concordato preventivo, ma anche dell'OE nei cui confronti sia in corso proprio un procedimento per la dichiarazione di relativa apertura. In conclusione, dunque, dovrebbe convenirsi che, riguardo alla disciplina del concordato preventivo, in caso di contratto pubblico pendente, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza dovrebbe trovare applicazione integrale il solo art. 95, l'unico del resto a essere espressamente richiamato dal d.lgs. 50/2016. Dell'art. 97 invece – a cui può dirsi che il Codice dei contratti pubblici rinvii solo in via indiretta, per effetto del rinvio operato dal primo comma dell'art. 95 richiamato – dovrebbe salvarsi in parte qua la sola previsione che conferma la prosecuzione anche durante il concordato del contratto (pub-

“ Sarebbe opportuno non solo prevedere espressamente l'operatività dell'art. 106 anche in caso di “crisi”, legittimante l'accesso al concordato preventivo, ma altresì chiarire come poi, di fatto, la variante possa realizzarsi nel contesto concorsuale o immediatamente precedente ”

blico) pendente, relativamente al quale il professionista indipendente abbia (già) attestato *ex art. 95, comma 2, la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento dell'OE debitore.*

Allora, più che l'art. 97 del d.lgs. 14/2019 (oggi art. 169-bis della Legge fallimentare) – per la parte in cui riconosce in capo al debitore (qui OE) la facoltà di chiedere l'autorizzazione giudiziale allo scioglimento o alla sospensione del contratto pubblico pendente in esecuzione

– **dovrebbe semmai assumere rilievo anche nel contesto *de quo*** (similmente a quanto sopra visto in tema di fallimento ovvero di liquidazione giudiziale) **la previsione di cui all'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2) del d.lgs. 50/2016.** Si ricorda infatti che, in base a detta norma, è possibile introdurre una “variante soggettiva” al contratto pubblico di appalto in corso, qualora all'aggiudicatario iniziale, “*a seguito di [...] insolvenza*”, succeda, senza ulteriori modifiche contrattuali, un altro operatore economico parimenti qualificato. **Interpretando infatti il termine “insolvenza”,** non nella sua accezione propria – così come intesa tanto dalla Legge fallimentare vigente, quanto dal d.lgs. 14/2019 di futura applicazione – bensì **in senso lato, come situazione di “crisi”,** di grado comunque rilevante ai fini della disciplina concorsuale, **potrebbe aprirsi la possibilità per l'OE in concordato preventivo, o che ha anche solo presentato domanda di accesso alla relativa procedura, di cedere il contratto pubblico in corso. Poiché l'ipotesi non risulta allo stato attuale normata,** resta dubbio se per tale modifica basterebbe l'autorizzazione del RUP, come previsto dal primo comma dell'art. 106 in questione, ovvero sia necessaria anche l'autorizzazione giudiziale – quanto meno ante-ammissione al concordato (esulando la fattispecie dagli atti eccedente l'ordinaria amministrazione per i quali è richiesta espressamente l'autorizzazione del giudice delegato a concordato aperto *ex art. 167 della Legge fallimentare ed ex art. 94 del d.lgs. 14/2019*) – o ancora sia doveroso contemplare la modifica soggettiva nella relazione del

– **dovrebbe semmai assumere rilievo anche nel contesto *de quo*** (similmente a quanto sopra visto in tema di fallimento ovvero di liquidazione giudiziale) **la previsione di cui all'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2) del d.lgs. 50/2016.** Si ricorda infatti che, in base a detta norma, è possibile introdurre una “variante soggettiva” al contratto pubblico di appalto in corso, qualora all'aggiudicatario iniziale, “*a seguito di [...] insolvenza*”, succeda, senza ulteriori modifiche contrattuali, un altro operatore economico parimenti qualificato. **Interpretando infatti il termine “insolvenza”,** non nella sua accezione propria – così come intesa tanto dalla Legge fallimentare vigente, quanto dal d.lgs. 14/2019 di futura applicazione – bensì **in senso lato, come situazione di “crisi”,** di grado comunque rilevante ai fini della disciplina concorsuale, **potrebbe aprirsi la possibilità per l'OE in concordato preventivo, o che ha anche solo presentato domanda di accesso alla relativa procedura, di cedere il contratto pubblico in corso. Poiché l'ipotesi non risulta allo stato attuale normata,** resta dubbio se per tale modifica basterebbe l'autorizzazione del RUP, come previsto dal primo comma dell'art. 106 in questione, ovvero sia necessaria anche l'autorizzazione giudiziale – quanto meno ante-ammissione al concordato (esulando la fattispecie dagli atti eccedente l'ordinaria amministrazione per i quali è richiesta espressamente l'autorizzazione del giudice delegato a concordato aperto *ex art. 167 della Legge fallimentare ed ex art. 94 del d.lgs. 14/2019*) – o ancora sia doveroso contemplare la modifica soggettiva nella relazione del

professionista. *De jure condendo* sarebbe quindi opportuno non solo prevedere espressamente l'operatività dell'art. 106 (per la parte qui rilevante) anche in caso di "crisi", legittimante l'accesso al concordato preventivo (o comunque agli strumenti di regolazione in vigore con il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), ma altresì chiarire come poi, di fatto, la variante possa realizzarsi nel contesto concorsuale o immediatamente precedente.

Infine, si deve considerare l'ipotesi in cui l'OE, che ha stipulato il contratto pubblico di appalto pendente alla data di deposito della domanda di accesso a concordato preventivo, sia riunito in raggruppamento temporaneo. Similmente a quanto osservato per l'ipotesi di liquidazione giudiziale, occorre guardare anche alle previsioni contenute nell'art. 48, commi 17 e 18, del d.lgs. 50/2016, al fine di coordinarle con il quadro normativo sopra illustrato. Dato che, a seguito dell'intervento riformatore, è lo stesso Codice dei contratti pubblici a far proprie le nuove previsioni contenute nel d.lgs. 14/2019<sup>(34)</sup>, appare subito evidente come le disposizioni del d.lgs. 50/2016 trovino applicazione in subordine rispetto a quanto previsto dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Ovverosia in tutti i casi in cui, in virtù di quanto previsto dall'art. 95 del d.lgs. 14/2019 (ed eventualmente dall'art. 97, qualora si volesse ritenere anch'esso integralmente applicabile nel contesto *de quo*), non sussistono le condizioni per la continuazione del contratto in corso di esecuzione. E quindi, *in primis*, quando manchi l'attestazione favorevole del professionista indipendente (o, eventualmente, anche quando il debitore ottenga l'autorizzazione giudiziale allo scioglimento e finanche alla sospensione). Per cui, in detti casi, anziché paralizzare l'esecuzione del contratto pubblico in corso (e approdare, da ultimo, alla stipula di un nuovo contratto *ex art.* 110, comma 1, del d.lgs. 50/2016), sovengono le modifiche soggettive contemplate dai commi 17 e 18 del predetto art. 48. Poiché peraltro, come sopra già osservato, dette modifiche soggettive, anche a seguito dell'intervento operato dal d.lgs. 14/2019, si riferiscono esclusivamente all'ipotesi di procedura concorsuale già aperta, si auspica – anche qui – un correttivo che estenda (espressamente) l'ap-

plicabilità delle previsioni di cui all'art. 48, commi 17 e 18, del d.lgs. 50/2016, altresì nelle more tra il deposito della domanda di accesso alla procedura e la data di apertura della stessa, e dunque in pendenza del procedimento per la dichiarazione di concordato preventivo a carico dell'OE in RTI. In tal modo, pertanto, non vi sarebbe margine di dubbio per garantire senza soluzione di continuità, mediante le modifiche soggettive contemplate, la prosecuzione del contratto pubblico pendente, in relazione al quale manchino le condizioni per la continuazione previste dall'art. 95 (oggi art. 186-bis della Legge fallimentare), o eventualmente ricorrano le fattispecie disciplinate dall'art. 97 (oggi art. 169-bis della stessa Legge). Ne deriva così che **se dopo il deposito della domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo, e poi anche in costanza di concordato, il contratto pubblico pendente non può proseguire** per assenza dell'attestazione favorevole del professionista indipendente (o per autorizzata sospensione o – successivamente al rilascio dell'attestazione favorevole – per autorizzato scioglimento) **e il debitore in RTI è:**

- a) **mandatario, la stazione appaltante può comunque proseguire il rapporto di appalto** con altro operatore economico che sia costituito mandatario avente i requisiti di qualificazione adeguati (comma 17);
- b) **mandante, la stazione appaltante prosegue comunque il rapporto di appalto** con altro operatore economico subentrante, indicato dal mandatario, che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, ovvero con lo stesso mandatario, che è tenuto per legge all'esecuzione del contratto, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati (comma 18).

Si osserva comunque che, qualora non si volesse accogliere l'ipotesi di estendere l'applicabilità delle previsioni di cui all'art. 48, commi 17 e 18, del d.lgs. 50/2016 anche in pendenza del procedimento per la dichiarazione di concordato preventivo, **al fine di garantire la continuità del contratto di appalto in corso**, sovviene – o perlomeno così potrebbe ritenersi se si sposa la versione più elastica dell'interpretazione sopra proposta – il già citato **art. 106, comma 1, lett. d), n. 2)** dello stesso decreto. Pertanto, **all'OE (anche quando non propriamente insolvente, bensì semplicemente "in crisi" (ancorché non giudizialmente conclamata, ma comunque "dimostrata" dalla presentazione della**

(34) V. l'espresso richiamo all'art. 95 del d.lgs. 14/2019 operato dal riformato comma 4 dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016.

**domanda di accesso a concordato preventivo) – sia esso mandante o mandatario dell’RTI risultato aggiudicatario – succede un altro operatore economico ugualmente qualificato**, così determinandosi, al pari di quanto previsto dai succitati commi 17 e 18, una modifica soggettiva al contratto in corso (per la quale qui peraltro si richiede espressamente la preventiva autorizzazione del RUP)<sup>(35)</sup>. Ferma l’opportunità (se non necessità) di un intervento legislativo in tal senso esplicativo, pare infatti a chi scrive che le previsioni in questione siano sovrapponibili nel regolare la fattispecie in esame. Con l’unica differenza che quelle dell’art. 48, stando al loro tenore letterale, sarebbero applicabili esclusivamente dopo l’apertura di concordato preventivo (e per questo si è sopra auspicato un correttivo), mentre invece quella dell’art. 106 potrebbe trovare operatività – sempre che si accetti di interpretare il termine “insolvenza” in senso lato – anche in pendenza del procedimento per la dichiarazione di relativa apertura.

Non altrettanto chiaro pare però essere l’ultimo tassello ancora mancante per completare il quadro normativo appena illustrato. Entrambi i commi 17 e 18 dell’art. 48 del d.lgs. 50/2016, ciascuno al proprio incipit, fanno infatti “[s]alvo quanto previsto dall’art. 110, comma 6,” dello stesso Codice (così come risulta dalla riforma introdotta dal d.lgs. 14/2019). Oggi il riferimento è al comma 5, ma l’intentio legis è la

(35) Per la verità, l’art. 106 del d.lgs. 50/2016, nell’individuare i casi in cui i contratti di appalto in corso di validità possono essere modificati (tanto nei settori ordinari quanto in quelli speciali) senza una nuova procedura di affidamento, non contempla l’ipotesi in cui l’aggiudicatario sia, anziché un operatore economico singolo, un raggruppamento temporaneo di imprese. Non si ravvisano tuttavia ostacoli affinché la previsione di cui al comma 1, lett. d), n. 2) del predetto articolo (l’unica peraltro in relazione alla quale la suddetta distinzione può assumere rilievo) possa applicarsi anche quando gli eventi ivi previsti “colpiscono” uno degli operatori riuniti nel raggruppamento aggiudicatario.

stessa (se si guarda alla previsione *ante* decreto “sblocca cantieri”). Esaminando allora la disposizione richiamata, si nota subito come la stessa trovi applicazione con riguardo proprio (e solo – dopo l’intervento del d.lgs. 14/2019 –) al caso in cui l’OE si trovi in concordato preventivo (oppure in fallimento, secondo la

previsione vigente sino al decreto “sblocca cantieri”), nonostante i commi 17 e 18 contemplino ulteriori e diversi presupposti per l’operatività delle modifiche soggettive ivi previste, peraltro non necessariamente riconducibili alla sussistenza di una procedura concorsuale a carico dell’OE in RTI. L’anomalia, però, non sta tanto nel richiamo generalizzato di una disciplina di ristretta applicazione, quanto piuttosto nella discrasia temporale delle due fattispecie disciplinate rispettivamente dalla norma richiamata e dalla norma richiamante. E infatti: le modifiche soggettive previste dai commi 17 e 18 dell’art. 48 si riferiscono a un rapporto di appalto in corso tra la stazione appaltante e l’OE “colpito” da uno dei casi ivi contemplati, tra cui l’apertura di

concordato preventivo; il comma 6 (ovvero 5 *ante* decreto “sblocca cantieri”) dell’art. 110 si riferisce invece all’ipotesi in cui l’OE si trovi già in concordato preventivo e risulti essere partecipante a una gara d’appalto, come concorrente o affidatario di subappalto, ovvero, in qualità di aggiudicatario o di subappaltatore indicato, risulti essere in procinto di stipulare il relativo contratto di appalto o subappalto<sup>(36)</sup>. Coerentemente, allora, proprio in questa seconda ipotesi, è prevista la possibilità per l’ANAC di subordinare (un domani – a seguito della modifica operata dal d.lgs. 14/2019 – anche senza previamente sentire il giudice delegato) la partecipazione alla gara, l’affidamento del subappalto, nonché

(36) Perlomeno in tal senso si crede di interpretare correttamente la poco felice formulazione legislativa: “*la partecipazione, l’affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti*”.

la stipulazione del contratto di appalto e subappalto, alla necessità che l'impresa in concordato disponga di un particolare tipo di avvalimento onnicomprensivo di tutti i requisiti richiesti per l'affidamento dell'appalto, ma solo se l'impresa in questione non risulti in possesso di (quei già visti) requisiti cc.dd. "aggiuntivi" che l'Autorità è tenuta a individuare con apposite linee guida. Poiché peraltro queste ultime risultano ancora assenti, tali requisiti rimangono ad oggi indefiniti e pertanto l'efficacia della disposizione *de qua*, e dunque la sua applicazione, è allo stato congelata. Ora, dato che, come osservato, i commi 17 e 18 dell'art. 48 e il comma 6 (ovvero 5 *ante* decreto "sblocca cantieri") dell'art. 110 si fondano su fattispecie fattuali differenti, per cui la clausola di "salvezza" contenuta nei primi a favore del secondo non esplica alcun effetto normativo, l'operato richiamo servirebbe solo a ricordare che:

- i) prima del contratto di appalto (in fase di gara e, dopo l'aggiudicazione, in vista della stipula dello stesso), qualora venga aperto un concordato preventivo a carico dell'OE partecipante all'RTI concorrente e/o aggiudicatario (indifferentemente in qualità di mandatario o mandante), potrebbe essere necessario per l'OE interessato ricorrere allo speciale "avvalimento ANAC" previsto dall'art. 110, comma 6 (ovvero 5 *ante* decreto "sblocca cantieri"), del d.lgs. 50/2016<sup>(37)</sup>;
- ii) mentre, dopo il contratto di appalto (durante la fase esecutiva dello stesso), nel caso in cui venga aperto un concordato preventivo a carico dell'OE partecipante all'RTI affidatario, dovranno applicarsi le modifiche soggettive previste dall'art. 48 del d.lgs. 50/2016, distinguendosi il caso in cui l'OE interessato partecipi in qualità di mandatario (comma 17) o di mandante (comma 18) – qualora, s'intende, il contratto non possa proseguire in virtù di quanto previsto dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e oggi dalla Legge fallimentare -.

Poi però si dice, al comma 19-ter dello stesso art. 48, in sostanza, che le previsioni di cui ai suddetti commi 17 e

18 trovano applicazione anche in fase di gara. Allora delle due, l'una: o si evita, proprio in fase di gara, la sostituzione del mandatario e il "rimpiazzo" del mandante entrati in concordato, usufruendo dell'(eventuale) "avvalimento ANAC"; o questo a poco – se non a nulla – serve, data comunque la prevista sostituzione, vuoi del mandatario con altro operatore qualificato, vuoi del mandante con altro operatore parimenti idoneo ovvero con il mandatario, direttamente o a mezzo di diverso mandante in possesso di requisiti adeguati. Non sarebbe allora fuori luogo, in sede di modifica del Codice dei contratti pubblici, apportare un miglior raccordo tra le previsioni richiamate.

Sempre *de iure condendo*, inoltre, volendo traslare la previsione del nuovo comma 6 dell'art. 110 nell'alveo applicativo dei commi 17 e 18 dell'art. 48 del Codice in commento, alla luce di quanto si è creduto di concludere per effetto del coordinamento con la disciplina contenuta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, si potrebbe inferire, all'esito di un'operazione di interpretazione creativa, che l'art. 110, comma 6, del d.lgs. 50/2016 – con le opportune modifiche – valga ad introdurre un presupposto ulteriore rispetto a quello previsto dall'art. 95, comma 2, del d.lgs. 14/2019, affinché non operino i mutamenti soggettivi contemplati dall'art. 48, commi 17 e 18, del d.lgs. 50/2016. In altri termini: il rapporto di appalto potrebbe proseguire tra le parti originarie, quand'anche non sia stata ancora rilasciata l'attestazione favorevole del professionista indipendente (o finanche, eventualmente, vi sia stata autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione, a salvaguardia del piano concordatario), nel caso in cui l'OE in RTI (sia esso in qualità di mandante o mandatario), a carico del quale sia in corso un procedimento per l'apertura di concordato preventivo (o finanche, eventualmente, sia già stato aperto un concordato), abbia: (i) i requisiti aggiuntivi individuati dall'ANAC; (ii) o l'avvalimento richiesto dall'ANAC<sup>(38)</sup>.

(37) Si veda a riguardo quanto scritto sopra in tema di partecipazione alle procedure di affidamento. Per cui occorrerebbero sempre anche, indefettibilmente, la relazione favorevole del professionista indipendente e l'avvalimento vero e proprio di tutti i requisiti (secondo la Legge fallimentare vigente) ovvero l'autorizzazione giudiziale (secondo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza).

(38) Alla cui specialità – risiedente nel fatto, come detto, di essere onnicomprensivo, poiché l'ausiliario deve essere in possesso di tutti i requisiti richiesti per l'affidamento dell'appalto – si sommerebbe anche un carattere eccezionale, dato che interverrebbe "in corso d'opera", nel senso che l'OE potrebbe farvi ricorso in fase esecutiva anziché in fase di gara (non avendo potuto in tale sede prevedere il conseguente accesso in concordato, meramente richiesto o giudizialmente accordato).

### Quadro di sintesi

Secondo la **disciplina attualmente vigente** e quanto desumibile in via interpretativa in base al tenore letterale delle disposizioni rilevanti<sup>(39)</sup>.

FALLIMENTO		
<i>Fase di gara</i>		
Fallimento aperto	OE singolo	OE in RTI
Con esercizio dell'impresa	Possibilità di partecipazione alla gara e di essere affidatario di contratto di appalto o subappalto.	Possibilità di partecipazione alla gara e di essere affidatario di contratto di appalto o subappalto.
Senza esercizio dell'impresa	Impossibilità di partecipazione alla gara e di essere affidatario di contratto di appalto o subappalto.	Sostituzione dell'OE con altro OE/mandatario/mandante.
In corso il procedimento per la dichiarazione di fallimento	<i>OE singolo</i>	<i>OE in RTI</i>
	Impossibilità di partecipazione alla gara e di essere affidatario di contratto di appalto o subappalto.	Ipotesi non normata.  <i>Sostituzione dell'OE con altro OE/mandatario/mandante.</i>
<i>Fase esecutiva</i>		
Fallimento	OE singolo	OE in RTI
Con esercizio dell'impresa	Proseguimento del contratto pubblico pendente in caso di autorizzazione del giudice delegato.	Proseguimento del contratto pubblico pendente in caso di autorizzazione del giudice delegato.
Senza esercizio dell'impresa	Scioglimento del contratto pubblico pendente: la stazione appaltante interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara al fine di stipulare un nuovo contratto.  Salva la possibilità di variante soggettiva.	Sostituzione dell'OE con altro OE/mandatario/mandante.
In corso il procedimento per la dichiarazione di fallimento	OE singolo	OE in RTI
	Ipotesi non normata.  <i>Salva la possibilità di variante soggettiva.</i>	Ipotesi non normata.  <i>Salva la possibilità di variante soggettiva.</i>

Secondo la **disciplina introdotta dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza** e quanto desumibile in via interpretativa in base al tenore letterale delle disposizioni rilevanti<sup>(40)</sup>.

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE		
<i>Fase di gara</i>		
Liquidazione giudiziale aperta	OE singolo	OE in RTI
Con esercizio dell'impresa	<u>Impossibilità di partecipazione alla gara e di essere affidatario di contratto di appalto o subappalto.</u>	<u>Sostituzione dell'OE con altro OE/mandatario/mandante.</u>
Senza esercizio dell'impresa	Impossibilità di partecipazione alla gara e di essere affidatario di contratto di appalto o subappalto.	Sostituzione dell'OE con altro OE/mandatario/mandante.

(39) Le soluzioni prospettate in virtù di un'interpretazione teleologica e sistematica della normativa in esame sono evidenziate in corsivo.

(40) Le novità sono evidenziate con sottolineatura.

In corso il procedimento per la dichiarazione di liquidazione giudiziale	<b>OE singolo</b>	<b>OE in RTI</b>
	Impossibilità di partecipazione alla gara e di essere affidatario di contratto di appalto o subappalto.	Sostituzione dell'OE con altro OE/mandatario/mandante.
<i>Fase esecutiva</i>		
<b>Liquidazione giudiziale aperta</b>	<b>OE singolo</b>	<b>OE in RTI</b>
Con esercizio dell'impresa	Prosecuzione del contratto pubblico pendente in caso di autorizzazione del giudice delegato.	Prosecuzione del contratto pubblico pendente in caso di autorizzazione del giudice delegato.
Senza esercizio dell'impresa	Scioglimento del contratto pubblico pendente: la stazione appaltante interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara al fine di stipulare un nuovo contratto.  Salva l'ipotesi di variante soggettiva.	Sostituzione dell'OE con altro OE/mandatario/mandante.
In corso il procedimento per la dichiarazione di liquidazione giudiziale	<b>OE singolo</b>	<b>OE in RTI</b>
	Prosecuzione del contratto pubblico pendente.	Prosecuzione del contratto pubblico pendente.

Secondo la **disciplina attualmente vigente** e quanto desumibile in via interpretativa in base al tenore letterale delle disposizioni rilevanti<sup>(41)</sup>.

<b>CONCORDATO PREVENTIVO</b>		
<i>Fase di gara</i>		
<b>Concordato aperto</b>	<b>OE singolo</b>	<b>OE in RTI</b>
Con continuità aziendale	Possibilità di partecipazione alla gara in caso di: - <b>[novità del d.l. 32/2019: autorizzazione del giudice delegato, previo parere del commissario giudiziale ove già nominato];</b> - relazione favorevole del professionista; - dichiarazione di impegno dell'ausiliario; - "avvalimento ANAC" (eventuale).	Possibilità di partecipazione alla gara in caso di: - <b>[novità del d.l. 32/2019: autorizzazione del giudice delegato, previo parere del commissario giudiziale ove già nominato];</b> - relazione favorevole del professionista; - dichiarazione di impegno dell'ausiliario (che può essere anche un altro OE partecipante all'RTI); - qualità di mandante (e non di mandatario) dell'OE nell'RTI; - assenza di procedure concorsuali a carico delle altre imprese partecipanti all'RTI; - "avvalimento ANAC" (eventuale).
Senza continuità aziendale	Impossibilità di partecipazione alla gara e di essere affidatario di contratto di appalto o subappalto.	Sostituzione dell'OE con altro OE/mandatario/mandante.
In corso il procedimento per la dichiarazione di concordato preventivo	<b>OE singolo</b>	<b>OE in RTI</b>
	Possibilità di partecipazione alla gara in caso di: <b>[novità del d.l. 32/2019: avvalimento di tutti i requisiti];</b> autorizzazione del tribunale, previo parere del commissario giudiziale ove già nominato.	Ipotesi non normata.  <i>Possibilità di partecipazione alla gara in caso di:</i> - <b>[post d.l. 32/2019: avvalimento di tutti i requisiti];</b> - <i>autorizzazione del tribunale, previo parere del commissario giudiziale ove già nominato;</i> - <i>qualità di mandante (e non di mandatario) dell'OE nell'RTI;</i> - <i>assenza di procedure concorsuali a carico delle altre imprese partecipanti all'RTI.</i>

(41) Le soluzioni prospettate in virtù di un'interpretazione teleologica e sistematica della normativa in esame sono evidenziate in corsivo.

Fase esecutiva		
Concordato aperto	OE singolo	OE in RTI
Con continuità aziendale	<p>Prosecuzione del contratto pubblico pendente in caso di relazione favorevole del professionista, attestante:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la conformità al piano;</li> <li>- la ragionevole capacità di adempimento;</li> <li>- <u>[novità del d.l. 32/2019: la necessità della continuazione per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio (in caso di concordato liquidatorio)].</u></li> </ul> <p>Della continuazione può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti.</p> <p>In caso di scioglimento del contratto pendente: la stazione appaltante interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara al fine di stipulare un nuovo contratto.</p> <p><i>Salva la possibilità di variante soggettiva.</i></p>	<p>Prosecuzione del contratto pubblico pendente in caso di relazione favorevole del professionista, attestante:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la conformità al piano;</li> <li>- la ragionevole capacità di adempimento;</li> <li>- <u>[novità del d.l. 32/2019: la necessità della continuazione per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio (in caso di concordato liquidatorio)].</u></li> </ul> <p>Della continuazione può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti.</p> <p>Se il contratto non può proseguire <i>lato debitoris</i>: sostituzione dell'OE con altro OE/mandatario/mandante.</p>
Senza continuità aziendale	<p>Prosecuzione del contratto pubblico pendente in caso di autorizzazione del giudice delegato <u>[novità del d.l. 32/2019: previsione soppressa].</u></p> <p>In caso di scioglimento del contratto pendente: la stazione appaltante interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara al fine di stipulare un nuovo contratto.</p> <p><i>Salva la possibilità di variante soggettiva.</i></p>	<p>Prosecuzione del contratto pubblico pendente in caso di autorizzazione del giudice delegato <u>[novità del d.l. 32/2019: previsione soppressa].</u></p> <p>Se il contratto non può proseguire <i>lato debitoris</i>: sostituzione dell'OE con altro OE/mandatario/mandante.</p>
In corso il procedimento per la dichiarazione di concordato preventivo	<b>OE singolo</b>	<b>OE in RTI</b>
	<p>Prosecuzione del contratto pubblico pendente in caso di autorizzazione del giudice delegato <u>[novità del d.l. 32/2019: previsione soppressa].</u></p> <p>In caso di scioglimento del contratto pendente: ipotesi non normata.</p> <p><i>Salva la possibilità di variante soggettiva.</i></p>	<p>Ipotesi non normata.</p> <p><i>[Ante d.l. 32/2019: Prosecuzione del contratto pubblico pendente in caso di autorizzazione del giudice delegato].</i></p> <p><i>Salva la possibilità di variante soggettiva.</i></p>

Secondo la **disciplina introdotta dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza** e quanto desumibile in via interpretativa in base al tenore letterale delle disposizioni rilevanti<sup>(42)</sup>.

(42) Le novità sono evidenziate con sottolineatura. Mentre le soluzioni prospettate in virtù di un'interpretazione teleologica e sistematica della normativa in esame sono evidenziate in corsivo.

CONCORDATO PREVENTIVO		
Fase di gara		
Concordato aperto con esercizio dell'impresa (in continuità aziendale o con liquidazione del patrimonio)	<b>OE singolo</b>	<b>OE in RTI</b>
	Possibilità di partecipazione alla gara in caso di: <ul style="list-style-type: none"> <li>- relazione favorevole del professionista;</li> <li>- <u>autorizzazione del giudice delegato, previo parere del commissario giudiziale;</u></li> <li>- "avvalimento ANAC" (eventuale).</li> </ul>	Possibilità di partecipazione alla gara in caso di: <ul style="list-style-type: none"> <li>- relazione favorevole del professionista;</li> <li>- <u>autorizzazione del giudice delegato, previo parere del commissario giudiziale;</u></li> <li>- qualità di mandante (e non di mandatario) dell'OE nell'RTI;</li> <li>- assenza di procedure concorsuali a carico delle altre imprese partecipanti all'RTI;</li> <li>- "avvalimento ANAC" (eventuale).</li> </ul>
In corso il procedimento per la dichiarazione di concordato preventivo	<b>OE singolo</b>	<b>OE in RTI</b>
	Possibilità di partecipazione alla gara in caso di: <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>avvalimento di tutti i requisiti;</u></li> <li>- <u>relazione favorevole del professionista;</u></li> <li>- autorizzazione del tribunale, previo parere del commissario giudiziale ove già nominato.</li> </ul>	<u>Possibilità di partecipazione alla gara</u> in caso di: <ul style="list-style-type: none"> <li>- avvalimento di tutti i requisiti;</li> <li>- relazione favorevole del professionista;</li> <li>- autorizzazione del tribunale, previo parere del commissario giudiziale ove già nominato;</li> <li>- qualità di mandante (e non di mandatario) dell'OE nell'RTI;</li> <li>- assenza di procedure concorsuali a carico delle altre imprese partecipanti all'RTI.</li> </ul>
Fase esecutiva		
Concordato aperto con esercizio dell'impresa (in continuità aziendale o con liquidazione del patrimonio)	<b>OE singolo</b>	<b>OE in RTI</b>
	<p>Proseguimento del contratto pubblico pendente in caso di relazione favorevole del professionista, attestante:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la conformità al piano;</li> <li>- la ragionevole capacità di adempimento;</li> <li>- <u>la necessità della continuazione per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio (in caso di concordato liquidatorio).</u></li> </ul> <p>Della continuazione può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti, <u>purché in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto.</u></p> <p>In caso di scioglimento del contratto pendente: la stazione appaltante interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara al fine di stipulare un nuovo contratto.</p> <p><i>Salva la possibilità di variante soggettiva.</i></p>	<p>Proseguimento del contratto pubblico pendente in caso di relazione favorevole del professionista, attestante:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la conformità al piano;</li> <li>- la ragionevole capacità di adempimento;</li> <li>- <u>la necessità della continuazione per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio (in caso di concordato liquidatorio).</u></li> </ul> <p>Della continuazione può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti, <u>purché in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto.</u></p> <p>Se il contratto non può proseguire <i>lato debitoris</i>: sostituzione dell'OE con altro OE/mandatario/mandante.</p>
In corso il procedimento per la dichiarazione di concordato preventivo	<b>OE singolo</b>	<b>OE in RTI</b>
	<p>Proseguimento del contratto pubblico pendente in caso di <u>relazione favorevole del professionista</u>, attestante:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la conformità al piano, ove predisposto;</li> <li>- la ragionevole capacità di adempimento;</li> <li>- <u>la necessità della continuazione per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio (in caso di concordato liquidatorio).</u></li> </ul> <p>In caso di scioglimento del contratto pendente: ipotesi non normata.</p> <p><i>Salva la possibilità di variante soggettiva.</i></p>	<p>Proseguimento del contratto pubblico pendente in caso di <u>relazione favorevole del professionista</u>, attestante:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la conformità al piano, ove predisposto;</li> <li>- la ragionevole capacità di adempimento;</li> <li>- <u>la necessità della continuazione per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio (in caso di concordato liquidatorio).</u></li> </ul> <p>Se il contratto non può proseguire <i>lato debitoris</i>: ipotesi non normata.</p> <p><i>Salva la possibilità di variante soggettiva.</i></p>